



Temas Contemporâneos do Direito 2020-2021

Campus de
Passo Fundo



Adriana Fasolo Pilati
Regina Helena Marchiori Canali
(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 Passo Fundo

Organizadores
Adriana Fasolo Pilati
Regina Helena Marchiori Canali



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



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PILATI, Adriana Fasolo; CANALI, Regina Helena Marchiori (Orgs.)

Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021): Campus de Passo Fundo [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati; Regina Helena Marchiori Canali (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

970 p.

ISBN - 978-65-5917-427-0

DOI - 10.22350/9786559174270

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

19

Adriana Fasolo Pilati
Regina Helena Marchiori Canali

1

21

Responsabilidade da jurisdição brasileira quanto ao assassino em série

Ágatha Nila Corrêa Maciel
Cassiano Pereira Cardoso

RESUMO: A pesquisa tem como objetivo analisar a imputabilidade do assassino em série, tendo em vista sua personalidade psicopática. Levando em consideração a maneira pela qual são tratados diante das suas atitudes criminosas, o estudo compõe as seguintes questões: analisando a execução penal brasileira, acredita-se ser adequado o tratamento oferecido ao *Serial Killer*? Mediante a situação psíquica desses indivíduos, podem ser considerados inimputáveis? Certamente não há resposta concreta sobre as dúvidas apontadas, não obstante, a pesquisa mostrará as sanções utilizadas no Poder Judiciário brasileiro quando relacionadas aos assassinos em série e visará à identificação das maneiras adequadas para o tratamento penal desses indivíduos, sem deixar de garantir os seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: assassino em série; Direito Penal; imputabilidade; psicopatas; *Serial Killer*.

2

50

Análise das alterações da coisa julgada motivando a segurança jurídica

Alessandra Bonhemberger
Roberto Carlos Gradin

RESUMO: Na presente pesquisa foram analisados os aspectos do instituto da coisa julgada como fortalecimento da segurança jurídica através da consolidação do princípio constitucional da segurança jurídica, uma vez que o Código de Processo Civil de 1973 apresentou diversos problemas. Estudou-se sua evolução histórica até alcançar o Código de Processo Civil de 2015, se examinou e levantaram-se questões relacionadas à coisa julgada, visto que a mesma possui grande importância para o ordenamento jurídico. O novo Código trouxe grandes alterações com o intuito de criar um sistema jurídico consistente que resolva definitivamente as demandas que chegam até o Poder Judiciário, buscando fortalecer a segurança jurídica com o cumprimento da coisa julgada, entregando definitivamente as decisões sem haver a possibilidade de serem objeto de discussão novamente, salvo exceções.

PALAVRAS-CHAVE: Alterações. Coisa Julgada. Segurança Jurídica.

3

78

A sociedade carcerária

Andrei Strapasson

RESUMO: o sistema penitenciário brasileiro é conhecido por ser caótico, ineficiente e uma verdadeira escola do crime, dominados pelas facções criminosas, mostram a completa incapacidade dos governantes de controlar seus próprios presídios. A Casa de Detenção de São Paulo, o famoso Carandiru, era um estabelecimento esquecido pela sociedade, até o Massacre, ocorrido em 1992, que despertou o interesse em presídios das autoridades e também das organizações criminosas. Analisando duas realidades distintas, de uma penitenciária masculina nos anos 1990 e uma penitenciária feminina desta década, podemos entender como as nossas prisões evoluíram e o contraste entre ambas. A temática da execução penal foi por anos negligenciada pelos governantes e pela população, isso levou ao aumento em massa do número de presos, constantes rebeliões e por fim, a tomada de poder pelos grandes Comandos do

crime. Desta forma, busca-se analisar como isso ocorreu, delimitando brevemente as diferenças de sexo existentes nos presídios e os anos que se passaram. De suma importância, somente entendendo um fenômeno que podemos procurar meios para aprimorá-lo. Entre três pilares básicos, conscientização da infância e adolescência, a modernização da legislação e o desenvolvimento de estabelecimentos penitenciários que visem a recuperação dos apenados, através da educação, do trabalho e do esporte, é possível uma reviravolta nesse sistema

PALAVRAS-CHAVE: sistema prisional brasileiro; Carandiru; organizações criminosas; Penitenciária Feminina da Capital;

4

101

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o cruzamento de dados na área da saúde

Andresa Rodrigues de Lima Bettiato

Maira Angélica Dal Conte Tonial

RESUMO: O artigo trata especificamente da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o cruzamento de dados na área da Saúde. A LGPD, regulamentada pela Lei 13.709/2018, inspirada no RGPD Europeu, veio para tutelar os dados pessoais com o fim de proteger direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Assim que o presente artigo visa apontar possíveis infringências ao cruzamento de dados, em especial na área da saúde. Ao final, através do método proposto, foi possível demonstrar que para que não ocorra essa prática deverá o segmento público e privado estar de acordo com as regras da legislação vigente bem como se precaver desses atos, com o fim de proteger os direitos dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD; Saúde; Proteção dos dados; Cruzamento de dados.

5

119

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e seus impactos na previdência social

Andresa Rodrigues de Lima Bettiato

Maira Angelica Dal Conte Tonial

RESUMO: O artigo trata especificamente da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os seus impactos na Previdência Social. A LGPD, regulamentada pela Lei 13.709/2018, inspirada no RGPD Europeu, veio para tutelar os dados pessoais com o fim de proteger direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. A Previdência social, devido ao fato de, movimentar alto volume de dados dos cidadãos diariamente deve se precaver em caso de vazamento de dados. Em relação a isso, para que não ocorra esse incidente políticas públicas deverão ser adotadas com o fim de proteger essa prática ilícita. Ao final, através do método proposto, foi possível demonstrar que para que não ocorra essa prática o Poder Público deverá estar de acordo com as regras da legislação vigente bem como se precaver desses atos, com o fim de proteger os direitos dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; LGPD; Previdência Social; Vazamento de dados.

6

142

A tutela antecipada posteriormente revogada e o caráter alimentar dos benefícios previdenciários

Andressa Flávia Garcia Fagundes

Edimara Sachet Risso

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo investigar a existência ou não de necessidade e a legalidade da devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada que venha a ser posteriormente revogada em processos de concessão de benefícios previdenciários. Os objetivos são investigar as possíveis tutelas jurídicas de direitos e seus níveis, se o caráter alimentar dos benefícios previdenciários é suficiente para isentar os beneficiários de devolver os valores recebidos antes da tutela de cognição exauriente. A importância de perquirir a respeito encontra-se no fato de a tutela de urgência nas ações previdenciárias razão pela qual os benefícios têm caráter alimentar reside no fato de que o beneficiário pode estar em risco social no lapso temporal entre o pedido inicial e o trânsito em julgado da decisão nas ações previdenciárias de concessão de benefícios e a previsão de que os valores de natureza pública devem ser devolvidos, sempre que restar indevida sua percepção. Ao se analisar as divergências existentes entre os entendimentos da jurisprudência e da doutrina, quanto à legalidade ou não da devolução desses valores, conclui-se que, como a tutela de urgência é provisória, ela pode ser revogada ou modificada no curso do processo, tornando possível a necessidade da devolução das prestações recebidas pelo segurado aos cofres públicos.

PALAVRAS-CHAVE: benefício previdenciário; caráter alimentar; devolução; posição jurisprudencial; tutela de urgência.

Compliance e cultura de conformidade nas contratações públicas

Anna Gabert Nascimento

Janaina Rigo Santin

RESUMO: A pesquisa a partir do método hipotético-dedutivo, aborda uma análise em relação Aos programas de compliance e sua positivação na legislação nacional brasileira e a aplicabilidade das normas referendadas pelo Estado do Rio Grande do Sul. Tenciona-se, verificar a sua adequação como forma de prevenção a uma cultura de inconformidade que permeia muitas das contratações públicas ao longo da existência do país. Desta forma, buscar-se-á, identificar possíveis benefícios e adversidades em relação a aplicabilidade fática e jurídica de um sistema de integridade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance; Contratações Públicas; Programas de Integridade.*

A responsabilização civil do empregador por danos decorrentes da COVID-19

Anna Laura de Souza

Paulo Henrique Schneider

RESUMO: O presente trabalho debruça-se na análise do Covid -19 nas relações de trabalho, sobretudo quanto a responsabilização civil dos empregadores pelos danos decorrentes da doença. A temática é extremamente nova e ainda encontra-se em evidente discussão em todas as esferas do direito, razão pela qual o presente trabalho não tem como objetivo apresentar quaisquer respostas definitivas em relação à problemática, mas tão somente, analisar os elementos da responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva, em contraponto com a teoria do risco.

A análise dar-se-á a fim de observar a aplicação do instituto de direito civil aos danos decorrentes da Covid-19 no ambiente e nas relações de trabalho, no sentido de analisar a preservação dos direitos e garantias fundamentais tanto dos empregados, quanto dos empregadores, inquestionavelmente importantes, sobretudo no momento atual.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19, Empregador, Relações de trabalho, Responsabilidade civil.

A estabilização da tutela provisória de urgência: efeitos decorrentes da (im)possibilidade de formação da coisa julgada

Daniela Teresinha Secco

Roberto Carlos Gradin

RESUMO: A problemática debatida neste artigo envolve a resolução de questões acerca dos efeitos da estabilização frente à concessão da tutela de urgência antecipada antecedente, no sentido de investigar se a decisão está apta ou não à formação da coisa julgada material e se seria possível a propositura de uma ação autônoma ou rescisória, esgotado o prazo bienal concedido às partes, objetivando modificar a decisão estabilizada. Tendo em vista o posicionamento majoritário da doutrina, conjugado com os ditames elencados no Código de Processo Civil, depreende-se que, mesmo havendo similaridades entre os institutos da estabilização e da coisa julgada, após decorrido o prazo bienal da extinção do processo, não há incidência da coisa julgada material, assumindo aquela decisão uma espécie de estabilidade qualificada e, conseqüentemente, impossibilitando a propositura de demanda autônoma ou rescisória, findo o prazo bienal decadencial, visto que o próprio Código de Processo Civil coloca à disposição das partes uma ação autônoma que poderá ser intentada em momento específico, a fim de rediscutir ordinariamente o mérito da decisão estabilizada.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada. Estabilidade dos efeitos. Segurança Jurídica. Tutela Provisória.

Vulnerabilidade, assembleias e informatização: uma análise quanto ao poder constituinte e conexões políticas no século XXI

Diego de Moraes Fragoso

Uma análise acerca da Prisão Preventiva sob a perspectiva do *standard de fundamentação*

Douglas de Oliveira Pereira

Linara Silva

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo da prisão preventiva e a fundamentação da decisão judicial a partir da reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019, que alterou o artigo 315 do Código de Processo Penal. A necessidade desse estudo surgiu em face da possível mudança de paradigma em decorrência do disciplinamento de regras a serem observadas no conteúdo da decisão, em destaque, a que decreta a prisão preventiva. O objetivo balizador é, assim, a análise dessa medida em consonância com a regra processual supracitada, sendo imperioso também o exame do instituto da prisão cautelar e do Princípio da Fundamentação. A exigência pela qualidade decisória diante das especificidades da prisão preventiva demonstra a relevância do estudo, restando identificado o estabelecimento de um padrão de fundamentação do decreto preventivo a partir do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Judicial. Fundamentação. Prisão Preventiva. Processo Penal.

A análise do *Airbnb* e sua regulamentação jurídica no Brasil

Eduarda Giacomoli

Nadya Regina Gusella Tonial

RESUMO: O presente estudo visa analisar a plataforma *Airbnb* e sua regulamentação no Brasil. O tema é oportuno pois a economia compartilhada representa uma tendência no âmbito mundial e se vincula à evolução tecnológica, que afeta a interação entre as pessoas e fomenta o desenvolvimento econômico. Com isso, objetiva-se compreender o contexto do *Airbnb*, seu surgimento e aplicação, bem como os reflexos jurídicos oriundos dessas relações. Assim, por meio de um viés hermenêutico, investiga-se a natureza jurídica da plataforma *Airbnb*. Constata-se que, o *Airbnb* não pode ser considerado um contrato de locação temporária ou uma hospedagem, visto que não se encaixa nesses espécies contratuais. Sustenta-se que, ele representa um contrato atípico, que precisa ser regulado. Desse modo, como perspectiva apresentam-se os projetos de lei que tramitam no legislativo federal e pretendem modificar a Lei do Inquilinato para regular o *Airbnb*, como uma forma diferenciada de locação e com isso trazer maior segurança aos usuários.

PALAVRAS-CHAVE: *Airbnb*. Condomínios edilícios. Economia compartilhada. Hospedagem. Locação.

O trabalho do preso na administração pública: possíveis (in) constitucionalidades

Gabriela Santos Bortolini

Maira Angélica Dal Conte Tonial

RESUMO: Esta pesquisa tem por objetivo examinar o direito ao trabalho do preso, explorando, de modo geral, os direitos e deveres do mesmo, tanto quanto as possíveis (n)constitucionalidades do programa no Sistema Prisional Brasileiro. A importância do tema volta-se a elencar a condição de dignidade humana, educativa e produtiva ao trabalho do condenado e às legislações inerentes ao tema. O problema de pesquisa volta-se a questionar se o trabalho prisional como prática de benefícios não somente aos detentos, mas para a sociedade em geral realmente é uma política de reinserção social. Traçando uma linha temporal sobre a natureza jurídica do trabalho do preso e salientando a importância desta iniciativa do Conselho Nacional de Justiça para a reinserção social dos presos, visto que é pragmática da própria administração pública que tem por finalidade ressocializar o indivíduo o qual uma vez preso não é mais bem visto pelos olhos da sociedade que automaticamente impossibilita-o de retornar para o meio social, taxando diretamente a reinserção na classe trabalhadora, e desencadeando a reincidência criminal. Explora quais os direitos e deveres como presidiário e trabalhador, abrangendo o trabalho e suas visões e por seguinte as funções e condições de trabalho em que o apenado fica submetido. A metodologia aplicada ao artigo classifica-se como uma pesquisa bibliográfica, pois para seu desenvolvimento, utilizou-se de livros e artigos com a finalidade de fortificar a argumentação.

PALAVRAS CHAVES: Trabalho. Preso. Reincidência. Sistema Prisional Brasileiro. Reinserção Social.

Da contaminação das testemunhas no reconhecimento de suspeitos a partir dos estigmas existentes na sociedade brasileira

Héllen Vieira Ortiz

Ezequiel Paulo Zanellato

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo principal identificar as nuances acerca da prova de reconhecimento de suspeitos, especialmente ao condizente à contaminação das testemunhas no momento desse procedimento judicial, levando em consideração aspectos culturais e históricos enraizados na sociedade brasileira desde a sua instituição. O objetivo principal com o presente estudo é a compressão da sociedade brasileira, em especial o período escravocrata. Nesse sentido, foi abordado acerca dos princípios da dignidade humana e presunção de inocência, princípios norteadores do direito processual penal brasileiro, que tem como objetivo a igualdade entre acusação e defesa. Ao final do estudo, dissertou-se acerca da cultura imposta na sociedade sobre as pessoas negras e/ou periféricas. A partir da pesquisa realizada, foi observada a importância do referido tema, que se encontra presente no cotidiano brasileiro, sendo possível verificar que a cor da pele é um fator relevante para o reconhecimento pessoal e posterior condenação do acusado.

PALAVRAS-Chave: Contaminação de testemunhas no reconhecimento de suspeitos. Estigmas sociais. Dignidade humana e presunção de inocência.

A análise de fato superveniente pelo Superior Tribunal de Justiça na ação revisional de alimentos

Jéssica Pagnussat Ferrazzi

Roberto Carlos Gradin

RESUMO: O presente trabalho funda-se em uma pesquisa de doutrinas e jurisprudências com objetivo de discorrer sobre os fatores que interferem na análise de fato superveniente pelo Superior Tribunal de Justiça na ação revisional de alimentos. A (in)viabilidade de novas provas serem analisadas em recurso especial, na ação revisional de alimentos, encontra-se diretamente ligada à função primordial do STJ, que é o resguardo da jurisdição federal. Deseja-se, pois, apresentar neste estudo uma reflexão para buscar o melhor posicionamento a respeito do tema, que não se encontra adequadamente elucidado nos dispositivos da legislação vigente, mas que, ao levar em conta os princípios da economia processual, da celeridade e da duração razoável do processo, como também os julgados dos tribunais, tende a estabelecer a possibilidade efetiva da apreciação de fatos supervenientes em sede de recurso especial, nas ações revisionais.

PALAVRAS-CHAVE: Fato superveniente. Recurso especial. Revisional de alimentos.

Incorporação imobiliária: patrimônio de afetação em perspectiva crítica

João Cesar Carvalho Benvegnú

Maria Carolina Rosa de Souza

RESUMO: O artigo pretende analisar os obstáculos que impedem a aplicabilidade da Lei 10.931/04, especificamente em seu artigo 31 – A, no qual o legislador deixa a critério exclusivo do incorporador imobiliário a adoção do instituto do patrimônio de afetação, uma decisão de interesse público, em que existe o reconhecimento do consumidor como parte vulnerável dessa relação. A questão em tese visa apurar qual a eficácia da Lei, a partir do momento em que deixa submetido ao livre-arbítrio do incorporador a instituição do patrimônio de afetação. Através do método de pesquisa bibliográfico, pretende-se demonstrar de forma objetiva a aplicabilidade da Lei da afetação patrimonial como regra compulsória nas incorporações imobiliárias.

PALAVRAS-Chave: Incorporação imobiliária. Patrimônio de afetação. Perspectiva crítica.

Validade temporal dos precedentes judiciais e a técnica “overruling”

Julia Gregol Puerari

Luciano de Araujo Migliavacca

RESUMO: Os precedentes judiciais, mecanismo utilizado como fonte do direito, visam garantir a estabilidade e uniformidade de decisões em uma sociedade jurídica, aplicando teses de mesmo entendimento para casos análogos. Reconhece-se a importância da aplicação dos precedentes com a observância dos elementos e técnicas que contornam o mecanismo no ordenamento jurídico processual. Pretende-se com a utilização dos precedentes judiciais atribuir maior segurança jurídica, igualdade e isonomia aos jurisdicionados, garantias estas, previstas constitucionalmente, salientando, nesse aspecto, que sua recente introdução no sistema jurídico brasileiro ainda acarreta objeções diretamente em sua incidência, ante a possibilidade de engessamento de decisões, além da instabilidade relativa à mudança de posicionamentos. Nesse contexto, a aplicação da técnica do *overruling* evidencia a validade temporal de utilização do precedente quando inserido em uma sociedade pautada no sistema *civil law*, ante a necessidade de as teses assumidas pelos operadores do direito acompanharem paralelamente as evoluções políticas, científicas, tecnológicas, jurídicas e sociais, garantindo os princípios previstos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes judiciais; segurança jurídica; validade temporal, *overruling*.

Alienação parental: uma análise hermenêutica do instituto e da influência psíquica na criança

Kessiane Rother

Prisão Invisível – dependência econômica e violência doméstica: o trabalho como fator proveniente no empoderamento feminino

Liliane de Oliveira Camargo

Orientadora: Maira Toniai

RESUMO: Objetiva o presente artigo abordar o fenômeno da violência doméstica e possíveis formas de romper com o fenômeno, eis que, perceptível, historicamente e contemporaneamente, a violência doméstica no âmbito social. Assim que, a partir do tema far-se-á uma análise histórica da formação da mulher na sociedade, partindo de ideias de alto grau reflexivo tais como de Simone de Beauvoir e outros autores, sobre tudo compreendendo o porquê que não se nasce mulher, mas torna-se. Contudo, após a compreensão da formação do que é ser mulher ao longo da história, a delimitação do tema será efetiva. Dessa forma, o foco de análise será criticamente a respeito da dependência econômica como a causa principal da permanência das vítimas em um relacionamento abusivo, abordando-se a questão do trabalho como fator proveniente no empoderamento feminino, logo no rompimento do ciclo da violência doméstica advindo da autonomia econômica. Destarte, será desenvolvido pontos essenciais de um estudo social crítico: contexto histórico, contemporaneidade, apresentação de dados estatísticos, economia, análise jurídica e observância do papel do Estado em promoção de políticas públicas. Diante dos pontos expostos, ao longo do desenvolvimento do artigo, é de objetivo principal trazar luzes sobre a solução do problema, com base na visão de desenvolvimento abordado por Amartya Sen.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais. Liberdade. Mulheres. Políticas Públicas. Renda. Trabalho: autonomia econômica. Violência Doméstica: dependência econômica.

Da proposta de desmilitarização da polícia face o antagonismo entre as ações policiais e os direitos humanos

Lillian de Freitas

Josiane Petry Faria

RESUMO: a pesquisa possui como tema a violência policial no Brasil, e a influência das políticas criminais adotadas nas últimas duas décadas, na disseminação dessa violência. A questão abordada ao longo do artigo é: a desmilitarização da polícia é uma possível solução para o fim da violência policial? O objetivo é levar os leitores a refletirem sobre o atual modelo de polícia adotado, bem como o quanto esses agentes de segurança pública violam deveres éticos, morais e legais, ignorando os direitos humanos, e usando a força física/letal para a obtenção de resultados mais efetivos. Ao final do texto é proposta uma mudança na estrutura policial, onde é apresentado um modelo de polícia desmilitarizada, totalmente desvinculada às Forças Armadas, e voltada para um treinamento humanizado, transformando uma polícia repressiva e punitivista em uma polícia cidadã, preocupada com as reais necessidades da sociedade, sem cometer discriminação no momento de sua atuação.

PALAVRAS-CHAVE: criminalidade, desmilitarização da polícia, política criminal, violência policial.

Vínculo empregatício e a uberização: possíveis alternativas

Luísa da Rosa Vieira

Maira Angélica Dal Conte Tonial

RESUMO: A presente pesquisa consiste em investigar no ordenamento jurídico brasileiro, doutrinário, jurisprudencial e principiológico a (im)possibilidade de ser reconhecido o vínculo empregatício entre o motorista e a Uber. O avanço tecnológico tem acompanhado a evolução da sociedade, suprimindo as suas necessidades com bastante precisão, um exemplo disso são os aplicativos de transporte, que tem o objetivo de facilitar a locomoção das pessoas com apenas um clique. Contudo, o vínculo entre o motorista e a plataforma digital parece não estar totalmente esclarecido, considerando que em alguns casos a relação de emprego foi reconhecida por apresentar os cinco elementos que regem o vínculo empregatício, e, em outros, foi decidido que os motoristas são profissionais autônomos, razão pela qual, o artigo pretende pontuar as teses que reconhecem e as que não reconhecem a referida relação.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicativos de transporte; Motorista; Subordinação; Uberização; Vínculo empregatício.

Conflitos trabalhistas transnacionais : a utilização da arbitragem como forma de pacificação dos litígios

Luiza Spagnol Lourenço Telles

Maira Angélica Dal Conte Tonial

RESUMO: A presente pesquisa trata da possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como uma forma de solução de dissídios individuais decorrentes de relação de emprego em transnacionais. Para tanto, leva-se em consideração inicialmente o instituto da arbitragem no âmbito trabalhista, os direitos trabalhistas e a efetividade dos direitos sociais trabalhistas nas transnacionais. Baseia-se no fato de que os dissídios são uma parte fundamental da relação processual, entretanto, como a modernidade e a divergência de opiniões estão se tornando cada vez mais frequentes, busca-se uma forma de manter uma condição jurídica igualitária, surgindo então a figura da arbitragem. Através de um panorama histórico modernizado, o instituto da arbitragem figura uma saída para as partes, sendo amplamente utilizada em âmbito nacional e internacional, permitindo que a lide seja resolvida de forma mais rápida e tendo o alcance da justiça mediante a intervenção do árbitro, profissional preparado para a solução desses impasses.

PALAVRAS-Chave: arbitragem; conflitos; trabalhista; transnacionais.

Gravidez de substituição sob a perspectiva jurídica brasileira

Manoela da Silva Camargo

Cibele Stefani Borghetti

RESUMO: Devido aos inúmeros avanços científicos, em especial no campo da reprodução humana assistida, possibilitou-se à diversas famílias com problemas reprodutivos a realização do desejo de constituir sua prole. Em decorrência disso, abriram-se lacunas na legislação brasileira, principalmente no que diz respeito ao procedimento de gestação de substituição. Portanto, esse estudo tem a finalidade de analisar o conflito positivo de maternidade ocasionado pela gestação de substituição sob a perspectiva jurídica brasileira. Além disso, também será analisado o conceito de família e de maternidade, bem como a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e o Provimento nº 62 da Corregedoria Nacional de Justiça, de modo a colaborar para a solução da problemática que envolve o conflito de maternidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família; gestação de substituição; maternidade.

Expulsão do condômino nocivo e antissocial como medida de garantia ao exercício do direito de propriedade

Maurício Mascarello

Regina Helena Marchiori Canali

RESUMO: O exercício do direito de propriedade na esfera condominial, quando feito de forma abusiva e anormal, pode colocá-lo em choque com outros direitos resultando em conflitos de vizinhança, sendo necessário limitá-lo diante das condutas nocivas. Para conter um condômino antissocial o ordenamento jurídico conta com sanções pecuniárias que muitas vezes se mostram ineficazes para sanar definitivamente as perturbações, dessa forma, o estudo se propôs a analisar outra medida viável: a possibilidade de expulsão do condômino antissocial. Concluiu que embora haja o silêncio do legislador sobre o tema, a atual conjuntura social em que estão inseridos os direitos e as relações possibilita tal medida, justificada em princípios sociais, preceitos doutrinários e precedentes jurisprudenciais favoráveis que compartilham desse entendimento como sendo única medida possível para restaurar a harmonia entre os condôminos. Portanto é possível a expulsão de um condômino nocivo e antissocial restringindo-lhe o direito de uso de sua unidade e o acesso ao condomínio.

PALAVRAS-CHAVE: condomínio; condômino antissocial; expulsão condômino; função social; uso abusivo da propriedade.

A (in)constitucionalidade da vedação da ação rescisória perante Juizados Especiais

Millene Fernandes Mello

Roberto Carlos Gradin

RESUMO: Esta pesquisa tem como objetivo analisar o artigo da vedação à ação rescisória contra as sentenças proferidas no rito previsto para os Juizados Especiais, instituída pelo art. 59 da lei 9.099/1995, sob a égide do princípio da celeridade e os princípios da segurança jurídica, perante à questão da coisa julgada inconstitucional. Representado pela imutabilidade da coisa julgada, busca-se examinar se esses devem ser harmonizados em relação a garantia da razoável duração do processo. Além disso, o presente estudo, mediante uma visão panorâmica, pretende-se averiguar a eficácia dos mecanismos de impugnação das decisões judiciais inconstitucionais, face ao tratamento destinado aos valores da segurança jurídica e justiça no Estado Democrático de Direito, bem como ao final demonstrar cabível a rescisória como remédio jurídico para desconstituir decisão proferida em processos de competência dos Juizados Especiais.

PALAVRAS-Chave: Ação Rescisória; Coisa Julgada Inconstitucional; Juizados Especiais;

A contribuição do Direito Sistêmico para o rompimento dos ciclos de violência doméstica

Natália Sarturi

Linara Silva

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar formas de auxiliar o rompimento dos ciclos de violência doméstica com a aplicação das Constelações Familiares. O problema analisado nessa pesquisa busca verificar de que forma o Direito Sistêmico pode funcionar como um instrumento legítimo de resolução de conflitos humanizado e eficaz nas situações que envolvem a violência contra a mulher. O uso da técnica tem como objetivo dar as partes a possibilidade de expressar suas necessidades, dores e receios, argumentos esses que em um processo judicial dificilmente será levado em consideração. Atualmente, o direito sistêmico já está sendo empregado em vários Tribunais de Justiça no País, com resultados positivos e significativos. A aplicação vem sendo legitimada pelas Resoluções nºs 125/2010 e 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, as quais possibilitam ao Judiciário a alternativa de aplicar a estes casos os meios adequados de resolução de conflito de maneira célere, justa e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Constelações Familiares; Direito Sistêmico; Violência doméstica.

Impactos das redes sociais na democracia e os desafios jurídicos

Nathália Debiasi Salvi

Janaina Rigo Santin

RESUMO: As redes sociais alteraram a maneira com que as pessoas se informam e, hoje, controlam o comportamento humano e declinam a democracia. O escopo deste artigo é despertar os usuários e instigar a reflexão aos juristas sobre o tema. Nesse liame, o Direito é provocado pela desinformação e pelas suas consequências no que tange à harmonia social, à saúde pública e, sobretudo, à estabilidade democrática. De forma paradoxal, os próprios cidadãos estão exterminando a soberania popular, pois eles se tornaram influenciáveis, sem criticidade, sem leitura, sem diálogos, mas repletos de intolerância, discursos odiosos, exclusão e manipulação eleitoral, através do fenômeno da pós-verdade ligado às *fake news*. Destarte, é indubitável o apoio à educação midiática, a elaboração de normas gerais sobre a desinformação, o pagamento pelo uso dos dados pessoais e a consciência coletiva para afrontar todos os riscos que as redes sociais trouxeram à democracia e ao futuro das nações.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; *Fake News*; Redes Sociais.

Como transformar a escola do crime em um sistema prisional ressocializador

Nathália Debiasi Salvi

RESUMO: Desde o nascimento das prisões, a desumanidade é gritante. No Brasil, os problemas do sistema carcerário são pungentes: superlotação, corrupção, incompreensão da sociedade até a consequente reincidência. Nesse contexto, o Estado como garantidor de direitos tem de proporcionar ao detento tudo aquilo que, antes de ser encarcerado, majoritariamente, não lhe foi oferecido. Em comparação com os sistemas da Noruega e da Alemanha, constata-se que os nossos presídios são verdadeiros depósitos humanos onde a dignidade é esvaída. Outrossim, cabe sublinhar que as mulheres são vítimas de machismo, até mesmo, quando presas. Destarte, é imprescindível que o sistema alcance a reintegração social e, mormente, que o Estado invista nas áreas da educação e do esporte para todos os jovens brasileiros com o desígnio de prevenir o cometimento de crimes e, consequentemente, a entrada nas prisões.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Facções; Presos; Rebeliões; Sistema prisional.

Responsabilidade civil estatal diante da ineficiência da segurança pública

Oli Junior Borsa do Prado

Ezequiel Paulo Zanellatto

RESUMO: Tendo em vista a situação caótica da segurança pública no país, atrelada à falta de medidas estatais para mudar esse cenário e garantir esse direito aos indivíduos, pesquisa-se sobre a aplicação da responsabilidade civil ao Estado por omissão, diante da ineficiência na segurança pública, a fim de se buscar uma reparação do dano ao particular que tem seus bens jurídicos lesados pela insegurança gerada, inclusive, pela negligência estatal. Para tanto, é necessário perceber que existem divergências na doutrina e na jurisprudência em relação ao assunto, e assim, buscar compreender qual é a melhor teoria para ser adotada, tendo em vista a realidade brasileira. Em consideração a isso, realizou-se pesquisa de decisões jurisprudenciais e posições doutrinárias, bem como de informações acerca da segurança pública no país. Verificou-se, assim, ser aplicável a teoria da responsabilidade civil objetiva ao Estado quando a omissão em garantir a segurança pública gerar algum dano ao particular.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; eficiência; omissão estatal; responsabilidade civil do Estado; segurança pública.

A im(possibilidade) da extensão do adicional de 25% previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991

Renata Garcia Figueiredo de Almeida

Julio Cesar Giacomini

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir e analisar a possibilidade de extensão do acréscimo de 25 por cento, previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, a todos os aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, independentemente da espécie de aposentadoria, no caso do segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa. O trabalho parte do estudo do adicional de 25 por cento, previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991. Examina-se o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade da extensão do adicional de 25 por cento para as outras espécies de aposentadoria. Por fim, discute-se a viabilidade da criação de um benefício similar para os demais aposentados.

PALAVRAS-CHAVE: Adicional de 25 por cento. Aposentadoria por incapacidade permanente. Artigo 45 da Lei nº 8.213/1991. Invalidez. Possibilidade de extensão.

Produtividade do corpo docente como subsídio à gestão de competências em cursos superiores: validação de protocolo no curso de Direito da Universidade de Passo Fundo

Simone Meredith Scheffer-Basso

Adriano Pasqualotti

Denize Grzybovski

Sara Conceição Paula

Maira Tonial

Uma nova visão de mundo: a influência da racionalidade neoliberal na redefinição do sistema de justiça

Stéfany Rachor Junges

Gabriel Antinolfi Divan

Ambientes profissionais tóxicos e os direitos humanos do trabalhador

Susana Salete de Oliveira

Maira Angélica Dal Conte Tonial

RESUMO: Este trabalho pretende dar publicidade à um assunto muito comentado entre trabalhadores, empregados e empregadores e pouco comentado entre as outras esferas da sociedade, que versa sobre os ambientes tóxicos que muitos trabalhadores e empregadores enfrentam no cotidiano laboral, metaforicamente falando. Inicia comentando sobre as legislações que versam sobre alguns direitos fundamentais, como da dignidade humana e do trabalho, tanto nacionais, quanto internacionais. Posteriormente expondo situações, exemplificando e por fim concluindo com análise de qual atitude é mais assertiva para resolver ou amenizar o problema que surge a partir de tais situações.

PALAVRAS CHAVE: Ambiente tóxico de trabalho. Assédio moral. Direitos humanos. Direitos do trabalhador, empregador, empregado.

O negócio jurídico processual atípico como facilitador em tempos de pandemia

William Jorge Barfknecht

Roberto Carlos Gradin

RESUMO: Este artigo pretende discorrer a respeito do uso do negócio jurídico processual atípico, disposto pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, visto como grande inovação e que tem grande potencial para auxiliar na resolução de conflitos em momentos calamitosos, como é o caso da crise que vem sendo enfrentada em decorrência do coronavírus. Dada a importância do momento vivido (um dos mais difíceis já enfrentados pela humanidade), é necessário avaliar se a utilização desse instituto garantirá a plena efetivação dos direitos constitucional e processualmente previstos, no que diz respeito as garantias no processo, e, se contribuirá para a solução das demandas de forma mais célere e justa, já que há uma série de modificações procedimentais que podem ser realizadas, observando-se sempre a lei. Dessa forma, inicialmente se abordará como a pandemia iniciou e quais foram os seus desdobramentos, a crise causada no poder judiciário pelas reiteradas paralizações e, após, se estudará sobre a utilização do instituto do negócio jurídico processual na “nova” realidade do Covid-19, buscando-se mostrar, através de todos os posicionamentos invocados, que é instrumento de grande valia para a sistemática processual atual, não ferindo qualquer garantia concedida às partes.

PALAVRAS-CHAVE: Coronavírus; Garantias processuais; Negócio jurídico processual atípico.

Apresentação

*Adriana Fasolo Pilati
Regina Helena Marchiori Canali*

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.

Responsabilidade da jurisdição brasileira quanto ao assassino em série ¹

Ágatha Nila Corrêa Maciel²
Cassiano Pereira Cardoso³

Introdução

Serial Killer é um assunto já muito comentado pelo mundo, devido às notícias dos crimes que esses indivíduos cruelmente cometem. Embora tenhamos conhecimento dos casos, sabemos pouco sobre esses assassinos e sua forma de pensar.

O presente trabalho trata da responsabilidade da jurisdição brasileira quanto à imputabilidade do *Serial Killer*, faz uma análise crítica acerca da restrita aplicabilidade vigente do Direito Penal Brasileiro, no que diz respeito aos assassinos em série, que carece de legislação específica, explicando um pouco da maneira como funciona a sua mente, apontando seus aspectos e buscando o porquê das maldades que praticam.

Esses sujeitos são um grande desafio para a Psicologia e, especialmente, para o Direito, sendo inadequado o tratamento oferecido aos mesmos na execução penal brasileira.

Os assassinos em série agem de forma diversa dos criminosos comuns e, por esse motivo, deveriam ter um método de tratamento

¹ Artigo científico produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Discente do IX semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 165972@upf.br. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7044221340471289>.

³ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e Mestre em argumentação jurídica pela Universidade de Alicante. Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: cassianoc@upf.br. Link do Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9474387731830736>>.

diferente. Sendo assim, será exposto quem realmente é o *Serial killer* e mostrado o perigo que ele traz para a sociedade, bem como serão expostos questionamentos sobre sua condição psiquiátrica.

O Direito possui um regramento essencial para a vida em sociedade. No momento da interpretação de uma norma jurídica, é preciso contestar todos os fundamentos que nos são disponíveis, a fim de que não sejam violados os Direitos Humanos ou afrontados os seus valores.

Portanto, este artigo tem como objetivo analisar as possíveis características das motivações dos crimes, em virtude de seus estímulos serem internalizados.

Apesar dessa personalidade psicopática não ser algo recente, o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma penalidade específica e conveniente. Sendo assim, serão demonstradas as limitações, apresentando a necessidade de um tratamento que seja eficaz com a situação em estudo, apontando os fatos a fim de contribuir para que as indagações desta pesquisa sejam compreendidas pelos leitores.

Definições e aspectos gerais do *Serial Killer*

Na atualidade, os homicídios causados pelos *Serial Killers* assustam a sociedade de uma forma desumana e cruel, sendo necessário abordar algumas explicações para melhor compreensão desses indivíduos.

Segundo Casoy (2014, p.20) o termo utilizado para assassinos em série é consideravelmente novo, de modo que “*Serial Killer*” foi utilizado pela primeira vez por um Agente Especial do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), Robert Ressler, no ano de 1970, que estudou assuntos criminológicos, visando compreender as mentes dos indivíduos que praticavam uma série de homicídios.

Com a intenção de explicar as características de um assassino em série, Ilana Casoy especifica que este comete dois ou mais homicídios, nos

quais utiliza um padrão como se fosse um ritual, servindo-se de suas necessidades psicológicas, e deixando em seus crimes uma possível assinatura, que marca seu “modus operandi” divergente dos outros indivíduos, sendo um conceito operacional. “As vítimas do *serial killer* são escolhidas ao acaso ou por algum estereótipo que tenha significado simbólico para ele.” (CASOY, 2014, p.23). Os assassinatos são sempre cometidos em momentos diversos, com um espaço de tempo entre os crimes e em datas divergentes.

Alguns pesquisadores esclareceram a diferença entre psicopatas e *Serial Killers*. Os termos são distintos, porém em alguns casos podem dirigir-se à mesma pessoa. Desta forma, muitas vezes o *Serial* é, do mesmo modo, um psicopata, apesar de um psicopata não ser necessariamente um assassino em série. A maioria desses indivíduos sofre algum tipo de psicopatia, mas nem todos os psicopatas são, inevitavelmente, um *Serial Killer*, isto é, pode haver psicopatas que nunca pratiquem crime algum.

Considerando que o assassino em série é um psicopata, o psicólogo canadense Robert Hare afirma que os psicopatas em seus atos possuem plena ciência do que estão cometendo, pois a parte cognitiva ou racional desses indivíduos é perfeita, ou seja, eles entendem que estão contrariando as regras sociais e o motivo pelo qual estão se comportando desta forma. O maior perigo encontra-se no âmbito do afeto e emoções, pois esses assassinos não carregam culpa alguma dos seus atos, podem ferir, maltratar ou até matar alguma pessoa que se encontra em seu caminho ou em seus interesses (SILVA, 2014, p.41).

Esses indivíduos são encontrados em qualquer lugar ou cultura, participam dos meios sociais e profissionais. A escritora Ana Beatriz os descreve da seguinte forma:

Os psicopatas, em geral, são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. São incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocarem no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade, e com formas diferentes de manifestar os seus transgressores, os psicopatas são verdadeiros predadores sociais (...) (SILVA, 2014, p. 39).

A saúde mental do assassino em série deve ser estudada com muita atenção, é preciso compreender as enfermidades que debilitam as características psíquicas do indivíduo delituoso. O escritor Paulo Queiroz dispôs sobre este assunto:

A expressão doença mental deve ser entendida em sentido amplo, a fim de compreender toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose manícodepressiva, psicose alcoólica, paranoia, epilepsia, demência senil, paralisia progressiva, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, histeria, etc., pouco importando a causa geradora de semelhante estado, se natural ou tóxica (v.g., uso de droga ilícita), por exemplo (QUEIROZ, 2008, p. 293).

O período em que o assassino comete uma série de homicídios, com o intervalo entre um crime e outro, é o que diferencia o *Serial Killer* dos assassinos em massa. Os assassinos em massa matam diversas pessoas de uma vez só e em questão de horas, diferentemente dos assassinos em série, que buscam seduzir e enganar sua vítima, planejando o crime para que mediante isso consigam alcançar seu objetivo. Como é especificado por Taís Nader Marta em sua análise:

Diferente do assassino em massa, que mata várias pessoas de uma só vez e sem se preocupar pela identidade destas, o assassino em série elege cuidadosamente suas vítimas, selecionando a maioria das vezes pessoas do

mesmo tipo e características. Aliás, o ponto mais importante para o diagnóstico de um assassino em série é um padrão geralmente bem definido no modo como ele lida com seu crime. Com frequência eles matam seguindo um determinado padrão, seja através de uma determinada seleção da vítima ou de um grupo social com características definidas (...) (MARTA, 2010, p.04).

A autora Ilana Casoy afirma que existem três linhas de pensamentos que expressam as emoções e as ações dos assassinos em série:

A teoria freudiana acredita que a agressão nasce dos conflitos internos do indivíduo. A Escola Clássica baseia-se na ideia que pessoas cometem certos atos ou crimes utilizando-se de seu livre-arbítrio, ou seja, tomando uma decisão consciente com base de uma análise de custo-benefício. Em outras palavras, se a recompensa é maior que o risco, vale a pena corrê-lo. Se a punição for extrema, não haverá crimes. A Escola Positivista acredita que os indivíduos não têm controle sobre suas ações; elas são determinadas por fatores além de seu controle, como fatores genéticos, classe social, meio ambiente e influência de semelhantes. Não seria a punição que diminuiria a criminalidade, e sim reformas sociais e tratamentos para recuperar o indivíduo (CASOY, 2014, p.19).

Para compreender a personalidade tanto do assassino em série como a de sua vítima, é necessário a análise da cena do crime. Para que isso ocorra, há necessidade de se observar: o *modus operandi*, que é o sistema que o assassino utiliza para cometer o crime, a assinatura e a estratégia da cena. “O *modus operandi* (MO) é estabelecido observando que arma foi utilizada no crime, o tipo de vítima selecionada, o local utilizado, a forma de agir passo a passo” (CASOY, 2014, p. 61).

O *modus operandi* é a prática necessária para o *Serial Killer* cometer seus crimes e é dinâmico, pode ser modificado ou melhorado de acordo com sua experiência. A assinatura, que não se altera, para Casoy “é o que o criminoso faz para se realizar psicologicamente, é o produto de sua

fantasia” (CASOY, 2014, p.62). A criação de um cenário ocorre quando um matador serial muda propositalmente a perspectiva do crime para que a polícia não ligue os homicídios a um único assassino.

A escolha da vítima é uma das modalidades do *modus operandi*, muitas delas são escolhidas por terem um biotipo específico ou ao acaso. Cada serial killer tem a sua maneira de escolher a vítima, às vezes ao acaso, por terem determinado estereótipo, conforme determinado sexo ou por faixa etária. Ou seja, esta escolha depende do assassino serial, cada um tem seu tipo específico de vítima ou seleciona aquela que está no local que escolheu para caçar sua “presa” (OLANTE, 2018, p. 7).

Assassinos em série possuem uma aparência normal e conseguem com facilidade discernir o certo do errado, e por isso conseguem se ajustar tranquilamente em qualquer ambiente, o que facilita a armadilha que criam para suas vítimas. Esses indivíduos aparentam ser como os outros cidadãos “normais”, e por isso podem passar sem serem notados na sociedade, como salienta Ilana Casoy: “Para parecer uma pessoa normal e misturar-se às outras pessoas, o *Serial Killer* desenvolve uma personalidade para consumo externo, ou seja, um fino verniz de personalidade completamente dissociado do seu comportamento violento e criminoso.” (CASOY, 2014, p. 27). A escritora os divide em quatro tipos:

VISIONÁRIO: é um indivíduo completamente insano, psicótico. Ouve vozes dentro de sua cabeça e as obedece. Pode também sofrer alucinações ou ter visões.

MISSIONÁRIO: socialmente não demonstra ser um psicótico, mas internamente tem a necessidade de “livrar” o mundo do que julga imoral ou indigno. Este tipo escolhe um certo grupo para matar, como prostitutas, homossexuais etc.

EMOTIVOS: matam por pura diversão. Dos quatro tipos estabelecidos, é o que realmente tem prazer de matar e utiliza requintes sádicos e cruéis.

LIBERTINOS: são os assassinos sexuais. Matam por “tesão”. Seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura e a ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte deste grupo (CASOY, 2014, p.21). (grifo nosso)

Conforme Juliana França de Araújo Galeno (2015, p. 4) alega, que segundo a tipologia de Holmes, os *Serial Killers* podem se concentrar no ato (aqueles que matam rápido), ou no processo (aqueles que matam vagarosamente). Para os assassinos que se concentram no ato, matar nada mais é do que o ato em si, há dois tipos diferentes: os visionários e os missionários. O visionário mata porque escuta vozes ou tem visões que o levam a fazer isso. O missionário mata porque acredita que deve acabar com um determinado grupo de pessoas.

Os assassinos seriais que se concentram no processo sentem prazer na tortura e morte lenta de suas vítimas, buscando uma emoção, e se excitam com isso, são os emotivos. Assassinos sexuais que obtêm prazer sexual ao matar são os libertinos. Assassinos que tiram proveito, matam porque acreditam que vão lucrar de alguma maneira, são os missionários. E os assassinos que buscam o poder, querem "brincar de Deus", ou ter controle da vida e da morte, são os visionários (GALENO, 2015).

Esses assassinos são indivíduos com complicações psíquicas que resultam no seu comportamento social e transtornos mentais. Utilizam-se das circunstâncias do crime cometido, e também da representação de sua vítima, para manter um padrão criminoso, visando saciar suas vontades.

Psicopatia

É necessário salientar que o contexto da palavra psicopata pode dar uma impressão errônea de que se trata de pessoas loucas ou doentes mentais. Esse termo, psicopata, realmente significa doença da mente (do grego *psyche* = mente; e *pathos* = doença). Porém, utilizando termos

médico-psiquiátricos, a psicopatia não se enquadra no aspecto tradicional das doenças mentais, os psicopatas não apresentam algum tipo de desorientação nem são apontados como loucos, não sofrem delírios ou alucinações, como por exemplo na esquizofrenia, e muito menos mostram sofrimento mental, como depressão ou pânico.

De outro modo, os atos criminosos desses indivíduos não comprovam uma mente adoecida, mas sim provém de um pensamento e ações frias e calculistas, junto com uma inaptidão de tratar as outras pessoas como seres humanos racionais e com emoções (SILVA, 2014, p. 38). Conforme o autor Nestor Sampaio Penteadado Filho explica:

A classificação de transtornos mentais e de comportamento, em sua décima revisão (CID-10), descreve o transtorno específico de personalidade como uma perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo (o chamado delinquente caracterológico). Essa perturbação não pode ser creditada diretamente a alguma doença, lesão ou outro transtorno psiquiátrico e, via de regra, relaciona-se a várias áreas da personalidade, ligando-se, na maioria dos casos, à ruptura familiar e social. Os transtornos de personalidade não são tecnicamente doenças, mas anomalias do desenvolvimento psíquico, sendo consideradas, em psiquiatria criminal, perturbações da saúde mental (FILHO, 2019, p.207).

Conforme o autor Antônio José Fabrício Leiria descreve:

A doença mental, para os efeitos da norma jurídica, apresenta-se como um estado morboso da psiquê, capaz de produzir profundas inibições na inteligência ou na vontade, no momento da ação ou da omissão. Por outro ângulo, é de se ter presente que o conceito psiquiátrico de doença mental, embora sirva de base para a formação do conceito jurídico, nem sempre coincide exatamente com este. Igualmente, não é de se confundir a perturbação da saúde mental, com a doença mental propriamente dita. Nas enfermidades psíquicas, há sempre uma perturbação da saúde mental, mas,

tais perturbações nem sempre decorrem de uma doença mental, na concepção científica do termo (LEIRIA, 1980, p. 240).

O termo psicopatia é regularmente utilizado em pareceres jurídicos e documentos legais, normalmente em perícias na área do Direito Penal e em alguns casos de matéria civil. Contudo, o vocábulo muitas vezes acaba sendo utilizado num sentido amplo e não técnico, disposto em distintas situações, nem todas apropriadas às características que performam a ideação moderna da psicopatia (TRINDADE, 2007, p. 205). Sendo possível observar que transtorno antissocial de personalidade, psicopatia, sociopatia, e antissocialidade são expressões às vezes usadas como sinônimas, apesar das diferenças entre elas.

O conceito de psicopatia, embora se sobreponha ao de Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS), com ele não se confunde tecnicamente. De acordo com o Manual da Escala Hare, em versão brasileira de Morana (2004), os sujeitos psicopatas preenchem os critérios para Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS), mas nem todos os indivíduos com Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS) preenchem critérios para psicopatia (TRINDADE, 2007, p. 208).

O *Serial Killer* psicopata tem a necessidade de sentir o próprio prazer, é solitário, muito sociável e possui aspecto encantador. Esses indivíduos têm garantida a convicção de que tudo lhe é permitido, excita-se com o perigo e com o que é proibido. No momento em que mata, possui o objetivo final de humilhar a vítima para confirmar sua autoridade, aumentar seu orgulho e efetivar sua autoestima. Portanto, para ele, o crime é algo secundário, o que realmente interessa é o desejo de dominar, de sentir-se superior (FILHO, 2019, p. 223).

Reconhece-se que eles sentem o contrário do que as pessoas normais ao vivenciar uma cena de desrespeito com outro indivíduo, demonstrando

a sua falta de empatia. Esses assassinos conseguem criar uma personalidade simpática para enganar e seduzir, e assim conduzir a situação da maneira que mais lhe agrada.

Imputabilidade Penal

A jurisdição penal brasileira é, de certa forma, tradicionalista. Por esse motivo, para que possa ser mantido um padrão mínimo de segurança jurídica, é preciso levar-se em conta a possibilidade de ocorrência de situações adversas, ainda que a Lei procure controlar essas condutas na sociedade.

O autor Guilherme de Souza Nucci traz à tona um conceito de imputabilidade penal:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade (NUCCI, 2014, p. 241).

Através de sanções e de fundamentos legais, o Direito Penal vem atuando como regulador de condutas humanas, para uma definição de padrões de comportamento:

É importante notar que o Direito e a Criminologia possuem semelhantes objetos de estudo, ou seja, tem ambos com a mesma finalidade a de se investigar, o que é o delito, sem confundir os objetivos das pesquisas. O Direito atua como limitação da liberdade individual e coletiva, portanto, valorando o comportamento do criminoso, para então lhe impor uma sanção

correspondente e proporcional, pois trata-se de um mecanismo de repressão social que estuda o crime (RAMOS, 2017, p. 14-15).

A preservação da lei é necessária para que a sociedade tenha consciência da validade do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de impedir que os indivíduos ajam da maneira que bem entenderem, preservando, assim, a coletividade. O Direito opera mediante a restrição da liberdade do indivíduo, tendo como finalidade a imposição de sanção proporcional ao comportamento do infrator. Sobre tal assunto o autor Antonio Carlos da Ponte dispõe:

O Código Penal Brasileiro não traz um conceito positivo de imputabilidade, mas fornece as hipóteses em que esta não é verificada. Partindo do princípio de que só é imputável o indivíduo que tem capacidade de entender e querer. Nosso diploma legal funda a responsabilidade no elemento subjetivo da vontade consciente, exigindo, para tanto, que o agente revele certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento ético-jurídico e faculdade de autodeterminação. Faltando um desses requisitos, total ou parcialmente, o agente poderá ser considerado, dependendo da hipótese, inimputável ou semi-imputável (PONTE, 2001, p.27).

Luiz Regis Prado (2019, p. 602) aponta que a imputabilidade é a capacidade de agir de outro modo, isto é, a capacidade de adotar uma resolução de vontade diversa, conforme determinações do direito positivo. Para tanto, exige algumas condições do sujeito, sendo essas psicológicas e biopsíquicas, que lhe permitem conhecer a licitude ou não de seu comportamento, e agir de tal maneira.

Essa capacidade possui dois aspectos: o cognitivo ou intelectual, que é a capacidade de compreender a ilicitude do fato; e o volitivo ou de determinação da vontade, que é atuar mediante essa compreensão. Estes aspectos são vistos em toda pessoa que alcança determinado nível de

desenvolvimento de sua personalidade e uma integração social suficiente para responder pelos próprios atos (PRADO, 2019, p. 602).

Já para Rogério Sanches, imputabilidade:

É a capacidade de imputação, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. A imputabilidade é elemento sem o qual entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável. Assim como no Direito Privado se pode falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal, fala-se em imputabilidade (capacidade) e inimputabilidade (incapacidade) para responder penalmente por uma ação delitiva praticada (SANCHES, 2014, p. 324).

À vista disso, vale realçar que todo indivíduo é considerado imputável, a não ser que ocorra alguma causa excludente da imputabilidade, sendo que esta causa pode ser chamada de causa dirimente. A capacidade penal, conseqüentemente, é obtida por exclusão, assim dizendo, caso não se observe a existência de alguma causa que a afaste.

Exclusão da Imputabilidade

A partir da análise feita anteriormente, é possível verificar as causas que podem levar o *Serial Killer* a ser considerado como inimputável. Os assassinos em série não se enquadram em um pensamento próprio, e por isso são um questionamento para a Psiquiatria e, da mesma forma, para a Jurisdição Penal brasileira.

Fernando Capez reconhece que são quatro as causas que excluem a imputabilidade. A primeira delas refere-se à doença mental, apresentada como a perturbação mental ou psíquica que é capaz de eliminar ou interferir na capacidade de entender a natureza criminosa do fato. Capez

aponta: “Compreende a infundável gama de moléstias mentais, a epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc.” (CAPEZ, 2011, p. 333).

Conforme o autor Maximiliano Fuhrer afirma:

Em tema de imputabilidade penal, doença mental é toda manifestação nosológica, de cunho orgânico, funcional ou psíquico, episódica ou crônica, que pode, eventualmente, ter como efeito a situação de incapacidade psicológica do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não é necessário que cause os dois efeitos (falta de entendimento e impossibilidade de autodeterminação) ao mesmo tempo; basta um (FUHRER, 2000, p. 55).

Já a segunda causa de exclusão da imputabilidade corresponde ao desenvolvimento mental incompleto que, como o próprio nome propõe, é o desenvolvimento que ainda não se concluiu. Esta causa pode ocorrer devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, o que ocasiona a imaturidade mental e emocional.

Além desta causa, existe ainda o desenvolvimento mental retardado, que é incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, desta forma, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica. Como aponta o autor Antonio Carlos da Ponte:

As pessoas que acusam um estágio de desenvolvimento mental incompleto ou retardado são carentes de alicerces morais exigíveis para autodeterminarem-se com um mínimo de equilíbrio ético em face da realidade vivenciada. Não bastasse isso, também são incapazes de uma opção consciente, pois não reúnem maturidade para suportar uma carga de culpa, elemento fundamental para configuração da responsabilidade penal (PONTE, 2001, p. 40).

Por último, Capez fala da embriaguez como também uma causa “capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do

agente, em virtude de uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos” (CAPEZ, 2011, p. 337). Porém conforme o art. 28, inciso II, §1º e 2º, do Código Penal, a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade, é preciso que ela seja proveniente de caso fortuito ou força maior para o indivíduo ser isento de pena, ou ter sua pena reduzida de um a dois terços, se não tinha capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É necessário analisar alguns critérios que possam afirmar as hipóteses de exclusão, o autor Rogério Sanches apresenta os critérios biológicos, psicológicos e biopsicológicos. Segundo o autor:

Critério Biológico: este critério leva em conta apenas o desenvolvimento mental do agente (doença mental ou idade), independentemente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação. Basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

Critério Psicológico: O critério psicológico considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independente de sua condição mental ou idade. Não precisa ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

Critério Biopsicológico: Sob a perspectiva biopsicológica, considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável (SANCHES, 2014, p. 258-259). (grifo nosso)

Conforme o autor Aníbal Bruno, existem falhas tanto no critério biológico quanto no psicológico:

O primeiro é deficiente, porque não basta a existência de determinado estado anômalo mental para fazer concluir pela exclusão dos elementos psíquicos da imputabilidade. Isso depende, em geral, da natureza, do grau ou do momento da evolução da perturbação mental. Por outro lado, a simples menção das consequências psíquicas daqueles estados, como faz o segundo critério, sem referência às causas que as determinam, deixa a formula muito imprecisa e capaz de ser estendida abusivamente a condições que o legislador não entendeu incluir na hipótese, como aconteceu no nosso Direito Penal anterior com a referência a completa privação, modificada depois para a completa perturbação, dos sentidos e da inteligência (BRUNO, 1984, p. 131).

Antonio Carlos da Ponte fala sobre o critério biopsicológico:

Já o critério biopsicológico, adotado pelo Código Penal brasileiro, no art. 26, nada mais é que a combinação dos dois critérios anteriores. Por ele, em primeiro lugar, deve-se verificar se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Na hipótese afirmativa, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato. Será inimputável se não tiver essa capacidade. Todavia, caso fique demonstrado que o agente tinha essa capacidade de entendimento, verifica-se se ele era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação. O agente também é considerado inimputável (PONTE, 2001, p. 33).

Nesse sentido, observa-se que a Legislação Penal brasileira estabelece no artigo 26, *caput*, do Código Penal, que se considera inimputável quem era “ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. De outro modo, imputável é aquele que ao tempo da ação ou omissão era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento.

Percebe-se que no artigo citado anteriormente o ordenamento jurídico brasileiro admite o critério biopsicológico, uma vez que o doente

mental pode chegar a ser considerado imputável, posto que seu desequilíbrio psíquico não se evidencie de maneira que comprometa sua autodeterminação ou sua capacidade intelectual, assim dizendo, sua aptidão de compreender o caráter ilícito do fato bem como sua capacidade de determinar-se de acordo com essa cognição.

De acordo com Antonio Carlos da Ponte, constata-se, a partir da própria matéria legal, que para a descrição da irresponsabilidade do agente não é considerada apenas a causa – doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado –, requer também o efeito – completa incapacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de designar-se de acordo com esse entendimento –, que deverá ocorrer ao tempo da ação ou da omissão (PONTE, 2001).

Diferente do caput, o parágrafo único do art. 26 do CP, trata da condição de semi- imputabilidade, e dispõe:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, CP, 1940).

Sobre o artigo anteriormente citado, cabe ressaltar que:

Relacionada às pessoas que, ao tempo da ação ou da omissão, embora não inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento, possuam capacidade parcial de entendimento e determinação. Em relação a tal grupo de indivíduos, que abrange os fronteirços, os psicopatas e os anormais psíquicos, o legislador penal não forneceu um conceito teórico, concreto e completo de responsabilidade penal parcial, conferindo, assim, ao juiz criminal a função de avaliar a personalidade do agente, podendo ou não considerar a prova pericial produzida, nos termos do dispositivo no art. 182 do Código de Processo Penal. Compete também ao magistrado a faculdade de diminuir a pena de um a dois

terços ou ainda substituí-la por medida de segurança detentiva ou restritiva, pelo prazo mínimo de um ano, nos termos do dispositivo no art. 98 do Código Penal (PONTE, 2001, p. 41).

Diante disso, sendo assumida a semi-imputabilidade da pessoa que apresenta uma perturbação de saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo, conforme demonstrado na letra do artigo supra, a pena estabelecida a esses criminosos será reduzida. Sendo necessário salientar que a pena não será excluída, ela só não será aplicada integralmente, o que não seria uma penalização eficiente aos assassinos em série, em virtude de que nem a sociedade estaria protegida, pois o criminoso ficaria afastado do convívio social apenas durante um pequeno espaço de tempo.

Nos casos da semi-imputabilidade, excepcionalmente, ainda temos a opção da medida de segurança detentiva ou restritiva, que é aplicada também nos casos de inimputabilidade, sendo que esta sanção é a mais utilizada no Brasil para os casos de *Serial Killers*.

Sanção Penal

Os crimes causados pelos *Serial Killers* são motivos de grande impacto na sociedade, por serem tão cruéis e violentos. É dever do Estado, no momento em que foi praticado um delito, exercer sua legítima função de punir o indivíduo por suas ações. Por serem tão complexos, esses criminosos são uma incógnita para o Direito Penal brasileiro, portanto, é preciso analisar qual sistema de punição é mais adequado e eficaz para eles.

Não há questionamentos de que estes indivíduos devem ter uma atenção diferente quando se trata do exercício do Direito Penal, lembrando que também merecem respeito por seus direitos fundamentais, explícitos no Art. 5º, da CF/88: “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” (BRASIL, 1988).

Para uma resposta cabível a esta análise, é essencial que haja o esclarecimento sobre as formas disponíveis de sanções penais no Brasil, sendo elas as penas e as medidas de segurança. Importante salientar que o Código Penal, adotou ao sistema unitário ou vicariante, segundo o qual não é possível executar a pena restritiva de liberdade e a medida de segurança ao mesmo tempo.

Segundo o autor Eduardo Reale Ferrari, a medida de segurança constitui:

Uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social. A expressão medida de segurança, etimologicamente, revela uma providência, ou cautela que dispensa cuidados. Com sua imposição, o Estado pretende atuar no controle social, afastando o risco inerente ao delinquente-inimputável ou semi-imputável que praticou um ilícito penal (FERRARI, 2001, p. 15).

O autor Haroldo da Costa Andrade ressalta qual a finalidade da medida de segurança:

Assenta-se em uma preocupação com a prevenção. Poder-se-ia dizer que a medida de segurança tem exclusivamente o objetivo da prevenção. Ela é fundada sobre o estado perigoso que o indivíduo apresenta, desde que ocorra a probabilidade de aplicação da lei penal. Justifica-se o estado do perigo presente, a fim de se evitar uma infração futura. A medida de segurança, diferentemente da pena, não tem de se preocupar com o passado (ANDRADE, 2004, p. 10).

O autor ainda explica o fundamento da natureza jurídica das penas e da medida de segurança:

Inserem-se as medidas de segurança no gênero sanção penal, no qual figuram como espécie, ao lado das penas. As medidas de segurança são verdadeiras sanções penais, pois participam da natureza da pena, tendo, porém, existência em função da periculosidade da agente. Portanto, penas e medidas são duas espécies do mesmo gênero: o gênero sanção penal. Para a aplicação das penas, a imputabilidade é indispensável; ao contrário, para a aplicação das medidas de segurança, o agente deve ser inimputável ou semi-imputável e ter cometido fato indicativo de sua periculosidade (ANDRADE, 2004, p. 12).

Vale ressaltar ser essa a razão pela qual o ordenamento jurídico penal prevê a probabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança no caso de o indivíduo ser semi-imputável (ANDRADE, 2004, p. 12). Na luta contra o delito, e com vistas a um mesmo objetivo, o autor Antonio Carlos da Ponte traz à tona a diferença entre pena e medida de segurança:

Medidas de segurança e penas, constituem espécies de sanções penais. Estabelece a doutrina que as penas têm prazo certo de duração, destinam-se aos imputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, apresentando como finalidade maior a reinserção social do sentenciado, sem perder de vista o caráter retributivo e intimidatório, próprio de sua essência. Elas fundam-se na culpabilidade do agente, e por ela se medem, objetivando a prevenção geral e especial. As medidas de segurança, por sua vez, visam à prevenção, através do caráter curativo, fundam-se na utilidade, têm prazo de duração indeterminado, pressupõem a prática de uma infração penal, e cumulativamente, a existência de periculosidade por parte do agente, sendo destinadas aos inimputáveis e, ocasionalmente, aos semi-imputáveis. Buscam apenas a prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso (PONTE, 2001, p. 59).

Sendo claro a necessidade de resultados positivos no tratamento de qualquer pessoa, é preciso que ele preste uma colaboração efetiva, e por este motivo, é necessário destacar que os psicopatas não manifestam um interesse em colaborar no tratamento, gerando frustrantes tentativas. Robert Hare afirma que as terapias podem ser ferramentas que agravam o problema do psicopata:

A maioria dos programas de terapia faz pouco mais do que fornecer ao psicopata novas desculpas e racionalizações para seu comportamento e novos modos de compreensão da vulnerabilidade humana. Eles aprendem 39 novos e melhores modos de manipular as outras pessoas, mas fazem pouco esforço para mudar suas próprias visões e atitudes ou para entender que os outros têm necessidades, sentimentos e direitos. Em especial, tentativas de ensinar aos psicopatas como “de fato sentir” remorso ou empatia estão fadadas ao fracasso (HARE, 2013, p.202).

A responsabilidade de tratamento penal está nas mãos do Estado, e utilizará o *ius puniendi*, que é o direito de punir, para instituir medidas punitivas para os criminosos psicopatas. Segundo o autor Eduardo Szklarz:

No que se refere ao cumprimento da pena privativa de liberdade pelos psicopatas homicidas no Brasil, impende destacar que estes indivíduos, quando inseridos no sistema penitenciário do país, se passam por presos modelos para conseguir a redução da pena imposta, entretanto, “por baixo dos panos”, se valem da persuasão para ameaçar outros presos, promover intrigas entre eles, liderá-los em rebeliões e prejudicar a reabilitação dos mesmos (SZKLARZ, 2009, p.19).

A partir destes esclarecimentos, entende-se importante e cabível uma penalidade adequada, eficaz e conveniente ao *Serial Killer*, ao psicopata e aos criminosos que possuem transtornos de personalidade, com medidas

jurídicas justas, que ofereçam tratamento eficiente ao agente em questão, ao mesmo tempo em que assegurem a necessária proteção à coletividade.

O art. 96 e seguintes do Código Penal nos mostram quais são as medidas de segurança:

- Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

- Sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º (BRASIL, CP, 1940).

Entende-se que a pena privativa de liberdade não deve ser utilizada quando ocorrer um caso de *Serial Killer*, pois esta pode prejudicar mais ainda o indivíduo e não tem uma aplicabilidade eficaz.

Para os criminosos imputáveis e semi-imputáveis, deverão ser aplicadas as penas, já para os inimputáveis e, excepcionalmente, os semi-imputáveis, serão aplicadas as medidas de segurança. Lembrando que em consequência do sistema unitário, poderá ser aplicado apenas uma espécie de sanção penal ao caso em discussão.

A medida de segurança, ainda que seja a mais conveniente entre os métodos, não diminuiria a periculosidade desses indivíduos, mas os manteria em segurança, conseqüentemente, a sociedade também. Esta sanção possui apenas o tempo de duração mínimo, sendo aplicadas por

tempo indeterminado, cumprindo efetivamente a disposição da determinação judicial.

Este método ainda é incompreendido, de certa forma, pelo Direito Penal brasileiro, sendo um atraso nas investigações e nas punições, ocasionando situações em que muitos criminosos saem impunes, pelas falhas que o nosso ordenamento jurídico pratica quando tem casos complexos como os assassinos em série.

Casos Brasileiros

Os indivíduos que não são inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato criminoso se adequam à classificação dos semi-imputáveis, pois apresentam “perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, a qual está explícita no parágrafo único do art. 26, do Código Penal. Sendo assim, a pena pode ser reduzida de um a dois terços ou substituída pela medida de segurança.

Porém, referente ao assassino em série psicótico, é possível considerá-lo inimputável pelo reconhecimento da sua doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que no momento da ação ou da omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, afirmação que está disposta no caput do art. 26 do Código Penal.

Rogério Greco (2019, p. 83) afirma que, para que o assassino seja considerado como inimputável, não basta apenas o diagnóstico da doença mental, precisa que o indivíduo, no momento do crime, esteja incapaz de compreender o caráter ilícito da ação ou de determinar-se conforme esse entendimento, por isso o legislador adotou o critério biopsicológico para esses casos.

Há duas situações em que a solução jurídica não será eficaz, resultando em falha penal: uma delas é se o assassino em série for

considerado semi-imputável, podendo obter uma redução de pena caso consiga benefícios penais, em um período menor do que o indivíduo imputável; a outra situação é se for considerado imputável, recebendo uma pena como outros indivíduos normais e, caso seja possível receber os benefícios, logo poderá voltar à vida cotidiana, para a vida em sociedade, colocando todos em risco.

Os benefícios penais referidos se dariam pela boa conduta do psicopata dentro do sistema prisional, indicando que o indivíduo se comportou bem e seguiu as regras estipuladas pela instituição. Levando em consideração a capacidade que o *Serial Killer* tem de se adaptar às situações quando possui interesses secundários, compreende-se a facilidade com que faria jus aos benefícios durante a pena, o que resultaria na sua volta à sociedade e, conseqüentemente, ao crime.

Contudo, existem alguns casos brasileiros de assassinos em séries que foram considerados como imputáveis, como o de Francisco de Assis Pereira, que ficou conhecido como “Maníaco do Parque”. No ano de 1998, no Parque do Estado, situado na região Sul da capital do estado de São Paulo, ele matou várias mulheres, que, antes de serem assassinadas, foram violentadas e estupradas. Mougnot relata a decisão que “No ano de 2002, Francisco condenado à pena de 121 (cento e vinte e um) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, tendo os jurados afastados, por unanimidade, sua semi-imputabilidade e, portanto, considerado imputável” (BONFIM, 2004, p. 229).

Outro caso de *Serial Killer* no Brasil é o José Vicente Matias, mais conhecido como “Corumbá”, que matou 6 mulheres entre os anos de 1999 e 2005, tendo cometido os crimes em vários estados, Maranhão, Bahia, Minas Gerais e Goiás. “Corumbá”, além de estuprar e assassinar, exerceu

em seus crimes o canibalismo, se beneficiava de pedaços cerebrais de suas vítimas e ingeria o sangue delas.⁴

Um caso onde o indivíduo teve sua semi-imputabilidade afastada foi o Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, o assassino em série que praticou seus crimes no Maranhão, e pela maneira como ele agia, violentando, mutilando e emasculando suas vítimas, ficou conhecido como o caso dos meninos emasculados do Maranhão e de Altamira (PA), contabilizando um total de 42 vítimas, todos eram meninos.⁵

A quantidade de assassinatos em série cometidos no Brasil não se compara com os excessivos casos, por exemplo, dos Estados Unidos ou Alemanha, mas isso não quer dizer que não existam estas situações aqui e, quando ocorrem, afrontam toda a população.

Um *Serial Killer* é capaz que fingir que se arrepende pelos seus atos, ou que sente tristeza, e até pode prometer que não fará novamente.

É explícita a carência de uma política penal que contenha normas específicas para punir de forma adequada os psicopatas criminosos.

A lacuna criada pela falta de legislação apropriada a esses criminosos em particular, e a confusão que se percebe no sistema judiciário penal brasileiro quanto ao entendimento do que seja psicopatia e doença mental, muitas vezes induzem os juristas à imposição de penas aos assassinos psicopatas iguais às que seriam impostas aos assassinos comuns.

O Direito deveria acompanhar o progresso da sociedade, haja vista que a psicopatia não é um assunto recente dentro dos contextos jurídicos

⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA-GO. APR: 02060073820058090126 PIRENOPOLIS, Relator: DR(A). LILIA

MONICA C.B. ESCHER. Data de Julgamento: 02/06/2015, 1ª CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 1808 de 19/06/2015. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936371670/apelacao-criminal-apr-2060073820058090126-pirenopolis/inteiro-teor-936371678>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵ JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal Número Único: 0006895-75.2010.8.10.0000 n° 0006895-75.2010.8.10.0000. Diário de Justiça do Estado do Maranhão. Maranhão, 06 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/34152926/djma-06-02-2012-pg-132>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

penais, o que justifica a urgência da atualização das normas legais, com a instituição de tratamento diferenciado para os assassinos psicopatas.

Considerações Finais

Através da pesquisa apresentada, é possível verificar que o assunto *Serial Killer* é muito complexo, em vista de que esses indivíduos não possuem consciência moral nem empatia.

Sempre foi um desafio para a Justiça ter que defini-lo como imputável, semi-imputável ou inimputável, e aplicar a sanção mais eficaz. Não se tratando de um criminoso comum, é necessário analisar as questões psicológicas e as consequências que tais punições causariam, considerando que o transtorno de personalidade dos *Serial Killers* é uma anomalia do seu desenvolvimento psíquico, e não uma doença mental, julgando-os como possuidores de uma perturbação da saúde mental.

A Justiça Brasileira não dispõe de um regulamento específico para os assassinos em série, contudo, após a análise das sanções disponíveis no país, é possível afirmar que a mais utilizada e adequada nestes casos é a medida de segurança, quando o criminoso é considerado semi-imputável, ou inimputável, que é o caso dos assassinos em série.

Como a psicopatia destes indivíduos não é considerada uma doença mental, não existe especificamente uma cura, ou remédio para esse comportamento, o que pode ocasionar a reincidência, voltando à prática dos crimes quando liberados da medida de segurança.

A criação de instituição própria para estes casos, como hospitais penitenciários, seria de extrema eficácia se houvesse um atendimento voltado à recuperação da saúde psicológica destes criminosos, pois as penitenciárias normais não dispõem de meios para tratar os problemas relacionados à psicopatia dos apenados.

Esta providência auxiliaria na humanização destes indivíduos e, conseqüentemente, no seu tratamento, que consistiria em monitoramento e acompanhamento psicológico específico à problemática apresentada.

O Ordenamento Jurídico Penal e a Psiquiatria estão distantes de dar um ponto final para este assunto.

Diante de todo o exposto, analisando a responsabilidade da Justiça Brasileira quanto ao assassino em série e a imputabilidade do mesmo em vista da sua personalidade psicopática, justifica-se a necessidade da criação de políticas públicas específicas, como a citada acima (hospitais penitenciários), voltadas ao tratamento dos *Serial Killers*, visando sua penalização de maneira mais eficiente e adequada, de forma a preservar seus direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que é mantida a segurança da sociedade.

Referências

ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das medidas de segurança**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. T. 2.

BONFIM, Edilson Mougnot. **O julgamento de um serial killer – o caso do maníaco do parque**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Código Penal: Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 15. Ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e Direito Penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FILHO, Nestor Sampaio P. **Manual esquemático de criminologia**. Editora Saraiva, 2019. Disponível em na Biblioteca Virtual da Universidade de Passo Fundo. Acesso em: 18 jun. 2021.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no Direito Penal**. Malheiros, 2000.

GALENO, Juliana França de Araújo . **Serial killers**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41428/serial-killers> >. Acesso em: 18 jun. 2021.

GOIÁS, Tribunal de Justiça. **APR: 02060073820058090126 PIRENOPOLIS, Relator: DR(A). LILIA MONICA C.B. ESCHER, Data de Julgamento: 02/06/2015, 1ª CAMARA CRIMINAL**. Data de Publicação: DJ 1808 de 19/06/2015. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936371670/apelacao-criminal-apr-2060073820058090126-pirenopolis/inteiro-teor-9363716781>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

GRECO, Rogério. **Direito Penal estruturado**. Grupo GEN, 2019. Disponível na Biblioteca Virtual da Universidade de Passo Fundo. Acesso em: 20 jun. 2021.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARANHÃO, Justiça do Estado. **Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal Número Único: 0006895-75.2010.8.10.0000 nº 0006895-75.2010.8.10.0000**. Diário de Justiça do Estado do Maranhão. Maranhão, 06 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/34152926/djma-06-02-2012-pg-132>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

MARTA, Tais Nader. **Assassinos em série: uma análise legal e psicológica**. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2129/1727>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLANTE, Gabriela Marçal. **Serial Killer e o Projeto de Lei nº 140/2010**. Disponível em: <<https://bigabi.jusbrasil.com.br/artigos/615995213/serial-killer-e-o-projeto-de-lei-n-140-2010>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. vol. 1. 3. ed. Grupo GEN, 2019. Disponível na Biblioteca Virtual da Universidade de Passo Fundo. Acesso em: 18 jun. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
RAMOS, Késsia De Santana Flório. **Serial Killer: Prisão ou Tratamento**. Disponível em: <https://www.fdc.br/arquivos/200/K_SSA%20DE%20SANTANA%20FLRIO%20RAM_OS%20-%20VIA%20DEFINITIVA%20MONOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

SZKLARZ, Eduardo. O psicopata na justiça brasileira: o caminho dos antissociais pelos sistemas jurídico e carcerário é um ciclo sem fim de reincidência.

SUPERINTERESSANTE: Mentis psicopatas, São Paulo, n.º 267, 2009. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/o-psicopata-na-justica-brasileira/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2007.

Análise das alterações da coisa julgada motivando a segurança jurídica ¹

*Alessandra Bonhemberger*²

*Roberto Carlos Gradin*³

Introdução

O instituto da coisa julgada é de fundamental importância para o ordenamento jurídico. Conforme foi analisado, é o qual coloca fim ao litígio, adquirindo a decisão o status de imutável, sendo indispensável fazer um estudo de todo o seu regulamento. O qual objetiva estabilizar as relações que causam divergências e, assim, impedir a discussão das ações já analisadas novamente, firmando o princípio constitucional da segurança jurídica.

O Código de Processo Civil de 1973 trouxe grandes problemas e insegurança em relação à coisa julgada. Portanto, o novo diploma de 2015, por se tratar de um instituto de suma relevância o alterou significativamente, sendo o principal objeto de estudo. Adotou-se como metodologia análises doutrinárias e jurisprudenciais.

A correlação que a coisa julgada tem com os valores constitucionais esclarece a indispensabilidade de analisar como o instituto se desenvolve no Código atual, o qual foi formulado dentro de um regime democrático.

¹ Artigo científico produzido no curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: 168741@upf.br

³ 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

A Constituição conduz vasta importância à coisa julgada, propiciando a estabilização das situações jurídicas e primando-se por um Estado de Direito.

Na primeira parte foi analisada a evolução da coisa julgada, como eram os andamentos das ações enquanto subsistia a vigência do documento de 1973, seus questionamentos, problemas e insegurança que a mesma resultava, remetendo a uma breve análise da evolução da coisa julgada até o atual Código de 2015, o qual o alterou significativamente. Analisou-se também a importância de o instituto se encontrar ligado ao princípio constitucional da segurança jurídica, estando protegido constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, que objetiva um estado democrático de direito, buscando os direitos humanos fundados na harmonia social.

Na segunda parte foram examinadas as modificações que a legislação Processual Civil atual trouxe, tendo em vista a vasta importância do instituto como meio de por fim ao litígio, motivando a aplicação do princípio constitucional da segurança jurídica. Bem como a possibilidade de desconstituição da coisa julgada perante a ação rescisória, a qual visa a desconstituição de uma decisão acobertada por ela que possua algum vício em hipóteses excepcionais.

Na terceira parte buscou-se abordar a nova mentalidade jurídica alcançada com a vigência da recente legislação com o efetivo cumprimento da segurança jurídica, analisando se as alterações propiciadas pela mesma conseguiram alcançar equilíbrio com a Constituição Federal, resultando em um sistema judiciário efetivo e seguro. E, se foi capaz de transmitir para as partes a confiança de uma decisão que obteve seu trânsito em julgado.

1 A evolução da coisa julgada e a sua problemática no Código de Processo Civil de 1973

A coisa julgada teve início no direito romano, onde se considerava relevante a vida em sociedade com segurança e paz, sendo necessária uma garantia de que o processo permaneceria com o mesmo resultado assim que proferida sua decisão. Foi objeto de estudo de muitos juristas que contribuíram para a sua definição. Konrad Hellwig, processualista alemão, defendia a tese da coisa julgada como eficácia da declaração; que nem todos os conteúdos se tornariam imutáveis e indiscutíveis, a qual ganhou alguns aspectos no Brasil e na Europa (CABRAL, 2019, p.60 e 81).

Adquiriu ensinamentos de Enrico Tullio Liebman. Antes de sua teoria, a coisa julgada era definida como um dos efeitos da sentença. Ele então pretendeu diferenciar os efeitos da sentença da autoridade da coisa julgada, sendo acompanhado pela maior parte da doutrina. Para Liebman a coisa julgada seria um atributo que adere à sentença, não podendo ser considerada um efeito da decisão, como se verifica "[...] A coisa julgada seria “neutra e incolor” ao conteúdo e aos efeitos da sentença, pois não os altera, apenas imuniza" (CABRAL, 2019, p. 87). Liebman firmou sua teoria com base na formulada por Hellwig, pelo qual a *res iudicata* seria o efeito da sentença. E para Enrico o erro está em pensar que a sentença produz coisa julgada, o correto para ele é que a *res iudicata* seria uma qualidade e não um efeito.

Alcançou também alguns traços dos ensinamentos de Giuseppe Chiovenda, o qual defendia a tese sobre o objeto da preclusão. Ele conceituava a preclusão como a perda de faculdades, que poderiam ser quaisquer exposições, alegações ou queixas e, diante disso, fez com que houvesse restrição subjetiva das preclusões apenas para as partes. Foi o regime romano da *res iudicata* que firmou seus primeiros conceitos e

terminologias no direito ocidental contemporâneo, determinando suas principais características.

No direito brasileiro pode-se perceber seus traços desde as primeiras legislações, ainda que não com a mesma conceituação. “A legislação brasileira tratou a coisa julgada de maneira heterogênea ao longo do tempo. No Código de Processo Civil de 1939, na rubrica “eficácia da sentença”, a lei limitava-se a afirmar que a sentença terá força de lei nos limites das questões decididas” (CABRAL, 2019, p. 61). Tratando apenas das formas de desconstituição e exceção.

A coisa julgada só se situou conceituada com a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro de 1942, no art.6º, parágrafo 3º, sendo denominada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, 1942, Art. 6º). Ou seja, se caracterizando como sentença irrecurável, sendo o primeiro dispositivo que marcou o entendimento do seu instituto.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 467 trouxe um novo conceito da coisa julgada: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (BRASIL, 1973, Art. 467). Tal conceito não foi o mais adequado, pois adotou-se a teoria de Liebman e a definiu-se equivocadamente, gerando diversas críticas. Logo, abriu espaço para o instituto reestabelecer-se reformulado no novo e atual Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 502, o qual dispõe: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015, Art. 502).

A coisa julgada possui proteção Constitucional, disposta no Art.5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que a lei não prejudicará a coisa julgada, trazendo, portanto, uma maior segurança em

relação ao seu viés (BRASIL, 1988). Visto que a Constituição Federal de 1988 busca um estado democrático de direito, objetivando os direitos humanos fundados na harmonia social. Pode-se perceber os primeiros traços desde a Constituição de 1824, sendo retirada na Constituição de 1891 e voltando a ser inserida na Constituição de 1934, a qual foi a primeira a consagrar o instituto da coisa julgada, sendo então mantida nas demais Constituições ao longo do tempo, permanecendo e sendo aprimorada até hoje como um dos principais pilares dos direitos humanos baseado na segurança jurídica.

Em relação ao conceito da coisa julgada na legislação de 1973, o mesmo não era o mais adequado, visto que o seu elaborador quis adotar a teoria de Liebman para sua conceituação, mas definiu a mesma inadequadamente, se mostrando frágil e abrindo espaço para questionamentos, recebendo críticas de diversos processualistas. Sendo equivocada a assertiva de que a coisa julgada material tornaria imutáveis os efeitos da sentença. Segundo os autores que a elaboraram, os efeitos da sentença podem se modificar a qualquer tempo (CÂMARA, 2014, p.523). Não eram os efeitos da sentença que se tornariam imutáveis, mas sim, o seu conteúdo.

Além do mais, o artigo atribuiu equivocadamente a coisa julgada material a qualquer sentença que transite em julgado, visto que só poderá haver coisa julgada material quando a decisão de mérito se fundar em cognição exauriente, como se pode perceber no trecho seguinte:

Esta consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo (declaratório, constitutivo, condenatório) da sentença de mérito, e produz efeitos para fora do processo. Formada esta, não poderá a mesma matéria ser novamente discutida, em nenhum outro processo. Observe-se, porém, que só poderá haver coisa julgada material quando a decisão de mérito se fundar em cognição exauriente. Afinal, decisões baseadas em exames menos profundos

da causa, por não serem capazes de permitir a afirmação de juízos de certeza, não poderiam tornar-se imutáveis. Só pode haver imutabilidade do conteúdo da decisão judicial quando esta for capaz de tornar certa a existência ou inexistência do direito material afirmado pelo demandante (CÂMARA, 2014, p. 527).

A intenção do legislador era de que todos os processos fossem acobertados pela coisa julgada, não podendo mais ser discutido na mesma ou outra ação idêntica, porém estas somente atingem o status de imutável e indiscutível quando ocorre a coisa julgada material. Contudo se ocorrer somente a coisa julgada formal poderá ser rediscutido em nova ação. A coisa julgada se forma quando o processo tem no seu alcance a coisa julgada formal e material, conjuntamente, além de todos os meios terem se esgotados e não caber mais nenhum recurso, resultando assim no trânsito em julgado da decisão.

Já os limites da coisa julgada estão subdivididos em dois: limites subjetivos e objetivos. Estudara-se primeiramente sobre os limites subjetivos, os quais se referem aos sujeitos processuais que serão atingidos com a coisa julgada, disposto na primeira parte do artigo 472 do Código de 1973, o qual expressa que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (BRASIL, 1973, Art. 472). Diante do mencionado, “com a regra do art. 472 do Código de Processo Civil se afirma que a coisa julgada faz a sentença imutável e indiscutível entre as partes, mas tal indiscutibilidade e imutabilidade não podem atingir terceiros, estranhos ao processo onde aquela autoridade se formou” (CÂMARA, 2014, p. 537). Desse modo, não importa se o alcance se daria em benefício ou prejuízo do terceiro, pois não irá alcançá-lo, visto que não participou da relação processual, podendo então o terceiro vir a juízo para rediscutir a questão, já que a coisa julgada não se estende a ele.

Na segunda parte, o artigo 472 dispõe que "nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros" (BRASIL, 1973, Art. 472), ocorre uma exceção em relação ao estado da pessoa, tem-se pluralidade de sujeitos em um mesmo processo, a qual é uma condição para que a coisa julgada alcance o terceiro, se fazendo pela citação de todos os interessados e sujeitando-se então, todas as partes e terceiros interessados a coisa julgada.

Já os limites objetivos são referentes a sua extensão, que é estabelecida nos artigos 468⁴ e 469⁵ da legislação de 1973. O dispositivo afirma que a coisa julgada alcança somente as questões que foram apresentadas e enfrentadas no processo, ou seja, somente as questões que compõem a lide. Desse modo, serão alcançados pela coisa julgada o que foi deduzido no processo sendo objeto de cognição judicial, atingindo somente as questões principais, uma sentença pode conter inúmeras questões a serem apreciadas até a sua conclusão, estas que podem influir essencialmente no resultado, porém somente as questões principais vão adquirir a proteção do manto da coisa julgada conforme as normas do Código de Processo Civil de 1973.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, esta disciplinada no artigo 474 do CPC de 1973, o qual dispõe: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido" (BRASIL, 1973, Art. 474). Ou seja, quando alcançada a sentença definitiva da coisa julgada serão insignificantes os fatos que poderiam ter sido

⁴ Artigo 468 do Código de Processo Civil de 1973: A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁵ Artigo 469 do Código de Processo Civil de 1973: Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

apresentados ao juízo e não o foram. Dessa forma, quando alcançada a sentença definitiva, os motivos tornam-se irrelevantes, visto que os mesmos são as questões prejudiciais e, como mencionado, não adquirem a proteção da coisa julgada, ocorrendo então, a eficácia preclusiva dos fundamentos daquela decisão que alcançou a proteção através da mesma (CÂMARA, 2014, p. 535-536).

As questões prejudiciais não são acobertadas pela coisa julgada, somente as questões principais terão essa proteção, ou seja, apenas o dispositivo da sentença transita em julgado. No entanto, o regulamento de 1973 abre uma exceção, permitindo que a coisa julgada alcance as questões prejudiciais, através de requerimento de ação declaratória incidental (VERAS, 2014, p.580).

A ação declaratória incidental no Código de 1973 servia para que a parte pudesse requerer e obter a coisa julgada para as questões prejudiciais da demanda. Assim, não somente o dispositivo da sentença obteria o status de imutável, mas também os seus fundamentos, não podendo ser proposta nova ação em relação a estes, como afirma o doutrinador:

Destaca-se que a “ação declaratória incidental” (expressão tradicional) pode ser movida por qualquer das partes, e seu objetivo é o de ampliar os limites objetivos da coisa julgada, pois com a ação declaratória incidental a relação jurídica que não era objeto do pedido da ação principal será alcançada pela coisa julgada. “A questão prejudicial, que normalmente é decidida de modo a não fazer coisa julgada (CPC, art. 469, III), passa a ter essa autoridade com a propositura da ação declaratória incidental (CPC, art. 470)”. Com isso, a análise da questão prejudicial determina o conteúdo da sentença. Assim, a relação jurídica subordinante adquire autoridade de coisa julgada (VERAS, 2014, p. 465).

Ocorre que se surgisse um problema a ser discutido no decorrer do processo que poderia influenciar na decisão, só teria a proteção da coisa julgada se requeresse via ação declaratória incidental, ou seja, não sendo questão principal o julgador vai apreciar o mérito da mesma forma. Porém, se não se requerer a questão prejudicial através da ação declaratória, não irá obter o manto de proteção da coisa julgada, podendo ser rediscutida em outro processo (BRASIL, 1973, Art. 469).

Para que se pudesse requerer a ação declaratória incidental, era necessário observar alguns pressupostos estabelecidos pelo artigo 470 da legislação de 1973, para que então a coisa julgada conseguisse ser estendida às questões prejudiciais. O primeiro pressuposto é que as partes devem requerer expressamente, não podendo o julgador conceder de ofício; o segundo se refere à competência do juiz em razão da matéria, estabelecendo que o juiz deve ser competente para julgar, tanto a questão principal quanto a questão prejudicial e, por fim, deve haver uma compatibilidade de procedimento, ou seja, o julgamento da ação declaratória incidental teria que influir propriamente no julgamento da questão principal (BRASIL, 1973, Art. 470).

Dessa maneira, nota-se que a coisa julgada só atingiria a questão prejudicial se proposta a ação declaratória incidental e observados todos os pressupostos conjuntamente, podendo então se tornar imutável e, por consequência, evitar nova instauração de processo em relação a mesma causa. Todavia essa ação declaratória incidental era pouco utilizada devido a sua complexidade, ocasionando raras ações que a coisa julgada alcançasse as questões prejudiciais, sendo possível então, que as partes requeressem novas demandas em relação às questões prejudiciais, resultando na violação do instituto da segurança jurídica (BUENO, 2013, p.196).

Com a possibilidade de as questões prejudiciais não fazerem coisa julgada, muitos processos tinham a entrega efetiva do mérito parcial, visto que as partes poderiam rever esses elementos em outra ação, obtendo-se mudanças consideráveis das primeiras decisões. Provocando assim, uma enorme insegurança no ordenamento jurídico brasileiro, a qual instiga que, “a segurança é ainda materialmente fundamental, por se entrelaçar, correntemente, com a dignidade da pessoa humana, provendo a tranquilidade e a previsibilidade, sem as quais a vida se converte em uma sucessão angustiante de sobressaltos” (CANOTILHO, 2018, p. 237).

O princípio constitucional da segurança jurídica é considerado um dos principais elementos constitutivos do Estado de Direito, o qual tem por objetivo assegurar a estabilidade das relações já consolidadas em relação à evolução do Direito. Está regulado no art.5.º, XXXVI da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988, Art. 5º). Para o doutrinador “a coisa julgada é o corolário do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais transportado para o campo judicial” (TAVARES, 2020, p. 656). No mesmo sentido outros doutrinadores afirmam que:

A coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica. A coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, consolidando um “direito adquirido” reconhecido judicialmente. Há, ainda, uma dimensão objetiva de proteção da segurança jurídica que se relaciona à coisa julgada: a coisa julgada é inviolável por lei (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 754).

Consequentemente, decidiu-se alterar esse instituto, tendo em vista que não era correto admitir dois entendimentos sobre a mesma causa, em duas ações diferentes. E que, como a ação poderia ser resolvida de outra

maneira, era por certo pensar que não fora completamente resolvida, procedendo de maneira equivocada ao que postula o princípio constitucional da segurança jurídica.

Como exposto, “o novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do estado democrático de direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas” (BRASIL, 2010, p.27). Portanto, foi alterado para sanar os maiores problemas enfrentados e reclamados pela comunidade jurídica e seus operadores, como se afirma na exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015:

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do direito, ouvidas em todo país. na elaboração deste Anteprojeto de Código de processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais (BRASIL, 2010, p. 22).

Com o advento da legislação de 2015 o instituto da coisa julgada surge todo reformulado, com ideias diferentes, mas com objetivo semelhante ao daquele revogado, que é o de impedir que as ações que já transitaram em julgado sejam objeto de discussão novamente. Ou seja, altera-se com a finalidade de extinguir os problemas enfrentados com o código anterior trazendo mudanças específicas, para que a decisão adquira o status de imutável e indiscutível.

2 A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015, suas alterações e peculiaridades

Com a introdução do novo código e a alteração do seu instituto, a primeira mudança evidente está no seu conceito: “Denomina-se coisa

julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015, Art.502). Nota-se a afirmação de que a coisa julgada material é uma jurisdição que torna imutável e indiscutível a decisão. Como Cabral e Cramer (2016, p. 751) informam “a “autoridade” é uma situação jurídica, que qualifica uma decisão de modo que a mesma seja obrigatória e definitiva”. Com relação a sua qualificação o autor Humberto Theodoro Júnior (2019, p.625) esclarece que “A *res iudicata* se apresenta como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela, representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos”, confirmando o entendimento de que a coisa julgada é a qualidade que se integra aos efeitos da decisão.

Outro aspecto considerável em seu conceito foi mudança de “sentença” por “decisão de mérito”, trouxe grande relevância, onde se abrange na decisão de mérito a decisão interlocutória, a sentença, a decisão monocrática de relator e o acórdão, não apenas se limitando a sentença, como expressa o doutrinador:

Quando os arts. 502 e 503 do novo Código estabelecem o conceito legal e a extensão do fenômeno da coisa julgada e se referem a ela como uma qualidade da *decisão de mérito*, e não apenas da sentença, reconhecem a possibilidade de a *res iudicata* recair sobre qualquer ato decisório, que solucione “total ou parcialmente o mérito”. Dessa maneira, a coisa julgada leva em conta o objeto da decisão, que haverá de envolver o mérito da causa, no todo ou em parte, seja o ato decisório uma sentença propriamente dita, seja um acórdão, seja uma decisão interlocutória. O importante é que o pronunciamento seja definitivo e tenha sido resultado de um acerto judicial precedido de contraditório efetivo (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 625).

Com esse novo conceito é perceptível a importância dessa mudança, onde mais decisões irão adquirir os efeitos da coisa julgada. Em relação a

essa abrangência é necessário ter uma certa cautela nas decisões de mérito no curso do processo, tendo em vista que o juiz pode resolver parte da ação e dar continuidade as outras.

Nesse novo conceito tem-se a expressão coisa julgada material, a qual analisa o mérito da ação, proibindo a discussão do que foi analisado no mesmo e em outros processos. Há casos que se pode ter somente a coisa julgada formal, que tem relação com a preclusão temporal do processo, ou seja, esgotados os meios cabíveis, não pode mais ser discutido no mesmo processo, mas nada impede que seja rediscutido em uma nova ação, portanto, quando ocorrer a coisa julgada formal, não é proibido que seja reaberta a mesma demanda em outro processo. Já quando ocorrer a coisa julgada material, se encerra o mesmo e proíbe de ser revista novamente em outro, exceto em casos de ações de trato continuado e também mediante mecanismos rescisórios.

O inciso I do artigo 505, estabelece o que deve ser feito nos casos de relações de tratos continuados, confirma-se que essas decisões não permaneceram indiscutíveis e imutáveis porque suas posições jurídicas podem ser modificadas no curso da relação. Assim afirmam os doutrinadores:

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica de trato continuado (e o próprio direito) e que legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir e novo pedido), a chamada *ação de revisão* ou *ação de modificação*. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte à época da decisão) (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 772).

Somente ocorre em situações específicas, onde há algum fato ou direito novo que não foi analisado na época do trânsito em julgado da

primeira ação. Devendo gerar uma nova decisão de modo que não despreze a coisa julgada formada na lide anterior, vejamos a seguir um exemplo de situação que pode ocorrer no ordenamento:

Isto se dá naquelas situações de julgamento *rebus sic stantibus*, como é típico o caso de alimentos. A sentença – nesse caso denominada sentença determinativa – baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos que motivaram o comando duradouro da sentença podem se alterar ou mesmo desaparecer, é claro que a eficácia do julgado não deverá perdurar imutável e intangível. Desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também. Não se trata, como se vê, de alterar a sentença anterior, mas de obter uma nova sentença para uma situação também nova (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 633).

Como apresentam “a rigor, a coisa julgada sempre se põe nesses termos: fatos novos, constitutivos de nova causa de pedir, dão base a uma nova ação, não atingida pela coisa julgada anterior. A relação continuativa apenas oferece maiores oportunidades para que isso ocorra” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 805). Com isso, percebe-se a importância de uma nova ação, pois como se está diante de um novo fato, deverá outra situação ser decidida em razão de um acontecimento superveniente.

Outro ponto que trouxe significativa mudança foram os limites subjetivos, os quais dizem respeito aos sujeitos que serão atingidos pela coisa julgada. O antigo CPC determinava que a coisa julgada não prejudicaria nem beneficiaria terceiros; já o Novo Código de Processo Civil determina somente que esta não prejudique os terceiros, portanto podendo os alcançar e beneficiá-los, como dispõe o doutrinador, “a sentença, como pronunciamento estatal, vale para todos, não tem limites. O que tem limites é a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença,

enfim, é a coisa julgada, que não pode prejudicar estranhos à relação processual” (DONIZETTI, 2018, p. 440).

Os terceiros que são atingidos pela coisa julgada, se beneficiados, não precisarão entrar com outra ação, a coisa julgada lhes aproveitará. Trazendo importante meio para que se aproveite aos terceiros e gere menor demanda de processos no judiciário, porém, se por ventura a sentença for prejudicial ao terceiro da relação processual, não o lhe aproveitará, sendo de direito do terceiro de ingressar com nova ação, impondo as garantias do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, os mesmos não podem ficar surpresos com uma decisão imutável prejudicial, somente a decisão poderá os aproveitar se benéfica for. Percebe-se a significativa mudança, onde foi alterado para não excluir a extensão benéfica da coisa julgada a terceiros (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 776).

No entanto, se tratando das alterações sobre os limites objetivos, cabe primeiramente fazer uma diferenciação sobre a questão prejudicial, a qual entende-se, como “Questão relativa a outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida, mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado” (HUMBERTO, 2008 apud DONIZETTI, 2018, p. 436). Da questão principal a qual se refere ao pedido apresentado pelo autor na petição inicial, ou seja, “são as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do julgamento. Em relação à resolução delas é que se fala, normalmente, em coisa julgada” (CABRAL; CRAMER, 2016, p.757).

Na legislação civil de 1973 somente o dispositivo fazia coisa julgada, alcançado só a questão principal, ou seja, as que foram apresentadas e enfrentadas no processo, dado que se permitia as questões prejudiciais serem propostas em uma nova demanda. Era possível, porém, que as questões prejudiciais também fizessem coisa julgada, através da ação

declaratória incidental, que ampliava a abrangência da própria, mas devido à complexidade dos requisitos essa ação era pouco utilizada.

Com a vigência do novo Código de Processo Civil a questão da coisa julgada prejudicial se encontra nos §1º e §2º do art.503, e a questão principal no caput do artigo, o qual dispõe:

A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. §1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. §2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (BRASIL, 2015, Art. 503).

Com a análise desse artigo, nota-se que o caput se refere à coisa julgada no regime comum e seus parágrafos se relacionam com a coisa julgada no regime especial, que dizem respeito às questões prejudiciais. Para obter a coisa julgada no regime comum é necessário observar alguns requisitos, como validade da ação, que a decisão seja de mérito, e que não seja impugnável por recurso, sendo necessário o trânsito em julgado da decisão para que ocorra a coisa julgada material (DOZINETTI, 2018, p.437).

Com a vigência do regulamento de 2015, as alterações em relação às questões prejudiciais trouxeram maior estabilidade para o instituto, onde a parte não precisa mais propor uma ação declaratória incidental. Somente deve atentar para que os requisitos dos §1º e §2º do artigo 503 estejam presentes, obtendo-se então a coisa julgada na questão principal e prejudicial, não sendo mais possível sua discussão em outro processo, salvo ação rescisória.

Com o disposto no artigo 503, é notável o oferecimento de maior segurança para as resoluções das demandas, não sendo mais necessário propor ação declaratória incidental para que as questões prejudiciais alcancem a coisa julgada, desde que observado os seus requisitos, as quais consistem em que essas sejam resolvidas expressa e incidentalmente no processo. Ou seja, devem ser evidentemente certas, que as mesmas influenciam diretamente na questão principal, que o juiz seja competente para julgar tanto a questão prejudicial quando a principal e que seja assegurado o contraditório prévio e efetivo (DOZINETTI, 2018, p.437).

No que se refere à eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no artigo 508, é vedado às partes de favorecer-se das alegações que poderiam ter sido alegadas para o acolhimento ou rejeição do pedido e não o foram, tornando-se insignificantes esses fundamentos. Visto que com a formação da coisa julgada, preclui-se a oportunidade de rediscussão dos mesmos, como explica o doutrinador:

A imutabilidade da situação jurídica definida pela sentença transitada em julgado acarreta o chamado *efeito preclusivo* da *res iudicata*, que, na verdade, vai além das questões explicitamente solucionadas, de modo que mesmo as alegações e defesas não suscitadas pelas partes ficam impedidas de ser manejadas em processos futuros, se disso puder decorrer redução ou ampliação do que já se achar judicialmente acertado em torno da mesma lide e em relação às mesmas partes. Desse modo, a coisa julgada recobre tanto o deduzido no processo como o que poderia ter sido deduzido e não o foi. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 641).

Dessa maneira a coisa julgada preclui a possibilidade de discutir o que foi deduzido e torna irrelevante alegar o que poderia ter sido deduzido e não o foi; salvo erro material, erro de cálculo e as hipóteses cabíveis de ação rescisória. Ainda que o pilar da coisa julgada seja o de garantir a segurança jurídica, não permitindo que a ação seja julgada novamente,

colocando um resultado ao litígio, atentou-se para manter no sistema, meios de desconstituir aquela que apresentar vício em sua sentença, buscando adequar o sistema à decisão com mais exatidão possível.

Em relação à ação rescisória, é uma ação autônoma cabível para desconstituir a coisa julgada. Sendo admitida somente em casos que contenham vício em sua decisão já transitada em julgado, ou seja, “a ação rescisória é tecnicamente ação, portanto. Visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença como ato jurídico viciado” (THEODORO JÚNIOR, 2019, p.1114). A coisa julgada que apresentar vício poderá ser anulada por meio da ação rescisória, possibilitando a hipótese do rejuízo da causa.

Suas hipóteses de cabimento estão elencadas, taxativamente, nos oito incisos do artigo 966 para que o autor possa ingressar com essa ação, deverá apontar em qual dos incisos a situação se encaixa, com o ônus de provar o que alega para que ocorra a rescisão da coisa julgada, tendo também, de acordo com o artigo 968, inciso I do CPC/2015, que cumular ao pedido de rescisão o pedido de novo julgamento do processo, como pode se afirmar, “A ação rescisória geralmente apresenta pedidos cumulados, de forma sucessiva (ou seja, o segundo pedido só é apreciado e acolhido se o primeiro for acatado) ” (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 837).

Porém há três exceções em relação à cumulação de pedidos, onde deve ser feito somente o pedido de desconstituição da coisa julgada, nessas hipóteses a procedência da ação rescisória gera somente a invalidação do pronunciamento. De regra, os pedidos devem ser cumulados obrigatoriamente em sua petição inicial, cabendo a exceção de pedir somente a desconstituição nas três possibilidades seguintes, como expressa:

Aliás, na prática só há três hipóteses em que a cumulação não ocorrerá: (i) a de ofensa à coisa julgada (art. 966, IV), onde a ação rescisória apenas desconstituirá a sentença impugnada; (ii) a de juiz peitado (art. 966, I); e (iii) a de juiz impedido ou absolutamente incompetente (art. 966, II); porque, nos dos últimos casos, toda a instrução do processo será anulada e o feito terá de ser renovado em primeira instância (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1131).

Considerando a possibilidade de cumulação de pedidos na ação rescisória, é fundamental observar o prazo para propor essa ação, que está disposto no artigo 975 e é decadencial de dois anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Excedendo esse prazo, perde-se o direito de alegar qualquer um dos vícios dos incisos e a coisa julgada se consolida. Contudo há uma exceção prevista no parágrafo 2º desse mesmo artigo, no qual o prazo para propor a ação será de 5 (cinco) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, caso se basear em descoberta de prova nova do inciso VII do artigo 966, importante destacar que essa prova nova já deve existir no curso do processo. Porém o autor da rescisória não pode a utilizar, já no parágrafo 3º, o prazo inicial começa a contar quando ocorre a ciência da simulação ou colusão, nos casos em que a ação for postulada por terceiros ou pelo Ministério Público (DOZINETTI, 2018, p.863).

Em suma, deve ser observado alguns pressupostos para ingressar com a ação rescisória. O primeiro é que, independentemente da decisão, sentença ou acordão, tem que ser definitiva e ter transitado em julgado; secundamente deve-se observar os prazos para a interposição da ação, e por último, estar presente alguma das causas dos incisos do artigo 966, o não cumprimento desses pressupostos provoca o indeferimento da petição inicial.

3 A nova mentalidade jurídica alcançada com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 com o efetivo cumprimento da segurança jurídica

A segurança jurídica está disposta no artigo 5º, XXXVI da CF (BRASIL, 1988, Art. 5). Sendo assim, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada compõem o princípio constitucional da segurança jurídica e, nem a própria lei e nem o juiz, poderão modificar a coisa julgada devido a sua condição de direito fundamental e garantia constitucional.

Toda ação que gerar uma sentença sem importar a sua natureza, obtendo o trânsito em julgado, é nada mais que a efetivação do princípio constitucional da segurança jurídica, transmitindo segurança nas relações entre os jurisdicionados. Torna imutável e indiscutível a decisão, promovendo o que o princípio objetiva, assegurando estabilidade nos seus efeitos e impedindo que voltem a ser questionadas, portanto, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão, a mesma se torna lei entre as partes e deve ser totalmente respeitada.

É evidente a necessidade de se ter estabilidade e entendimento nas relações sociais, de modo que permita a todos viver em harmonia social. Dessa maneira não é apenas garantia do cidadão frente ao Estado, mas também um direito fundamental de certeza e estabilidade de cada indivíduo, é uma premissa para a própria existência do Direito.

Com todas as alterações que o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe em relação ao instituto da coisa julgada, os processos, conseqüentemente, obterão maior eficácia e segurança. No atual código se prioriza a decisão definitiva de mérito, tendo em vista que as questões dos limites objetivos foram alteradas significativamente em relação ao código anterior. Com a possibilidade de não somente a questão principal fazer coisa julgada, mas alcançando também as questões prejudiciais sem ter que propor ação declaratória incidental para que isso ocorra. Sendo de suma importância que a coisa julgada alcance tudo o que foi discutido no

processo para obter uma decisão de mérito que envolva a cooperação de todas as partes da demanda.

O artigo 487 determina quando haverá resolução de mérito, onde não somente o julgador, mas todas as partes envolvidas na ação deverão cooperar para que ocorra a decisão de mérito. A nova legislação permitiu que o julgador acolhesse meios que propiciassem a entrega satisfativa do mérito, da mesma forma permitiu que o julgador estendesse a coisa julgada à todas as questões prejudiciais, desde que observados os seus requisitos, entregando uma decisão completa de tudo o que foi objeto de análise do processo. Evitando assim que novos processos futuros se instaurem para a rediscussão do mesmo litígio devido a alguma questão prejudicial não ter sido resolvida expressamente no processo (BRASIL, 2015, Art. 487).

Existia uma grande insegurança jurídica devido às questões prejudiciais não serem protegidas sobre o manto da coisa julgada, não resolvendo todas as questões da demanda. Portanto o mérito não era entregue definitivamente, sempre ficava alguma questão que poderia ser imposta para análise novamente e, muitas vezes, gerava decisões contraditórias, já que a segunda ação não era vinculada à primeira. As partes eram pegas de surpresa com a abertura de um novo litígio para resolver a questão prejudicial que não foi analisada na primeira ação, posta agora como questão principal. Contrariando assim o princípio da segurança jurídica, visto que a primeira ação não cumpriu com o objetivo de fazer coisa julgada, tornando a decisão imutável e indiscutível, resolvendo o litígio definitivamente.

Desde a vigência do novo Código de Processo Civil, ficou muito claro que o objetivo das alterações do instituto da coisa julgada é o de justamente evitar que esses problemas aconteçam no âmbito jurídico. O princípio da segurança jurídica que busca pelo estado democrático de direito era

parcialmente violado, onde os indivíduos poderiam ser, a qualquer momento, surpresos por outras ações com decisões divergentes da primeira, sendo desgastante tanto para o indivíduo quanto para o judiciário, onde se tinha muitas demandas congestionando o mesmo e atrasando na resolução das novas questões propostas.

A alteração em relação aos limites da coisa julgada se deu para que a extensão não ficasse limitada ao pedido expresso das partes. O próprio julgador poderá estender a mesma às questões prejudiciais se os requisitos estiverem preenchidos. O que se busca com essas alterações é exatamente vincular a coisa julgada aos processos futuros, ou seja, uma vez alcançada, será para sempre indiscutível e imutável, sem poder ser alterada, salvo ação rescisória limitada a poucos casos de revisão de ação, dispondo as partes da certeza de uma decisão, de saber o direito obtido naquela sentença, sem ser surpresos futuramente com uma nova ação do que já foi decidido no passado.

Abaixo, cita-se a ementa do Superior Tribunal de Justiça objeto de agravo interno no recurso especial n.º 1861864, para melhor entender o instituto da coisa julgada, visto que após a decisão adquirir o manto de proteção da mesma, não poderá ser rediscutido em nova demanda:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE DA TABELA DO SUS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. QUESTÃO EXPRESSAMENTE APRECIADA NO TÍTULO EXECUTIVO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA, EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem negou provimento a Agravo de Instrumento, interposto, pela parte agravada, contra decisão proferida nos autos de cumprimento de sentença, que acolhera o

pedido da União, ora agravante, quanto à limitação temporal, até 01/10/1999, do reajuste de 9,56% sobre os pagamentos relativos aos serviços prestados ao SUS. Na decisão agravada foi dado provimento ao Recurso Especial, a fim de reconhecer a incidência do índice de reajuste de 9,56% até novembro de 1999, conforme estabelecido no título executivo judicial.

III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a limitação temporal da incidência do índice de 9,56% apenas até 1º/10/1999 (data da Portaria 1.323/99) em sede de embargos à execução só é possível, sem ofensa à coisa julgada, se a questão temporal não foi expressamente decidida durante o processo de conhecimento" (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.457.285/RS, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/08/2020).

Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.812.777/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/12/2019; AgInt no REsp 1.660.287/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/11/2017; AgRg no REsp 1.405.371/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/11/2014.

IV. No caso, o título executivo foi expresso ao "esclarecer que o pagamento dos reajustes deve ocorrer até novembro de 1999", de modo que a rediscussão da matéria, em impugnação ao cumprimento de sentença, viola a coisa julgada.

V. Agravo interno improvido. (BRASIL, 2020).

Compreende-se através do julgado que o tribunal negou provimento ao agravo interno interposto, pois ficou claro que a questão já fora expressamente decidida durante o processo de conhecimento. Portanto fazendo coisa julgada e adquirindo o status de imutável e indiscutível, não podendo ser revista em outra decisão, negou-se o provimento do agravo por ser objeto de violação da coisa julgada, destacando-se a importante exposição da Sra. Ministra Assusete Magalhães (BRASIL, 2020), acerca do tema:

No caso, a questão referente à limitação temporal do índice de 9,56% a novembro de 1999, em virtude da edição da Portaria 1.323/99, foi

expressamente alegada pela agravante, no curso da ação de conhecimento, e afastada, pela sentença que embasa o título executivo. Assim, o reexame da matéria, sob a assertiva de que, posteriormente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a edição da referida Portaria implicaria no termo final da concessão do índice de 9,56%, viola a coisa julgada (BRASIL, 2020).

Verifica-se a grande importância de os processos obterem o manto da coisa julgada, o qual é um instituto primordial para a estabilização do princípio constitucional da segurança jurídica. Entregando às partes o direito através de um ponto final do litígio permitindo que os indivíduos sigam com seus objetivos sem serem abalados com novas demandas, para debater sobre a mesma causa depois de já firmado um entendimento sobre aquela.

Com a alteração dos limites objetivos os processos se tornam mais seguros, abrangendo todas as questões arguidas no decorrer do processo, salvo exceções. Se o mesmo não tivesse sido alterado, os conflitos se eternizariam, gerando um enorme caos na vida dos indivíduos e no judiciário, com a efetivação da coisa julgada o mérito é entregue definitivamente e assim torna o sistema jurídico resoluto e confiante frente às decisões proferidas.

A nova legislação Processual Civil foi alterada com o intuito de sanar vários problemas decorrentes do anterior. Dentre eles destaca-se a de demonstrar completa sintonia com a Constituição Federal, primando pelo princípio da segurança jurídica, para a melhor efetividade dos processos, como pode-se notar na exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e

implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2015, p.23).

Consequentemente, se prima pelo código corresponder com a Constituição Federal e seus princípios, dar efetividade aos processos e organizar o sistema para que se torne mais célere e congruente. Pode-se extrair alguns fatores que o compõe, das alterações do instituto da coisa julgada, principalmente dos seus limites que com as devidas alterações conseguem passar maior segurança e efetividade nas demandas propostas, se utilizando da segurança entendida como continuidade jurídica no ordenamento brasileiro.

Pode-se afirmar que com a nova mentalidade jurídica alcançada com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, efetivou-se o importante papel da coisa julgada protegida pelo princípio constitucional da segurança jurídica, como meio de compor o litígio, de dar efetividade em todas as demandas propostas e de transmitir a confiança de uma decisão. A qual não será posta em discussão novamente após passar pelo seu trânsito em julgado, ou seja, cumpre o que é de sua atribuição, passar para as partes e para todo o sistema judiciário segurança e efetividade no exercício de sua função.

Considerações finais

Com a análise das alterações do instituto da coisa julgada pelo Código de Processo Civil de 2015, verificou ser necessário que o mesmo fosse modificado. Pois, o antigo código estava gerando alguns problemas, os

quais essas alterações vieram para tentar sanar, fazendo-se importante para atingir o principal objetivo apresentado, que é o de resolver definitivamente as demandas propostas e pôr um fim nos conflitos que estavam sendo debatidos, com a devida eficácia.

Quando a legislação de 1973 ainda era vigente, vieram a ocorrer demandas onde resultavam em decisões contrárias sobre a mesma questão apresentada, gerando uma enorme insegurança jurídica no ordenamento brasileiro. Por consequência o instituto passou a ser questionado e sofreu grandes alterações com a vigência do Novo Código, o qual busca de forma efetiva realizar o que o princípio da segurança jurídica exige.

O instituto da coisa julgada é profundamente correlacionado com o princípio constitucional da segurança jurídica, pois postula para que a demanda seja resolvida da melhor maneira possível com decisão justa, garantindo principalmente que a mesma demanda não seja proposta novamente depois de já resolvida. Portanto não surpreendendo as partes com uma nova resolução diversa daquela já imposta e, conseqüentemente, não congestionando o judiciário com inúmeros conflitos já resolvidos. O princípio intenta justamente para que haja essa segurança jurídica para ambas as partes, depois de já decidida não pode ser questão de outra demanda, visto que todos tem conhecimento da mesma, promovendo a paz social ordenada pela Constituição Federal.

Assim, a coisa julgada se faz condição de ordem social, a qual põe fim às situações de dúvidas para que possa haver a segurança jurídica em todas as ações, proibindo que uma demanda seja proposta novamente quando for questão de objeto já decidido. É inviável pensar em segurança jurídica sem o seu instituto, pois os conflitos poderiam ser postos sempre que alguém desejasse, se eternizando no tempo, e conseqüentemente, gerando uma enorme instabilidade e desordem no ordenamento.

A decisão do legislador ao favorecer a estabilidade em busca de uma decisão justa e adequada ao processo é correta. Visto que se faz essencial às partes de obter uma sentença definitiva proporcionando a segurança jurídica nas relações entre as mesmas, portanto sendo a coisa julgada de grande relevância para o sistema normativo jurídico.

Pela observação dos aspectos analisados percebe-se que as alterações do instituto foram imprescindíveis para efetivar o cumprimento da segurança jurídica. Quando a decisão alcança a proteção da coisa julgada não é mais possível a sua rediscussão, salvo exceções, portanto, a decisão efetua a sua obrigação, entregando de forma definitiva e satisfativa o mérito da ação. Postulando o que o princípio constitucional da segurança jurídica exige, gerando uma garantia para as partes e tornando o sistema jurídico sólido, correto e íntegro.

Referências

- BRASIL. Lei de introdução as normas do direito brasileiro, de 04 de setembro de 1942. Institui as normas do direito brasileiro. 1942. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13.635, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 03 maio 2020.
- BRASIL. [Código de Processo Civil (1973)]. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869imprensa.htm. Acesso em: 04 abr. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2020.
- BRASIL. [Anteprojeto do Código de Processo Civil (2010)]. **Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2010**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Recurso Especial nº 1861864 - PR (2020/0034663-6)**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 30 nov. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206285084/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1861864-pr-2020-0034663-6/inteiro-teor-1206285093>. Acesso em 27 jan. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coords.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. vol.1. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DONIZETTI, Elpidio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VERAS, Ney Alves. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

3

A sociedade carcerária

*Andrei Strapasson*¹

Introdução

O sistema carcerário brasileiro é famoso, dentro e fora do país, seja por seu número de presos (que cresce cada vez mais), seja pelas condições dos referidos estabelecimentos. Celas que segundo a Lei 7.210/1984, a famosa “LEP” (Lei de Execução Penal), deveriam ser individuais, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, em um ambiente salubre e de no mínimo 6,00m², são comumente cheias de presos que vivem em condições desumanas e quadrados apertados. É comum dizer que a LEP é uma fantasia comparada à realidade dos estabelecimentos prisionais.

As regras definidas pelo legislador são constantemente violadas pelo próprio Estado, o qual deveria provê-las. O argumento é a falta de recursos e o constante aumento do número de encarcerados. Outro fator importante que não contribui para a melhoria é a própria população. O clamor social busca a punição efetiva dos criminosos, com mais tempo dentro dos estabelecimentos penitenciários e condições sub-humanas. Para ganhar votos, os políticos acompanham esse pedido, sem verificar os dados e fatos relacionados ao tema, afinal, segundo muitos deles, “bandido bom é bandido morto”.

Não há recursos para construir uma casa para moradores sem teto, quem dirá construir um presídio em condições de acordo com a legislação.

¹ Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. andreistrapasson99@gmail.com

Mas a solução não se encontra também em construir mais presídios, segundo a BBC Brasil, seria necessário um presídio por dia para suprir a necessidade (isso em 2017).

O complexo social, incluindo até mesmo o econômico, os quais fazem com que o Brasil seja um dos países com o maior número de prisioneiros e com violência exacerbada, não são analisados profundamente como deveriam ser, levando a conclusões precipitadas como a frase mencionada acima e endossada pela sociedade, pelo “cidadão de bem”. Os prisioneiros que entram no sistema acabam, quando retornam à sociedade, voltando “piores”, com mais experiência no ramo, aliado à dificuldade de conseguir um emprego lícito, concluem que retornar ao crime é mais rentável.

Esse ciclo vicioso se repete indefinidamente, acarretando mais crimes, o que gera violência, tornando os estabelecimentos penitenciários verdadeiras escolas do crime. A resposta da política e da sociedade é o encarceramento em massa. Esse argumento é compreensível, mas já é usado há décadas, provando-se inútil

1 Carandiru

O Carandiru, nome dado à Casa de Detenção de São Paulo, que se localizava na zona norte da mesma cidade, já foi um dos maiores presídios da América Latina, chegando a abrigar mais de oito mil presos, até sua implosão em 2002. Foi palco de uma das maiores tragédias em estabelecimentos penitenciários já ocorridas, o Massacre do Carandiru, fato que mudou radicalmente todos os presídios brasileiros.

O médico Dráuzio Varella, em seu livro *Estação Carandiru*, expõe a vida e a rotina que levam os detentos do Carandiru, além das condições do presídio iniciando seus trabalhos em 1989, como médico voluntário no combate à epidemia de AIDS. Na época, o estabelecimento possuía 7200 (sete mil e duzentos) presos.

A detenção é um presídio velho e malconservado. Os pavilhões são prédios cinzentos de cinco andares (contado o térreo como primeiro), quadrados, com um pátio interno, central, e a área externa com a quadra e o campinho de futebol. As celas ficam de ambos os lados do corredor – universalmente chamados de galerias – [...] tem janelas que dão para o pátio interno e as outras para a face externa do prédio [...] paredes altas separam os pavilhões e um caminho asfaltado, amplo, conhecido como “Radial” [...] faz a ligação entre eles. (VARELLA, 1999, p. 18).

Conforme Varella, na rotina do presídio, os presos detêm certa liberdade, sendo que alguns possuem cartões de trânsito e podem transitar livremente entre os pavilhões, são os faxineiros, carteiros, carregadores, burocratas, pessoas que gozam da confiança da administração e outros que conseguem por meio ilícitos. A violência no presídio era intensa, com rebeliões constantes, conforme relato dos próprios detentos - “chega a juntar uns vinte, trinta, para ajudar a matar”.

O pavilhão Dois, fica na entrada da cadeia, vivendo ali oitocentos presos (isto na época de Dráuzio Varella) encarregados da administração e demais setores de apoio. É neste pavilhão que todos iniciam sua jornada no presídio, registram-se, são fotografados, ficam seminus e depositam suas roupas na rouparia e recebem o uniforme, calça cáqui e recebe o famoso corte de cabelo “tigela”. Depois ouvem do diretor as normas da casa e identificam os delitos que cometeram.

O pavilhão Quatro fica do lado oposto ao Dois, com menos de quatrocentos presos, todos com celas individuais, uma exclusividade na detenção. Segundo o diretor da época, um lugar que até ele gostaria de morar. Neste pavilhão, ficam os paraplégicos e outros enfermos, além dos “DMS” (doentes mentais) – devido à falta de profissionais psiquiatras, vários detentos se aproveitam e fingem estar com distúrbios mentais. No térreo ficam os presos com tuberculose, juntamente com a “masmorra”,

setor especial, de segurança máxima, considerado o pior lugar da cadeia, para abrigar aqueles marcados para morrer. Embora a masmorra seja um lugar desumano, os que estão lá não querem sair até que consigam a transferência, por se sentirem protegidos no local. O Quatro também era o único pavilhão com um elevador em funcionamento.

O pavilhão Cinco é vizinho do Dois, com grande número de detentos, mil e seiscentos, o triplo do recomendado, com corredores sempre cheios e movimentados. No primeiro andar, fica a Isolada, um total de vinte celas, destinadas àqueles que cometeram faltas locais, que geralmente permanecem por cerca de trinta dias, sem sol. No segundo andar, fica a faxina. O terceiro é conhecido por ser habitado por estupradores e justiceiros, que se unem para tentar evitar a ira coletiva dos demais detentos. No último andar, fica a Assembleia de Deus, o grupo religioso mais forte da casa.

O pavilhão Seis fica entre o Dois e o Quatro, com cerca de trezentos presos, onde fica a administração em geral e somente no quarto andar começam as celas. Muito nigerianos eram alojados neste pavilhão.

O pavilhão Sete está de frente para o Seis, neste, a maior dos presos trabalha. Devido a isso, é conhecido por ser um pavilhão calmo e também o mais preferido para fugas, por ser próximo às muralhas.

O pavilhão Oito forma o “fundão”, junto com o Nove. Era enorme, com cerca de mil e setecentos presos. No térreo funciona as seções burocráticas e alguns templos. Para este pavilhão são mandados os reincidentes, sendo conhecido como um lugar para detentos mais experientes, conhecedores das leis do crime.

O último pavilhão, o Nove, conta com mais de dois mil presos. A maioria é réu primário. Devido à alta concentração de jovens, é um pavilhão com bastante violência e confusão. No geral é bastante semelhante com o Oito.

A estrutura do Carandiru já era bastante precária, até mesmo para a época. A superlotação, as más condições de higiene e as constantes brigas impulsionavam rebeliões de presos, usando os agentes penitenciários como reféns, a maioria buscava transferência para outros presídios ou reivindicações, como a melhoria das refeições e condições em geral.

1.1 As celas

Segundo a legislação, elas deveriam ser individuais, mas essa regra é descumprida em quase todos os presídios do Brasil e o Carandiru não era exceção, com ressalvas ao pavilhão Quatro.

Na época do Carandiru, os presos eram donos das celas e as vendiam para os demais, com preços que variavam entre cento e cinquenta a duzentos reais. Isso decorre de quando os recursos para a manutenção, fornecidos pelo Estado, diminuíram, levando os próprios detentos a se incumbirem da tarefa, tornando-a um verdadeiro mercado.

Todas possuem pia e chuveiro (ou um cano que saia água), sendo que muitos gozam de chuveiros elétricos, além de um vaso. Os beliches eram de alvenaria ou madeira, nos grandes xadrezes coletivos, eles são substituídos por colchonetes de espuma de borracha. A decoração é de pôsteres de mulheres nuas, sendo as loiras as mais populares

No pavilhão Oito, num xadrez coletivo de 27 homens, no fundo, havia um banheiro com um cano quase encostado à parede, através do qual escorria um fio de água. Apesar da ginástica a que eram obrigados, ai daquele que não tomasse o banho diário, mesmo no frio de junho. Os mais velhos cuidavam de impor essa obrigação aos novatos (VARELLA, 1999, p. 39)

A moradia é considerado de extrema importância para os detentos, nele só entram pessoas que o morador confia, com convite prévio. Os ladrões, aqueles que roubam dos companheiros, quando descobertos, são

espancados com pau e faca, segundo seu Jeremias, detento com sete anos de experiência – “ladrão que rouba ladrão tem cem anos de perdão, mas se pegarmos, aí é problema”.

1.2 Doenças e drogas

Dráuzio Varella iniciou seu trabalho no combate à epidemia do HIV, com a aplicação de um questionário epidemiológico e exames, tudo em laboratório, onde tiravam sangue e respondiam as questões.

O estudo foi realizado com auxílio decisivo de seis presos do pavilhão Quatro [...] responsáveis pela coleta de sangue [...] os resultados mostraram que 17,3% dos presos da Detenção estavam infectados com HIV [...] dois fatores de risco preponderantes: uso de cocaína injetável e número de parceiros sexuais [...] estudamos um grupo de 82 travestis presos na Casa e constatamos que 78% eram portadores do vírus. Dos que se achavam há mais de seis anos no presídio, 100% tinham o teste positivo. (VARELLA, 1999, p. 64-65)

Através de palestras e vídeos explicativos sobre o HIV e relações sexuais, Varella buscou conscientizar os presos acerca do problema da doença. Não surtindo o efeito esperado, o conselho dado por Hernani, um detento especialista em montar firmas fantasmas e quebrá-las, de passar um vídeo erótico ao final da programação foi certeiro, atraindo a atenção de todos os detentos, um sucesso, desde que seguida com regras claras, não permitir a entrada apenas para o ver o último vídeo.

A tuberculose era outro problema grave da época, devido à falta de medicamentos adequados, a demora no tratamento e condições precárias, muitos presos pereciam para a doença.

[...] emagrecidos pela tuberculose epidêmica do presídio, perambulavam de bermuda e chinelo rider, enchendo a galeria de acessos de tosse e bacilo de Koch. Nas camas, enrolados em cobertores ordinários, jaziam homens febris, caquéticos, a mucosa da boca coberta de sapinhos, dispneicos, molhados de

urina, em fase terminal de evolução da AIDS. Tinham o olhar resignado que a morte impõe quando chega devagar. (VARELLA, 1999, p. 84)

O consumo de crack teve seu início em 1992 no Carandiru. Era preparado na própria cadeia e virou um novo mercado para os detentos que a fabricavam. O crack varreu a cocaína do presídio, mais barata e viciante, a crise de abstinência era ainda mais forte, levando detentos a contrair dívidas, vender seus pertences mais importantes e até assumir crimes, os famosos “laranjas”.

Em janeiro de 1994, repetimos o estudo de prevalência feito quatro anos antes. Encontramos 13,7% dos presos infectados pelo HIV (contra 17,3% na pesquisa de 1990). A única explicação encontrada para a queda do número de infectados nos quatro anos que separaram os dois estudos foi a redução do número de usuários de droga endovenosa. Em 1998, em 250 voluntários testados, dezoito eram HIV-positivos (7,2%). (VARELLA, 1999, p. 131)

As mortes decorrentes de dívidas eram comuns na época. Aquele que fabricava não podia se dar ao luxo de poupar alguém, senão perderia o respeito dos demais e sairia no prejuízo. O crack também trazia suas vantagens para o preso, era barato, não deixava cicatrizes e não transmitia AIDS. O ócio da Detenção também estimulava o uso.

1.3 Religião

A falta de perspectiva, o abandono familiar e o perigo de viver na cadeia levam muitos a se converter às religiões, com prevalência dos evangélicos. São diversos os pastores, médiuns, pajens e outros, das mais diversas religiões. A crença espiritual se torna reconfortante em um ambiente hostil para vários presos.

Entre os crentes da Detenção, o grupo mais coeso é o da Assembleia de Deus, que congrega perto de mil homens – mais de 10% da população da Casa. Só

no pavilhão Nove há duzentos, no quinto andar do Cinco, vizinho do Amarelo, 180. Andam de manga comprida, colarinho abotoado, e para onde vão carregam o livro santo. Chamam-se de irmãos, proclamam-se tementes a Deus e repetem jargões bíblicos em tom monócórdio. (VARELLA, 1999, p. 117)

Entretanto, alguns se aproveitam da proteção dada pelo grupo para fugir de dívidas e acerto de contas. Acaba sendo difícil pelos próprios membros identificar quem era convertido e quem fingia. Muitos daqueles que são perseguidos pela massa carcerária, como os estupradores e justiceiros, fingem se converter à palavra, usam as mesmas roupas e cumprem fielmente todo o programa estabelecido pelo grupo.

Mas a proteção fornecida tem um custo, a rotina e comportamento dos fiéis é extremamente regrada. Para fazer parte, o detento deve segui-las religiosamente e cuidar para não sair do caminho. Se até mesmo os demais detentos que não fazem parte do grupo notarem que o fiel está fingindo, o castigo pode ser cruel, segundo Varella (1999), “um fiel que foi pego fumando, acabou ficando com vergões nas costas, um hematoma no olho direito e um corte de faca no braço”.

O dia do convertido é cheio. Com louvores e orações que duram horas, um dos poucos horários livres é o do almoço, que ainda assim deve ser rápido para retornar e orar e estudar a Bíblia. A rotina vai até o horário de dormir, que é cedo. De acordo com Varella (1999), “televisão é proibido, e nas rádios não se admite pagode, samba, rock, apenas as emissoras evangélicas”. A Igreja é considerada um lugar feliz, descontando os falsos crentes.

O código de comportamento é severo, a conduta do crente precisa se destacar na massa. Deve largar a gíria, mulheres, vestir roupa social, andar de sapato engraxado, perder a ginga, tomar banho e pentear o cabelo. Pessoas amasiadas não podem morar na galeria da Assembleia, apenas os solteiros e os casados legalmente, no papel. Homossexuais são aceitos, porém com uma ressalva:

tem que abandonar a vida pecaminosa e voltar a ser cidadão normal. (VARELLA, 1999, p. 119).

A religião sempre teve um papel importante nas penitenciárias brasileiras. Juntamente com as associações dos Direitos Humanos, constituem uma das poucas instituições da sociedade que prestam assistência gratuita aos apenados, é incerto o número de detentos que foram “salvos” pela religiosidade, mas é certo que sua importância é fundamental na recuperação de muitos. Está ainda positivado na nossa Constituição Federal de 1988, o direito à assistência religiosa nos estabelecimentos penitenciários, no artigo 5º, VII.

1.4 A rebelião

Os relatos são diversos, enquanto os policiais contam uma versão, os detentos contam outra, a polícia diminui números de feridos e mortos, o outro lado aumenta.

O Massacre do Carandiru ocorreu em 2 de outubro de 1992. Dráuzio Varella ouviu apenas os apenados, segundo eles, tudo começou no meio de uma partida de futebol, no campo do pavilhão Nove, envolvendo o Furacão 2000 e o Burgo Paulista. Os detentos Coelho e Barba eram de facções rivais e começaram a se ofender. Rapidamente, companheiros cercavam os dois e a tensão se alastrava pela cadeia inteira.

Sem poder reverter a situação, os carcereiros deixam o pavilhão Nove e o fecham. A Polícia Militar, acompanhada de autoridades judiciárias tomam o controle do presídio. O diretor tenta ainda pedir para dialogar com os apenados. Conforme Varella (1999), “antes que o diretor pudesse entrar, a PM entra em formação militar e dispara portão adentro”. Os presos imaginavam que as balas seriam inofensivas, mas com os gritos, perceberam que não.

Passava das três da tarde quando a PM invadiu o pavilhão Nove. O ataque foi desfechado com precisão militar: rápido e letal. A violência da ação não deu chance para defesa. Embora tenha sobrado para todos, as baixas mais pesadas ocorreram no terceiro e no quinto andar. Cerca de trinta minutos depois de ordenada a invasão, nas galerias cheias de fumaça ouviram-se os gritos de “Para, pelo amor de Deus! Não é para matar! Já chega, acabou! Acabou!”. Uma depois da outra, as metralhadoras silenciaram. (VARELLA, 1999, p. 289)

Os policiais mandaram os presos tirarem a roupa e saírem pelados para o pátio externo. No local, os organizaram em fileiras e ordenaram que todos se sentassem com os braços cruzados sobre as coxas e a cabeça entre os joelhos. Com medo, os detentos procuravam discretamente ir para a parte de trás da fileira. Os corpos dos mortos foram carregados pelos próprios presos. Diante de tanto sangue, alguns presos tinham medo de contrair HIV.

Segundo a versão oficial, do ocorrido, restaram em óbito cento e onze presos. Os detentos afirmam que o número passa de duzentos. Policiais militares não se feriram. O Coronel Ubiratan comandou a operação, posteriormente ele conseguiu se eleger deputado estadual, usando o número 111. Segue a versão policial.

Centenas de presos preparam uma tocaia. Policiais são recebidos com facadas, estiletes sujos de sangue contaminado, sacos cheios de fezes e urina, e tiros. Atiram para se proteger. Segundo Ubiratan, se houvesse intenção de exterminar os presos, muitos outros teriam morrido. “Só morreu quem entrou em confronto com a polícia”, disse à Super. A perícia concluiu que apenas 26 foram mortos fora da cela. (CAMARGO, 2017)

Depois de 46 anos de existência, símbolo do fracasso do sistema penitenciário brasileiro, a Casa de Detenção de São Paulo foi desativada em 2002, com três dos seus pavilhões sendo implodidos. Com uso de 250 quilos de explosivos, o Governo do Estado de São Paulo decide dar fim ao

presídio que na época de Jânio Quadros prometia ser modelo, mas acabou se tornando demasiado caro e arcaico.

O Massacre do Carandiru ditou o rumo de todos os estabelecimentos penitenciários nas décadas que viriam. A revolta com o ocorrido incitou ainda mais violência, policiais, agentes penitenciários, autoridades judiciárias, bombeiros e até mesmo os familiares dessas pessoas foram vítima de atentados, sendo que muitos vieram a morrer. As cadeias começaram a ser comandadas pelas organizações criminosas, em sua maioria, pelo PCC (Primeiro Comando da Capital) e não mais pelo Estado. Traficantes começaram a comandar o crime de dentro das cadeias, definiram regras e instituíram verdadeiros códigos de conduta do crime.

2. Prisioneiras

Dráuzio Varella não parou o seu trabalho de médico voluntário em presídios. Após a implosão do Carandiru, Varella continua seu trabalho na Penitenciária do Estado, que depois viria ser transformada na Penitenciária Feminina da Capital. Convivendo com o sexo oposto, em seu livro *Prisioneiras*, ele relata as peculiaridades de um estabelecimento prisional feminino e as poucas semelhanças que mantém com os masculinos.

A prisão abriga pouco mais que duas mil mulheres, com capacidade total de duas mil e quatrocentas pessoas. Com construção de arquitetura simétrica, o estabelecimento tem três pavilhões, cortados pela galeria central. Dentro, apenas funcionárias do sexo feminino, alguns do sexo masculino tem atribuições administrativas. Cada cela tem duas camas, com janela com grade e uma porta de madeira maciça, além do chuveiro e um vaso. Nos pátios externos, as presas apenas podem andar e pendurar em varais as peças maiores, por um código de conduta, são proibidas de tirar a camiseta e calça para expor o corpo ao sol. A gritaria é constante, a

comunicação acontece geralmente dessa forma, o silêncio é sinal de que algo está errado.

Os problemas eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas [...] elas se queixavam de cefaleia, dores nas colunas, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeitas de gravidez. Afastado da ginecologia desde os tempos de estudante, eu não estava à altura daquelas necessidades. (VARELLA, 2017, p. 14)

As detentas, em sua maioria, negam a autoria dos crimes que lhe foram atribuídos e fazem de tudo para esconder, estavam no lugar errado e hora errada. Segundo Varella (2017), “condenações de até quatro ou cinco são chamadas de “cadeia de poeta”, entre quatro ou cinco até dez, “cadeia de Matusalém”, “patrimônio público” é acima de dez”.

A cadeia feminina se difere muito da masculina, a rotina, organização e condições do presídio são consideravelmente melhores. Comparado ao Carandiru de 1999, a Penitenciária Feminina da Capital seria um luxo. Com o decorrer dos anos, a oferta de emprego aumentou dentro da penitenciária, quase nenhuma presa deixava de trabalhar, ao contrário do Carandiru, que na época era raridade conseguir um trabalho.

2.1 Hierarquia e comando

Ao longo dos anos os presídios começaram a ser comandados pelas facções criminosas. O PCC, criado em 1993, por oito detentos do Anexo da Casa de Taubaté, é o maior expoente nesse quesito, controlando a maioria dos presídios brasileiros. Com a justificativa de combater a opressão do sistema prisional e “vingar os 111”, o grupo foi criado, adotando o número 15.3.3, em referência à ordem do alfabeto das letras P e C. Em 2002, um grupo mais moderado assumiu o comando.

Segundo as estimativas, 80% dos recursos do grupo advêm do tráfico de entorpecentes, 20% viriam da venda e aluguel de armas, de assaltos, rifas e mensalidades pagas pelos membros. Para se tornar membro é preciso ser apresentado por outro três “irmãos”, sendo que estes responderão pelos atos do indicado, devendo obediência cega ao código de conduta do crime. Homossexuais não são aceitos e jovens estuprados somente são recepcionados quando matam o seu estuprador, de preferência com requintes de crueldade. As irmãs são isentas do pagamento de mensalidade, com a justificativa dos filhos para criar, e as que estão presas recebem uma quantia de 350 reais por mês.

A adesão ao grupo é caminho sem volta, sendo que a deserção é passível de pena de morte, salvo se o acusado apresentar motivo de força maior ou conversão à alguma igreja. Mas nesses casos, deve abandonar efetivamente a vida do crime, desde os delitos até a rotina pessoal e se retornar, pode ser punido gravemente. O desertor que admitiu ter se convertido é vigiado constantemente pela facção, qualquer mera atitude considerada errada para o novo estilo de vida, como beber, fumar, sair com garotas de programa, participar de jogos de azar, entre outros, podem levar a sanções cruéis.

Cena como essa jamais teria ocorrido em cadeia de homens. Inimaginável um líder de pavilhão obrigado a desarmar um desafeto a sapatadas [...] em liberdade ou aprisionados, os homens são muito mais atentos à hierarquia: cumprem as ordens dos superiores com o mesmo rigor com que exigem obediência dos seus subordinados [...] Transmitido dos mais experientes aos principiantes, sem a necessidade de uma linha sequer por escrito, o código penal que rege a vida nas prisões não pode ficar sujeito ao contraditório das sociedades democráticas. A punição é aplicada de imediatos com severidade draconiana, para servir de exemplo, impor a disciplina e coibir a disseminação da barbárie. Nas leis do crime, o certo e o errado não deixam margem a dúvida [...] nas prisões femininas, as leis são semelhantes [...] com a diferença de que

o respeito a ela é mais frouxo. Quase por instinto de sobrevivência, a mulher é mais avessa à submissão aos superiores; desde criança aprende a subverter a ordem, de forma a moldá-la aos ensejos pessoas sem dar a impressão de rebeldia, se possível. Não fosse essa aversão [...] ainda estariam confinadas ao lar, sem direito ao voto e ganhar a vida por conta própria. (VARELLA, 2017, p. 19-20)

Na penitenciária, como em todas as outras controladas pelo Comando, a obediência às leis da facção é total. As irmãs são encarregadas da chefia, sendo duas ou três por pavilhão, formam o Comando de Saias, ou Comando Cor-de-Rosa, são as juízas do pavilhão. Elas devem manter a heterossexualidade a qualquer custo, para evitar serem expulsas.

Dentro do presídio, quando ocorrem brigas e discussões, as contendoras são encaminhadas para “Ir pras Ideia”, uma espécie de tribunal de primeira instância. Pode ser iniciado pelas irmãs ou de uma ou mais presas que se sentiram prejudicadas. Apresentada a queixa, tem quinze dias para comprovar a acusação, com a comprovação, a outra parte é advertida para que seja “conscientizada”. Se a falta for grave, o caso é encaminhado, por um celular clandestino, para a Torre, um tribunal de segunda instância, formado por irmãos presos em outras penitenciárias, onde ouvem as partes e as testemunhas de acusação e defesa.

Se a presa é culpada, deve reparar o dano, levar um quinze ou pedir transferência para o Seguro, o que desmoraliza a detenta, se for uma irmã, pode ser repreendida, rebaixada, suspensa da facção ou até mesmo expulsa. O quinze é uma arena onde a culpada é agredida fisicamente por quinze minutos e trinta e três segundos, no rosto não se bate, segundo as presas, nele está a dignidade.

As sentenças de morte são decretadas pela alta cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Aqui, a Lei de Talião é interpretada literalmente, sem direito a apelação, quem mata um irmão, recebe a pena capital. Se cometer

falta gravíssima, só será condenado após ser julgado e expulso. A infidelidade, principalmente das mulheres, é causa de punições severas.

Quais foram as consequências da supremacia do Comando no interior das prisões? Nos tempos que atendi na Detenção, imperava a barbárie no sistema prisional. Perdi a conta de quantos corpos esfaqueados recebi na enfermaria para atestar o óbito. Eram esfaqueamentos coletivos, desfechados por inimigos ensandecidos e até por transeuntes da galeria, que se juntavam aos agressores apenas por perversidade e excitação mórbida. Num dos corpos, quando cheguei a sessenta perfurações provocadas por facas de biséis variados, parei de contar [...] apesar da autoridade dos faxinas, que constituíam o grupo mais numeroso, os desprotegidos sofriam abusos de toda ordem. [...] muitas vezes, para saldar dívidas ou não morrer, assumiam crimes praticados por outros, que acrescentavam ao “laranja” mais de dez ou vinte anos de pena a cumprir. (VARELLA, 2017, p. 138-139)

Com o Comando nas penitenciárias, uma certa ordem foi instituída, decorrente, principalmente, do medo da facção. As mortes que antes eram comuns na época do Carandiru, seja por brigas, discussões e dívidas, não acontecem mais, pelo menos até o caso ser julgado pelo Comando. Os estupros também foram proibidos e o crack foi banido com uma medida simples, fumou, apanhava, vendia, morria. Ao longo dos anos, o Comando realmente conseguiu a proeza que o Estado nunca conseguiu, pacificar as cadeias que tinha controle.

2.2 Solidão

Diferentemente dos presidiários, que recebem visitas semanalmente, as mulheres, em sua maioria, são abandonadas pelos companheiros, poucas são as que têm o privilégio de receber uma visita. A própria família também deixa de acompanhar a detenta, no geral, apenas nas primeiras semanas que recebem visitas, até que, pouco a pouco, elas se tornam

menos frequentes, até não existirem mais. Algumas detentas estão há anos sem receber visitas no estabelecimento.

Um dos motivos pode ser o próprio comportamento da sociedade, que espera da mulher sempre o comportamento obediente e honesto, quando esse comportamento não é atingido, o abandono é frequente, principalmente quando se trata do crime. O desgosto de um pai de ver uma filha presa parece ser maior do que ver um filho preso.

Além disso a infidelidade dos maridos com as prisioneiras é maior e o crime não trata da mesma forma um marido que trai a uma esposa que trai. Os homens prometem juras de amor, enquanto eles estão no presídio, elas não devem abandoná-los, sob pena de serem perseguidas pelo comando. Quando o contrário acontece, elas rapidamente são substituídas por outra, as vezes mais bonita e mais jovem. Muitas são flagradas no crime tentando ajudar os companheiros, trazendo drogas, celulares e demais pertences úteis. Acabam sendo condenadas a longos anos em um estabelecimento penitenciário e esquecidas pelo companheiro. Algumas são mães que tentam salvar os filhos de dívidas, as quais muitas acabam com o mesmo destino, em um presídio.

Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira [...] as filas são pequenas, com o mesmo predomínio de mulheres e crianças; a minoria masculina é constituída por homens mais velhos, geralmente pais ou avós [...] são poucas as que desfrutam desse privilégio. Na penitenciária o número das que recebem visitas íntimas oscila entre 180 e duzentas, menos de 10% da população da casa. (VARELLA, 2017, p. 38-39)

Enquanto os presídios masculinos ficam lotados em dias de visitas, faça chuva ou faça sol, com as visitantes vindo de quilômetros de distância

para poder ver o detento, chegando a posar nas ruas dos presídios para poder garantir a entrada, as detentas são esquecidas. A solidão do abandono acaba sendo um dos principais medos das presidiárias.

A dor de perder os filhos é outro medo. Enquanto os homens sabem que terão as mulheres para cuidar dos seus descendentes, a mulher presa se martiriza, pela dor de não poder estar presente e providenciar os devidos cuidados maternos. Em geral, mães de muitos filhos, elas se obrigam a vê-los espalhados em casas de parentes ou vizinhos, isso na melhor das possibilidades, ou serem encaminhados ao Conselho Tutelar, em alguma instituição de acolhimento, onde podem ficar muito tempo sem vê-los.

2.3 Homossexualidade

Na penitenciária, a homossexualidade entre mulheres é algo comum. Como consequência de que muitas são abandonadas pelos seus maridos, a maioria acaba descobrindo prazeres na interação com a pessoa do mesmo sexo. As poucas que se mantêm sem relacionamentos homoafetivos são as irmãs, pois o comportamento pode acarretar a expulsão do Comando, embora digam que algumas se arriscam na madrugada.

No entanto, a prática é feita de forma muito reservada, não existem demonstrações públicas de afeto, apenas na intimidade do casal. Nenhuma mulher é forçada a manter relações sexuais com outra. De forma vulgar, as detentas dividem as mulheres com relações homossexuais em categorias.

O “sapatão original” é o mais prestigiado, é aquele que é virgem de homens. São raros nos presídios. Assumindo o estereótipo masculino, são tratados como homens e cobiçados pelas detentas. Cabelo raspado, com pelos a mostra e roupas largas para disfarçar a silhueta, usam cuecas e top

para apertar os seios. Esta categoria deve ser “de nascença”, nunca ter se envolvido em relações com homens. Elas também não tem relação direta com a parceira, o desejo fica nos carinhos não sexuais, como beijos e a excitação da parceira, pois não se deixam serem tocadas pela parceira e nem ficam nus em frente a elas.

Quando o sapatão original já teve filho ou relacionamento com homem, é rebaixado ao “sapatão foló”, são aquelas que chegam com cabelo comprido e raspam na cadeia para assumir a postura masculina, segundo as detentas, quando saem da cadeia, deixam o cabelo crescer e voltam a vida heterossexual. Diferentemente das originais, ficam nuas em frente as companheiras e permitem tocar no seu corpo, com a condição que deve ser menos feminina que a companheira.

Outra categoria são os “sapatões sacolas”, heterossexuais que assumem uma condição masculina como estratégia para transcórre a pena e ter proteção. No entanto, não tem vida fácil, devem obediência a companheira e o ciúme é intenso, não nem podem sair para o pátio. Outra categoria abaixo são os “chinelinhos”, que também assumem a postura masculina, mas quando saem da cadeia, rapidamente retornam à heterossexualidade e se alguém as chama na rua pelo nome usada no presídio, fingem não ouvir.

A mais desprestigiada são as “badaroscas”, que são sustentados pela parceira e fazem de tudo por ela, aceitando até penetração anal com objetos, segundo as detentas, é um “viado preguiçoso”. O máximo de desprezo é reservado aos “badarosquinhas”, que vivem como verdadeiras garotas de programa no presídio. Ainda existe o “pão com ovo”, que é aquele que não sabe o que quer, ainda não decidindo se prefere homens ou mulheres.

As “entendidas” formam a maioria no estabelecimento penitenciário. São aquelas que mantém relações homossexuais, mas não abandonam a

feminilidade e se dividem em três grupos, passivas, ativas e relativas. A ativa não deve sentir desejo por homem, não devem receber visita íntima masculina e assumem comportamento homossexual, geralmente é ela que sustenta a companheira, com a contrapartida da obediência. A passiva são as mulheres, não se incomodam e assumem a bissexualidade, com a homossexualidade ficando restrita dentro das muralhas, e ao sair voltam a heterossexualidade. O último grupo, as relativas, tendem a ser ativas e passivas, tendo um comportamento ambíguo.

A última categoria são as “mulheríssimas”, que são heterossexuais, relacionando-se apenas com homens e nas ruas apenas com eles também. Mas podem fazer sexo com outras detentas, desde que não assuma o papel de ativa.

Segundo Varella (2017), a estimativa é de que em torno de 85% a 90% das detentas mantenham relações homossexuais. A proibição é de que os sapatões não podem se relacionar uns com os outros. Ainda assim, as relações são baseadas no sentimento mútuo e não na obrigação, com exceção das badarosquinhas, No passado, havia estupros nas cadeias femininas, com a chegada do Comando e punição severa para quem cometesse o ato, a prática cessou. Apesar das críticas do Comando, a prática é aceita com naturalidade entra a maioria das detentas do presídio.

Considerações finais

Um dos pontos mais interessantes do sistema penitenciário brasileiro é justamente quem, hoje, o controla, as organizações criminosas, em especial o Primeiro Comando da Capital, ao longo dos anos, foram gradualmente exercendo seu poder dentro das prisões brasileiras, com intuito de acabar com as injustiças dentro dos estabelecimentos, desde as condições precárias ao próprio comportamento hostil entre os detentos.

As facções conseguiram feitos inacreditáveis, que o Estado Brasileiro, durante anos, de tentativas de políticas públicas, de estudiosos debatendo sobre o tema e leis promulgadas, nem chegaram perto. Isso foi feito com atitudes simples, com a imposição do medo.

O crack, que durante os anos 90 era um grande causador de tragédias e rebeliões dentro dos presídios foi abolido, hoje, muitos presídios brasileiros são os maiores centro de recuperação de viciados em entorpecentes. O estupro, que era algo comum, também foi abolido, com punições severas para quem o cometesse. A balbúrdia, a falta de respeito e as constantes brigas e morte também acabaram, em sua maioria.

É claro que tudo veio com um custo, a obediência cega ao Comando, sem questionamentos. O direito ao contraditório e ampla defesa, existentes na nossa legislação, até existem no Comando, mas nada comparável à extensão realmente necessária para promover a justiça. Não existe prescrição e a execução da sentença é rápida e eficiente. A pena capital é comum e a vida dos membros também não é fácil, principalmente da alta cúpula, que deve sempre estar preparada para disputas de poder interna.

Em 2016, disputas pelo controle de estabelecimentos penitenciários chocaram o Brasil, com vídeos circulando de detentos matando uns aos outros, com cabeças decepadas, esquartejamentos e corpos sem vida. Isso era a disputa entre as facções, que ocorreram principalmente na região norte do país.

O Comando mostrou claramente a ineficácia da gestão de todos os governos brasileiros. Nunca foi uma pauta popular melhorar as condições de presidiários, ou amenizar penas do código penal, o contrário sempre foi muito mais lucrativo eleitoralmente para os políticos. No entanto, isso vem com um custo. O efeito criminógeno, já citado anteriormente, é avassalador. Um réu primário, que comete um crime, muitas vezes por

uma suposta necessidade, acaba indo a um presídio e convivendo com assaltantes, traficantes, estelionatários, homicidas. Todos experientes e muitos membros do Comando, a cadeia acaba virando uma escola para os novatos, os quais muitos entram definitivamente para o crime, virando um ciclo vicioso, que acarreta ainda mais violência para a sociedade.

A solução não é fácil, seria extremamente prepotente dizer que a solução para o problema é simples e rápida. Costuma-se dizer que existem soluções curtas, de médio e de longo prazo e são várias as teorias adotadas por estudiosos, mas a maioria converge em determinados pontos.

A infância e a adolescência são os períodos mais importantes da vida humana. Neles criamos diversos laços sociais afetivo, além de formarmos boa parte da forma que vemos o mundo e como queremos nos encaixar nele. Uma criança que nasce e vive dentro de uma comunidade dominada pelo tráfico tem chances muito maiores de entrar para o crime. O traficante é visto, muitas vezes, como o protetor da comunidade, aquele que protege os demais da violência policial, aquele que tem carros, dinheiro e mulheres. A transformação pela educação, pelo trabalho e pelo esporte, para evitar que jovens tomem o caminho do crime, se mostrou eficiente nesse quesito. Basta o governo promover políticas públicas que tenham esse objetivo, várias já são aplicadas e demonstraram serem benéficas.

A legislação precisa ser modernizada, é fácil para os políticos prometer penas severas e mais vigilância policial, poucos são aqueles que visam a recuperação de um apenado. A questão é que a nossa Constituição proíbe penas perpétuas, um dia, o apenado sairá do presídio, sendo assim, é preferível que retorne à sociedade como um cidadão honesto e não ao mundo do crime, muitas vezes, ainda mais experiente no ramo, como acontece. Além disso, a guerra às drogas provam, desde que as políticas de criminalização existem, que as medidas são ineficazes no combate ao

crime organizado, apenas pequenos traficantes são presos, os grandes comandantes continuam soltos, em sua maioria. O tráfico não diminuiu, ele apenas aumentou e o mercado negro sempre continua se expandindo. O crime de “colarinho branco”, capaz de afetar gravemente a sociedade ainda continua tendo punições mais brandas, comparadas a outros crimes.

Por último, poderíamos melhorar as condições de nossas prisões. Não adianta colocar uma pessoa em um lugar totalmente lotado, sem higiene e o mínimo necessário para uma vida digna. A primeira coisa que ela vai querer é sair de lá o quanto antes, e não repensar seus atos como deveria fazer. Aliado a isso, novamente, a oferta da educação, do trabalho e do esporte, como outra alternativa de vida para o apenado é fundamental para a ressocialização.

Essas são algumas medidas que poderiam nortear uma mudança no sistema carcerário brasileiro. A questão da segurança pública é complexa e a de execução penal mais ainda. Mas para isso é necessário um próprio amadurecimento da sociedade, os políticos têm a capacidade para mudar, mas eles são o reflexo do povo, afinal, são escolhidos democraticamente.

Referências

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

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 out. 2020.

CAMARGO, Henrique. **Como foi o massacre do Carandiru**. 2017. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru/>. Acesso em: 24 out. 2020.

MACHADO, Leandro; MORI, Leticia. **Brasil teria que construir quase um presídio por dia durante um ano para abrigar presos atuais**. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>. Acesso em: 24 out. 2020.

VARELLA, Dráuzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o cruzamento de dados na área da saúde

Andresa Rodrigues de Lima Bettiato ¹
Maira Angélica Dal Conte Tonial ²

1 Introdução

O estudo visa ampliar os conhecimentos sobre a Lei 13.709/2018 popularmente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que passou a dispor sobre o tratamento dos dados pessoais para tutelar os direitos de privacidade e de liberdade. Fortemente inspirada na *General Data Protection Regulation* – GDPR europeia.

Diante desse contexto, exsurge o seguinte problema: é possível o cruzamento de dados na área da saúde, conforme a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)?

Pretende-se demonstrar que o titular de dados, pela legislação vigente deverá exigir que seus dados sejam protegidos, sob pena de ter de ser criado ambiente propício ao processo discriminatório.

Para a elaboração desse artigo procurou empregar-se o método dedutivo com pesquisa bibliográfica, inicialmente trazendo uma conceituação da LGPD e os demais tópicos abaixo.

No primeiro tópico, procurou-se enfocar que a LGPD trouxe uma série de exigências a adequação, com o fim de proteger os direitos

¹ Graduanda do X nível do Curso de Direito. UPF. E-mail: andresa19.b@hotmail.com

² 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 e Pós-Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Coordenadora do Programa de Extensão Balcão do Trabalhador (Faculdade de Direito- UPF). Endereço eletrônico: mairatonial@upf.br

fundamentais das pessoas físicas, inclusive sendo de caráter obrigatório e prevendo duras penalidades aos que não a implementarem. Logo, se faz importante um caráter cultural das empresas para proteger os direitos fundamentais das pessoas. No artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018) há previsão da intenção de tutelar os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

No tópico seguinte, abordar-se-á a saúde e suas peculiaridades, destacando a sensibilidade dos dados colhidos nesse segmento. E ao final, a abordagem centrar-se-á na proteção dos dados e as consequências nefastas de possíveis cruzamentos, que possibilitarão ambiente discriminatório aos titulares expostos a negligência.

Logo, a pesquisa possui grande relevância para o estudo do Direito Digital, mais precisamente da proteção de dados pessoais em relação a área da saúde a fim de evitar possíveis vazamentos.

Lei Geral de Proteção de Dados: contextualização.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) protege os interesses nacionais devendo ser observada pelos entes da Administração Direta e entes privados, a qual dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Assistiu-se então nos últimos anos uma regulamentação destinada a construção de uma cultura de proteção da informação, mais precisamente pela União Europeia, que no ano de 2016 acabou que aprovando esse importante instrumento de tutela de dados pessoais, o *General Data Protection Regulation* (GDPR).

Fortemente inspirada pela GDPR, em 14/08/2018 a legislação brasileira adotou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), porém entrou em vigor em 14/08/2020, pelo período de 2 (dois) anos esteve em *vacatio legis* (vacância da lei). A LGPD encontra respaldo legal na Lei 13.709/2018 alterada pela Lei 13.853/2019, em que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Corroborando Masseno (2020, p. 40) elucida que a Lei 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018, seria uma espécie de projeção tropicalizada do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que vai ao encontro da proteção das pessoas singulares (físicas) no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), o RGPD.

A RGPD diferencia-se da LGPD, segundo Masseno (2020, p.42) no que se refere as fontes gerais europeias, o percurso da RGPD já é de décadas, desde a Convenção do Conselho da Europa n. 108, de 28 de janeiro de 1981, em que há a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, passando pela Diretiva 95/46/CE do parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, até a respectiva constitucionalização pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigo 16) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 8) desde o Tratado de Lisboa (2007-2009), ambos os instrumentos com o mesmo valor formal que o Tratado da União Europeia, sem esquecer a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente o Acórdão Google Spain, proferido durante o processo legislativo que conduziu a RGPD e teve uma grande importância para o prosseguimento do mesmo e do seu conteúdo final.

Ainda nas palavras de Masseno (2020, p. 43), a LGPD ainda é uma novidade, ainda que relativa, o que já vigorava anteriormente era o dito “Marco Civil da Internet”, aprovado pela Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, regulamentado pelo Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, sendo assim tecnicamente o “Marco Civil” até será uma Lei Geral perante a LGPD, no que se refere aos tratamentos de dados realizados na internet, enquanto nos demais casos será aplicado por analogia, legis ou *iuris*.

Em consonância a Constituição Federal de 1988, trata da matéria de um modo fragmentário e indireto, além do habeas data, previsto no artigo 5º LXXII, considerado um remédio constitucional, só consta a proteção do direito pela vida privada previsto no artigo 5, XI.

Consoante a LGPD, como diz Sebold (2021, p.108) ela impactará radicalmente as empresas e órgãos públicos que tratam de dados de pessoas físicas, as novas tecnologias geram grandes quantidades de dados, sua coleta, seu compartilhamento e o monitoramento. O avanço da tecnologia continua a passos largos, os dados passaram para um nível acima de importância, de valor, instigando o crescimento da economia e refletindo fortemente nos números das empresas e na vida das pessoas, o que exigiu um regramento legal específico.

A LGPD vem acompanhando a necessidade do mercado e da tendência mundial, no momento em que passou a disciplinar e proteger de forma eficiente e rigorosa o tratamento de dados pessoais em nosso país, estipulando pesadas sanções quando assim for constatada violações a essas regulamentações.

A entrada em vigência da LGPD no ano de 2020 pegou muitos de surpresa devido ao momento de pandemia que não somente o nosso país como o mundo inteiro vem enfrentando. Isto posto, sua entrada em vigor pode ser considerada um obstáculo para as empresas que exploram

atividades econômicas de forma predatória e irresponsável ao considerarem dados sensíveis como bens patrimoniais.

Ratificando que, no artigo 1º a LGPD se aplica ao tratamento de dados pessoais por pessoa física ou pessoa jurídica de direito público ou privado, a qual veio com intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Nas palavras de Rodrigues (2021, p. 52-53) a LGPD trouxe uma série de exigências e regulamentações para as empresas, exigindo grandes mudanças por parte dos colaboradores bem como dos atores empresariais responsáveis pela gestão da informação ao considerar como responsáveis pelos vazamentos de informações as empresas encarregadas da gestão e proteção de dados.

A regulamentação da LGPD não veio para limitar a atuação das empresas, mas sim para promover a inovação e a expansão segura dessas atividades, pois segundo Rodrigues (2021, p. 51) *“Na segunda metade do século XX a indústria tradicional passou a valorizar a informação e a tecnologia em maior escala, o que modificou o espaço geográfico global, e posteriormente culminou no advento da Terceira Revolução industrial, também conhecida como a era da informação”*.

Nesse escopo, o artigo 5º da LGPD, destaca os conceitos de dados pessoais e sensíveis:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- *dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
- *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 [...]*

Já, o artigo 2º traz os fundamentos dessa proteção de dados:

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

Ademais, o artigo 6º da LGPD elenca de modo exemplificativo um rol de princípios que deverão ser observados quando forem realizados os tratamentos de dados pessoais, quais sejam: o princípio da boa-fé objetiva, da finalidade, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não-discriminação, e o princípio da responsabilização e da prestação de contas.

Não obstante, os dados pessoais fazem parte das nossas vidas. Há todo momento eles são processados. Da pequena padaria da esquina ao Google. Assim sendo, a LGPD tem o condão de disciplinar a gestão de dados pessoais, eliminar ou ao menos reduzir consideravelmente os vazamentos de informações pessoais e garantir um cuidado maior no tratamento dos dados por quem por algum momento tiver acesso. Ou seja, o vazamento de dados é algo frequente cada vez maior, gerando grandes impactos para as empresas.

Segundo Sebold (2021, p.112) a LGPD normatiza a propriedade e a forma como os dados pessoais são utilizados, bem como para reger e garantir a privacidade das informações pessoais, viu-se através dessa norma jurídica a necessidade de “resgatar a dignidade dos titulares de dados e seus direitos básicos relacionados a autodeterminação”.

Sobretudo, Sebold (2021, p.113) afirma que infelizmente ainda é uma lei desconhecida para muitos, mas não somente isso pois há uma

despreocupação corporativa por parte das empresas de pequeno e médio porte, pois os mesmos ainda estão mais preocupados com a economia, política e alta carga tributária, do que com a adequação da empresa a Lei Geral de Proteção de Dados. Porém, isso tudo é inevitável, pois todos os órgãos públicos e empresas, independentemente do tamanho, obrigatoriamente precisaram se adequar as regras da LGPD.

Conquanto para que haja todas essas observâncias quanto ao cumprimento desse tratamento de dados a própria Lei 13.709/2018, com o propósito de tutelar de forma eficiente os dados pessoais (coleta, proteção, armazenamento, tratamento e transferência), criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), assumindo a mais alta autoridade de proteção de dados. Considerada uma autoridade estatal independente cuja tarefa é monitorar a implementação e adequação da LGPD, criando novos regulamentos de implementação, aplicando as normas existentes, protegendo dados pessoais e impondo sanções no caso de violações. A ANPD será composta pelo Conselho de Administração e pelo Conselho Nacional que atuará como órgão consultivo.

Enfatizando a respeito Rodrigues (2021, p. 58) diz que, os agentes de tratamento da informação que violarem as normas por ela estabelecidas, ficaram sujeitos a sanções administrativas que variam de simples advertências a pesadas multas que podem levar rapidamente ao fim da atividade empresarial, de modo particular as empresas de pequeno porte que tenham a infelicidade de sofrer sucessivos vazamentos de dados pessoais.

O artigo 52 da LGPD engloba 8 (oito) sanções administrativas aplicadas quando do descumprimento da regulamentação, porém há que se inferir primeiramente um processo administrativo que possibilite a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, conforme preceitua o §1 do respectivo artigo, observando a gravidade e a natureza das infrações e

dos direitos pessoais afetados e após comprovação do ilícito ocorrerá o bloqueio, a eliminação desses dados pessoais a que se referiu a infração, a suspensão temporária até 6 (seis) meses do funcionamento do banco de dados relacionados a essa infração, podendo ser prorrogado por igual período e por fim, a proibição total ou parcial do exercício da atividade relacionada a tratamento desses dados pessoais.

Imperioso mencionar que em detrimento as penalidades impostas pela LGPD a mesma oportuniza a possibilidade de pactuação de acordo de conciliação entre o titular dos dados e da empresa responsável pelo seu tratamento, caso haja comprovação da responsabilidade do controlador na quebra da segurança e sigilo da informação.

A partir disso, conclui-se que a LGPD foi inspirada pelo Regimento Geral de Proteção de Dados Europeu, destacando que ela não veio para inibir o crescimento das empresas de pequeno, médio ou grande porte, mas sim para prover maior poder ao titular detentor desses dados, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no tocante ao tratamento indevido de seus dados pessoais. Sobretudo para a empresa, se tornando um diferencial competitivo pelo grau de respeito aos dados pessoais desse titular.

A saúde e suas particularidades

A entender a proteção de dados, como garantia dos titulares de direitos, necessário se faz, nesse ensaio tratar de dados relativos a saúde e sua possível utilização desvirtuada, o que poderá causar diversos danos de ordem moral.

Segundo o artigo 5º, II, da Lei 13.709/2018, considera-se dado pessoal sensível dados referentes a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso,

filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

A Lei Geral de Proteção de Dados foi considerado um marco legislativo para a segurança da informação, uma vez que ela regulamenta como os dados pessoais sensíveis serão recolhidos e armazenados pelas empresas tanto no ambiente online como off-line. A LGPD deve ser aplicada em clínicas, consultórios, hospitais e em todas as empresas que tratam dados pessoais sensíveis ou voltados para a área da saúde.

Considerado um dos setores que mais tratam dados sensíveis pela nova legislação, o da saúde, conforme artigos 5º e 11 da LGPD, se torna evidente o quão desafiador é a sua adequação.

Os dados relacionados à saúde, considerados dados pessoais sensíveis possuem tratamento específico, previsto no artigo 11 a 13 da LGPD, possuindo capítulo próprio atualizado conforme MP 869/2018.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo § 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Contudo, essas novas hipóteses elencadas nos parágrafos do artigo 11 da LGPD são bastante amplas, o que poderia ensejar usos indevidos pelos operadores.

Se fazendo necessário compreender as permissões legais de comunicação e compartilhamento de dados.

Nesse ínterim Roncaglia (2019)³ nos traz a seguinte informação:

A permissão legal do uso, compartilhamento e comunicação de dados, por mais amplo que seja, deve ter em vista a boa prestação do serviço médico, farmacêutico e terapêutico “**em benefício do titular dos dados**”. É precisamente esse trecho do parágrafo 4º que restringe as práticas dos operadores de saúde, na medida em que não podem comunicar ou compartilhar dados a menos que seja para prestar o serviço de assistência à saúde e em benefício do titular. Essa parte do dispositivo é muito importante, porque elimina, por exemplo, compartilhamentos que tenham como objetivo principal a obtenção de lucro. Um exemplo dessa prática, a partir de agora proibida, é a coleta de dados pessoais de consumidores em farmácias para posterior venda a parceiros comerciais. Se os dados dos titulares forem coletados com o propósito de concessão de descontos, eles só poderão ser usados para essa finalidade. [...] O setor de saúde está essencial e fundamentalmente baseado no uso de dados pessoais de saúde dos titulares, e isso não pode ser mudado. O que precisa mudar para a conformidade com a lei, bem como para a adequação aos novos parâmetros mundiais de respeito aos direitos dos titulares dos dados, são as boas práticas nos tratamentos desses dados.

Ainda mais se levado em consideração que a área de saúde é uma área permeada de procedimentos complexos e inter-relacionados. Isso porque o paciente-titular de direitos, via de regra, quando demanda um profissional da área da saúde, geralmente, precisa movimentar uma rede, que inclui ampla circulação de dados, assim – médico, laboratório, SUS, hospital ou clínica, farmácia, enfim ... são vários dados sensíveis circulando em diversos locais.

³ Roncaglia, Ana Maria. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Dados-sensiveis-de-saude-e-as-alteracoes-trazidas-pela-MP-869-18.html>. Acesso em 27 junho 2021

Assim, pense-se em uma situação prática, para ilustrar o referido exemplo – imagine-se uma pessoa que busca a assistência médica porque encontra-se com a saúde debilitada. Seja no âmbito privado ou público, antes mesmo de chegar ao médico, já preenche cadastro fornecendo dados (antes do entendimento). Após encaminha-se ao médico, que possivelmente pedira tais dados (e grande parte sensíveis). Não raras as vezes, encaminha para a feitura de exames – oportunidade em que o laboratório (e leia-se todos que manusearão o exame) terão acesso aos dados. Ainda, há que se falar que quando se envolve o ambiente público, todos os registros ficam disponíveis para consulta do ente público. E por fim, supõe-se que diagnosticado seja medicado – oportunidade em que a farmácia terá acesso a medicação indicada e conseqüentemente poderá com base nos fármacos indicados adivinhar a doença do titular.

Desta forma verifica-se que o processo é altamente sensível, por conta dos dados que são manuseados e a possibilidade grande de que eventuais vazamentos possam implicar processos discriminatórios ao titular de dados pessoais.

A proteção dos dados e o cruzamento de dados

Segundo pesquisa de setembro de 2019, realizada pela Serasa Experian, 85% das empresas ainda não se sentem prontas para atender às novas regras da LGPD. O levantamento, que ouviu um universo de 508 empresas, de todos os portes e segmentos, indicou, ainda, que os setores financeiros, serviços e varejo estão mais preparados para a lei. O de saúde ocupa a última posição, com apenas 8,7% das companhias em conformidade com a lei.⁴

⁴ <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/paciente-no-comando-lgpd-dados-sensiveis-saude>. Acesso em 27 julho de 2021

Estamos em um momento próximo de iniciarem as sanções previstas no artigo 52 da LGPD e ainda há um percentual grande de empresas que não se adequaram a Lei Geral de Proteção de Dados. Salientando que as multas iniciam a partir de 01 de agosto de 2021.

Logo Pinheiro (2019) entende que se faz importante perpassar que quando a pauta é proteção de dados pessoais e dados sensíveis na área da saúde, há de se observar que há um cruzamento de dados, que vai da clínica médica ao hospital, perpassa o laboratório, a farmácia, o próprio paciente e os agentes de saúde, bem como toda a esfera pública, como o SUS. Alcançando desde o registro de um simples cadastro em um consultório até a entrada em um hospital (público ou privado).

É aí que surge o grande risco de vazamento de dados até uma hipótese de perda, quando não há uma política de backup (salvaguarda do plano de continuidade) momento em que a instituição acaba ficando refém de criminosos digitais.

Nesse contexto atual de pandemia em que vivenciamos o ataque cibernético aumentou gradativamente, tanto é que o CNS (Conselho Nacional de Saúde)⁵ pediu esclarecimentos ao Ministério da Saúde sobre vazamentos de dados de pacientes do SUS. Fazendo-se necessário o chamamento do Ministério Público da União para realizar os procedimentos necessários a apuração e a consequente responsabilização em face da gravidade dos acontecimentos.

Pinheiro (2019), nos lembra que no início de 2018 ocorreu uma falha de segurança no aplicativo E-Health, fornecido pelo Ministério da Saúde, teria exposto por meses dados de milhares de usuários brasileiros do SUS. Era possível acessar dados básicos, como cartão do SUS, o titular,

⁵ <http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1533-nota-publica-cns-pede-explicacoes-ao-ministerio-da-saude-sobre-vazamento-de-dados-de-pacientes-do-sus>. Acesso em 27 de julho de 2021

informações médicas detalhadas e histórico de abstinência de medicamentos e agendamentos.

Este fato se torna ainda mais relevante e preocupante quando se observa que o compartilhamento de dados relacionados a saúde está ocorrendo de forma contínua na chamada Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS) que, por pressuposto técnico normativo e de base legal, deveria prezar pela segurança absoluta dos dados dos indivíduos, conforme previsto nas suas normativas e, mais ainda, conforme estabelecido na lei 13.709/2018, intitulada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e outras legislações relacionadas à segurança de dados individuais.

Além disso, como pontua Pinheiro (2019), há uma preocupação adicional com os fornecedores (terceirizados) e que em muitas situações há sim internacionalização do dado pessoal, visto que no uso das tecnologias na medicina, principalmente as que envolvem telemedicina, as informações dos pacientes podem parar em outro país, inclusive para análise de outros profissionais.

Entretanto entende Pinheiro (2019) após os enfoques da gravidade do cruzamento das informações bem como vazamentos desses dados, importante acrescentar que a LGPD na saúde não está sujeita a ter consentimento em todas as situações de tratamento de dados conforme preceitua as exceções tratadas nos artigos 7, 10 e 11. Há dispensas como por exemplo nos casos de proteção a vida ou tutela da saúde. Desse modo, infere-se que para a adequação à LGPD faz-se necessário revisar processos, revisar políticas, normas e procedimentos e principal realizar treinamentos de aculturação dos colaboradores.

No entendimento de Dallari (2019): os dados relacionados a saúde são necessariamente considerados dados sensíveis aos olhos da LGPD. Os quais só poderão ser tratados quando o titular ou seu responsável legal

consentir, de forma específica e destacada as suas finalidades. Outra adequação a LGPD trazida pela MPV 869/2018 é a autorização da comunicação do uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes a saúde para obtenção de vantagem econômica sem o consentimento do titular, desde que necessário para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar, conforme previsto no artigo 11, § 4, II da LGPD.

No ponto de vista de Dallari (2019):

“[...]é bastante prudente que os órgãos e empresas da área da saúde comecem a realizar planos de governança e adequação da gestão dos dados pessoais sensíveis que acessam e tratam, por meio de práticas de due diligence, auditoria sobre a aderência a LGPD. Deverão desenvolver programas de governança em privacidade, com a previsão de processos e políticas internas que assegurem o cumprimento de normas e boas práticas relativas a proteção de dados pessoais sensíveis. [...]”

Em se tratando dos efeitos da LGPD, para Camargo (2019)⁶:

“[...] um dos principais efeitos da LGPD é tornar bem mais difícil que médicos e hospitais compartilhem dados com pesquisadores que podem promover a inovação, como as startups (ou healthtechs), pois segundo ele a Lei impõe uma série de restrições e procedimentos, que marca toda a cadeia de uso de dados, ameaçando eventuais multas e interdições. Finalizando com a seguinte posição: “Considerando a imensa gama de dados pessoais que são entregues diariamente por milhões de brasileiros em redes sociais sem grandes contrapartidas, o compartilhamento de dados na área da saúde parece trazer algo em troca: o potencial para uma vida mais longa e saudável.”

Finalizando Pinheiro (2019) esclarece que o cumprimento do regulamento de proteção de dados é uma responsabilidade que ultrapassa os limites geográficos, especialmente para um setor que lida com a segurança física e emocional dos indivíduos, se fazendo primordial a

⁶ <https://www.lgpdbrasil.com.br/conheca-os-impactos-da-lgpd-na-saude-medica/>. Acesso em 27 de Julho de 2021.

tríade: pessoas, processos e tecnologia mais forte que nunca. Logo, a LGPD trouxe segurança jurídica, mais ainda falta fortalecer a segurança dos dados em todo o processo, da triagem inicial ao prontuário médico.

Em se tratando de prontuários digitais, é fundamental adotar um sistema que possa dar segurança em se tratando de garantia a proteção das informações do paciente o qual deve estar adequado a LGPD e a segurança da informação.

De igual modo, os profissionais de saúde também têm o dever de guardar o prontuário com segurança e permitir o acesso quando o titular de dados assim o requisitar, e o mero não fornecimento, quando requisitado, além de violar a LGPD, constitui uma infração ética.

Como bem apontado no artigo em que o Presidente da CNSaúde⁷ e o Coordenador Jurídico CNSaúde expuseram que a LGPD, considerada essencialmente principiológica, carecerá de profundo regramento a ser promovido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), com o apoio do Conselho Nacional de Proteção de Dados. E que a definição dos contornos e limites de aplicação da proteção dos dados individuais, competira a ANPD, não havendo imposição de aportes financeiros pesadíssimos as empresas, tampouco se restrinja a inovação e desenvolvimento de novos produtos e serviços à população, bem como limitação do desenvolvimento da ciência médica mediante uso desses dados apurados, cujo trabalho objetiva, assegurar o bem maior do cidadão, que é o direito à saúde e a uma vida digna.

Conclusão

Diante do exposto, procurou-se demonstrar de forma clara os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o cruzamento de

⁷ <http://cnsaude.org.br/artigo-a-regulamentacao-da-lgpd-e-o-setor-de-saude/>. Acesso em 27 de Julho de 2021

dados na área da Saúde, enfatizando que políticas públicas deverão ser adotadas para que não ocorra vazamento de dados.

Assim sendo, no primeiro capítulo foi estudado a conceituação da Lei Geral de Proteção dos Dados, inspirada pela Regimento Geral de Proteção de Dados Europeu, destacando que ela não veio para inibir o crescimento das empresas de pequeno, médio ou grande porte mas sim para prover maior poder ao titular detentor desses dados, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no tocante ao tratamento indevido de seus dados pessoais. Sobretudo para a empresa sendo considerado um diferencial competitivo pelo grau de respeito aos dados pessoais desse titular.

Já no segundo capítulo, foi dado enfoque a saúde e suas peculiaridades, destacando a sensibilidade dos dados colhidos nesse segmento, bem como a importância da adequação a LGPD. A importância dos profissionais da área da saúde no manuseio desses dados e a responsabilidade que tem em proteger esses dados pessoais. E ao final, a abordagem centrar-se-á na proteção dos dados e as consequências nefastas de possíveis cruzamentos, que possibilitarão ambiente discriminatório aos titulares expostos a negligência.

E, por fim, no terceiro capítulo, ponto modal do trabalho enfatizou a proteção e dados e o cruzamento dos dados, devendo ser adotadas políticas públicas para esse condão que contenham proteção a incidentes de segurança, ou seja, um plano emergencial, caso venha a ocorrer vazamento de dados. Contudo, para que haja a conscientização dos servidores públicos deverão ser realizados treinamentos e preparação desses servidores que tratam dados pessoais para que os mesmos tenham ciência de que, caso haja má-fé serão responsabilizados. Nesse contexto a LGPD exigirá dos profissionais da saúde uma adequação organizacional e

mudança de cultura quanto ao tratamento dos dados pessoais dos pacientes,

principalmente os dados que estão nos prontuários eletrônicos.

Pelos fatos expostos, é importante que os pacientes sejam informados da finalidade que os seus dados estão sendo tratados e do tempo que o tratamento leva, não descartando a informação de um possível descarte, o qual deve ser adotado pelas empresas que tratam dados pessoais da saúde, aderir política de descarte. Dando ênfase a proteção dos dados pessoais bem como seu papel essencial.

Por fim, conclui-se que a Lei Geral de proteção de Dados Pessoais veio para amparar e proteger um direito fundamental e que o Poder Público deve evitar ao máximo para que não seja violado esse direito previsto em nossa Constituição Federal, enfatizando a importância de mecanismos a serem adotados para evitar que ocorra vazamento de dados, principalmente em se tratando de dados pessoais sensíveis, mais precisamente os dados da saúde e o cruzamento desses dados.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 13.709, 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. > . Acesso em 20 dez. 2020.

DALLARI, Analluza Bolivar. A nova ANPD e a proteção dos bancos de dados de saúde. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/analluza-dallari-anpd-protecao-bancos-dados-saude>> Acesso em 27 de jan de 2021.

MASSENO, Manuel David. A segurança dos dados na LGPD brasileira: uma perspectiva europeia, desde Portugal. Proteção de dados pessoais em perspectiva. LGPD e RGPD

na ótica do direito comparado. Organização de Marcos Wachowicz. UFPR. Curitiba, PR, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. LGPD e saúde: os fins justificam os meios?. 2019. Disponível em: < <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/paciente-no-comando-lgpd-dados-sensíveis-saúde#:~:text=Segundo%20pesquisa%20de%20setembro%20de,%C3%A0s%20novas%20reg%20ras%20da%20LGPD.> > Acesso em 27 de jan de 2021.

RODRIGUES, Eduardo Bueno. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e Data Mapping (Mapeamento de dados): desafios, perspectivas e como se adequar à nova Lei na Prática. Empresas e implementação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Coordenador Tarcísio Teixeira. Editora JusPodivm, Salvador, BA. 2021.

RODRIGUES, Laura Secfém. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-mar-21/opiniao-lgpd-saude-importancia-lei-1378718>>. Acesso em jul 2021.

SEBOLD, Robson Fernando. Gerenciar riscos para proteger dados pessoais: Análise de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados. Empresas e implementação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Coordenador Tarcísio Teixeira. Editora JusPodivm, Salvador, BA. 2021.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e seus impactos na previdência social

Andresa Rodrigues de Lima Bettiato ¹
Maira Angelica Dal Conte Tonial ²

1 Introdução

O estudo visa ampliar os conhecimentos sobre a Lei 13.709/2018 popularmente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que passou a dispor sobre o tratamento dos dados pessoais para tutelar os direitos de privacidade, de liberdade. Fortemente inspirada na *General Data Protection Regulation* – GDPR europeia.

Diante desse contexto, exsurge o seguinte problema: quais os impactos que a Previdência Social, sofrerá em decorrência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoas (LGPD)?

Pretende-se demonstrar que a Previdência Social, subgênero da seguridade social, assim consolidada em nossa Constituição Federal de 1988, movimentada um alto volume de dados diários, se fazendo importante para que os mesmos não sofram vazamentos serem adotadas políticas públicas para sanar qualquer incidente de segurança.

Para a elaboração desse artigo procurou empregar-se o método dedutivo com pesquisa bibliográfica, inicialmente trazendo uma conceituação da LGPD, abordando a Previdência Social e os dados dos

¹ Formada em Administração de Empresas. Graduada do X nível do Curso de Direito. UPF. E-mail: andresa19.b@hotmail.com

² Doutoranda em Direito pela Univali, mestra pela Unisinos e Pós Graduada e Graduada pela UPF. Professora universitária. Email mairatonial@upf.br

cidadãos, enfocando no vazamento de dados e o dever de proteção para evitar incidentes.

No primeiro tópico, procurou-se enfatizar que a LGPD trouxe uma série de exigências a adequação, com o fim de proteger os direitos fundamentais das pessoas físicas, inclusive sendo de caráter obrigatório e prevendo duras penalidades aos que não a implementarem. Logo, se faz importante um caráter cultural das empresas para proteger os direitos fundamentais das pessoas. No artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018) há previsão da intenção de tutelar os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

No tópico seguinte, procurou adentrar na Previdência Social, bem como nos dados dos cidadãos utilizados. No último tópico foi enfocada a questão do vazamento de dados que vem ocorrendo desde 2013, em que os segurados antes mesmo de se aposentarem estão sendo assediados pelas operadoras de crédito, empréstimos consignados em folha de pagamento.

A medida tomada pela autarquia foi através da IN 100/2018, em que prevê que somente após 180 dias os aposentados poderão fazer empréstimos antes disso terão que solicitar desbloqueio nos canais de atendimento.

Logo, a pesquisa possui grande relevância para o estudo do Direito Digital, mais precisamente da proteção de dados pessoais, pois os dados repassados pelos segurados aos órgãos públicos deverão ser protegidos pelo Estado a fim de evitar possíveis vazamentos.

Lei Geral de Proteção de Dados: contextualização.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) protege os interesses nacionais devendo ser observada pelos entes da Administração

Direta e entes privados, a qual dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Assistiu-se então nos últimos anos uma regulamentação destinada a construção de uma cultura de proteção da informação, mais precisamente pela União Europeia, que no ano de 2016 acabou que aprovando esse importante instrumento de tutela de dados pessoais, o *General Data Protection Regulation* (GDPR).

Fortemente inspirada pela GDPR, em 14/08/2018 a legislação brasileira adotou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), porém entrou em vigor em 14/08/2020, pelo período de 2 (dois) anos esteve em *vacatio legis* (vacância da lei). A LGPD encontra respaldo legal na Lei 13.709/2018 alterada pela Lei 13.853/2019, em que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Danos (ANPD).

Corroborando Masseno (2020, p. 40) elucida que a Lei 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018, seria uma espécie de projeção tropicalizada do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que vai ao encontro da proteção das pessoas singulares (físicas) no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), o RGPD.

A RGPD diferencia-se da LGPD, segundo Masseno (2020, p.42) no que se refere as fontes gerais europeias, o percurso da RGPD já é de décadas, desde a Convenção do Conselho da Europa n. 108, de 28 de janeiro de 1981, em que há a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, passando pela

Diretiva 95/46/CE do parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, até a respectiva constitucionalização pelo Tratado sobre o Funcionamento da união Europeia (artigo 16) e a Carta dos Direitos Fundamentais da união Europeia (artigo 8) desde o Tratado de Lisboa (2007-2009), ambos os instrumentos com o mesmo valor formal que o Tratado da União Europeia, sem esquecer a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente o Acórdão Google Spain, proferido durante o processo legislativo que conduziu a RGPD e teve uma grande importância para o prosseguimento do mesmo e do seu conteúdo final.

Ainda nas palavras de Masseno (2020, p. 43), a LGPD ainda é uma novidade, ainda que relativa, o que já vigorava anteriormente era o dito “Marco Civil da Internet”, aprovado pela Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, regulamentado pelo Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, sendo assim tecnicamente o “Marco Civil” até será uma Lei Geral perante a LGPD, no que se refere aos tratamentos de dados realizados na internet, enquanto nos demais casos será aplicado por analogia, legis ou *iuris*.

Em consonância a Constituição Federal de 1988, trata da matéria de um modo fragmentário e indireto, além do habeas data, previsto no artigo 5º LXXII, considerado um remédio constitucional, só consta a proteção do direito pela vida privada previsto no artigo 5, XI.

Consoante a LGPD, como diz Sebold (2021, p.108) ela impactara radicalmente as empresas e órgãos públicos que tratam de dados de pessoas físicas, as novas tecnologias geram grandes quantidades de dados, sua coleta, seu compartilhamento e o monitoramento. O avanço da tecnologia continua a passos largos, os dados passaram para um nível acima de importância, de valor, instigando o crescimento da economia e refletindo fortemente nos números das empresas e na vida das pessoas, o que exigiu um regramento legal específico.

A LGPD vem acompanhando a necessidade do mercado e da tendência mundial, no momento em que passou a disciplinar e proteger de forma eficiente e rigorosa o tratamento de dados pessoais em nosso país, estipulando pesadas sanções quando assim for constatada violações a essas regulamentações.

A entrada em vigência da LGPD no ano de 2020 pegou muitos de surpresa devido ao momento de pandemia que não somente o nosso país como o mundo inteiro vem enfrentando. Isto posto, sua entrada em vigor pode ser considerada um obstáculo para as empresas que exploram atividades econômicas de forma predatória e irresponsável ao considerarem dados sensíveis como bens patrimoniais.

Ratificando que, no artigo 1º a LGPD se aplica ao tratamento de dados pessoais por pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado, a qual veio com intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Nas palavras de Rodrigues (2021, p. 52-53) a LGPD trouxe uma série de exigências e regulamentações para as empresas, exigindo grandes mudanças por parte dos colaboradores bem como dos atores empresariais responsáveis pela gestão da informação ao considerar como responsáveis pelos vazamentos de informações as empresas encarregadas da gestão e proteção de dados.

A regulamentação da LGPD não veio para limitar a atuação das empresas, mas sim para promover a inovação e a expansão segura dessas atividades, pois segundo Rodrigues (2021, p. 51) *“Na segunda metade do século XX a indústria tradicional passou a valorizar a informação e a tecnologia em maior escala, o que modificou o espaço geográfico global, e posteriormente culminou no advento da Terceira Revolução industrial, também conhecida como a era da informação”*.

Nesse escopo, o artigo 5º da LGPD, destaca os conceitos de dados pessoais e sensíveis:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- *dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
- *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 [...]*

Já, o artigo 2º traz os fundamentos dessa proteção de dados, disciplinando o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Ademais, o artigo 6º da LGPD elenca de modo exemplificativo um rol de princípios que deverão ser observados quando forem realizados os tratamentos de dados pessoais, quais sejam: o princípio da boa-fé objetiva, da finalidade, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não-discriminação, e o princípio da responsabilização e da prestação de contas.

Não obstante, os dados pessoais fazem parte das nossas vidas. Há todo momento eles são processados. Da pequena padaria da esquina ao Google. Assim sendo, a LGPD tem o condão de disciplinar a gestão de dados pessoais, eliminar ou ao menos reduzir consideravelmente os vazamentos de informações pessoais e garantir um cuidado maior no

tratamento dos dados por quem por algum momento tiver acesso. Ou seja, o vazamento de dados é algo frequente cada vez maior, gerando grandes impactos para as empresas.

Segundo Sebold (2021, p.112) a LGPD normatiza a propriedade e a forma como os dados pessoais são utilizados, bem como para reger e garantir a privacidade das informações pessoais, viu-se através dessa norma jurídica a necessidade de “resgatar a dignidade dos titulares de dados e seus direitos básicos relacionados a autodeterminação”.

Sobretudo, Sebold (2021, p.113) afirma que infelizmente ainda é uma lei desconhecida para muitos, mas não somente isso pois há uma despreocupação corporativa por parte das empresas de pequeno e médio porte, pois os mesmos ainda estão mais preocupados com a economia, política e alta carga tributária, do que com a adequação da empresa a Lei Geral de Proteção de Dados. Porém, isso tudo é inevitável, pois todos os órgãos públicos e empresas, independentemente do tamanho, obrigatoriamente precisaram se adequar as regras da LGPD.

Conquanto para que haja todas essas observâncias quanto ao cumprimento desse tratamento de dados a própria Lei 13.709/2018, com o propósito de tutelar de forma eficiente os dados pessoais (coleta, proteção, armazenamento, tratamento e transferência), criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), assumindo a mais alta autoridade de proteção de dados. Considerada uma autoridade estatal independente cuja tarefa é monitorar a implementação e adequação da LGPD, criando novos regulamentos de implementação, aplicando as normas existentes, protegendo dados pessoais e impondo sanções no caso de violações. A ANPD será composta pelo Conselho de Administração e pelo Conselho Nacional que atuará como órgão consultivo.

Enfatizando a respeito Rodrigues (2021, p. 58) diz que, os agentes de tratamento da informação que violarem as normas por ela estabelecidas,

ficaram sujeitos a sanções administrativas que variam de simples advertências a pesadas multas que podem levar rapidamente ao fim da atividade empresarial, de modo particular as empresas de pequeno porte que tenham a infelicidade de sofrer sucessivos vazamentos de dados pessoais.

O artigo 52 da LGPD engloba 8 (oito) sanções administrativas aplicadas quando do descumprimento da regulamentação, porém há que se inferir primeiramente um processo administrativo que possibilite a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, conforme preceitua o §1 do respectivo artigo, observando a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados e após comprovação do ilícito ocorrerá o bloqueio, a eliminação desses dados pessoais a que se referiu a infração, a suspensão temporária até 6 (seis) meses do funcionamento do banco de dados relacionados a essa infração, podendo ser prorrogado por igual período e por fim, a proibição total ou parcial do exercício da atividade relacionada a tratamento desses dados pessoais.

Imperioso mencionar que em detrimento as penalidades impostas pela LGPD a mesma oportuniza a possibilidade de pactuação de acordo de conciliação entre o titular dos dados e da empresa responsável pelo seu tratamento, caso haja comprovação da responsabilidade do controlador na quebra da segurança e sigilo da informação.

A partir disso, conclui-se que a LGPD foi inspirada pelo Regimento Geral de Proteção de Dados Europeu, destacando que ela não veio para inibir o crescimento das empresas de pequeno, médio ou grande porte, mas sim para prover maior poder ao titular detentor desses dados, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no tocante ao tratamento indevido de seus dados pessoais. Sobretudo para

a empresa, se tornando um diferencial competitivo pelo grau de respeito aos dados pessoais desse titular.

Previdência social e dados dos cidadãos

A seguridade social encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos artigos 194 a 204, subdividindo-se em assistência social, previdência social e saúde. Sendo que, a Previdência Social é a única de caráter contributivo, proporcionando aos contribuintes proteção em relação aos diversos riscos, quais sejam: doença, acidente, velhice, morte etc.

Nesse entendimento Ibrahim (2010, p.50), diz que a lei promulgada por Otto von Bismarck é conhecida como o marco primeiro da previdência social no mundo, uma vez que, os sistemas securitários tinham natureza exclusivamente privada, sem as garantias de um sistema estatal.

Já, no Brasil a Previdência Social nasceu com a Lei Eloy Chaves, mais precisamente em 24 de janeiro de 1923 (Decreto Lei n. 4.682), que assim determinou a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, as quais eram mantidas pelas empresas, o Poder Público não fazia parte, assim o dia 24 de janeiro é considerado oficialmente como o dia da previdência social no Brasil.

Ainda, nesse pensamento, Amado (2018, p. 82), informa que, no Brasil, a Constituição de 1891 foi a primeira brasileira a prever um benefício previdenciário. O artigo 75, garantia a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos que se tornaram inválidos a serviço da nação, mesmo não existindo contribuições previdenciárias para o consequente recebimento do benefício.

Ademais, as Constituições também fizeram parte da previdência social ao longo de toda história, como nos demonstra Ibrahim (2010, p. 63), a Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer a forma tríplice da

fonte de custeio, com contribuições do Estado, empregador e empregado, a Constituição de 1937 não trouxe novidades, a de 1946 foi a primeira a utilizar a expressão “previdência social” substituindo a expressão “seguro social”.

Antes INPS, ainda mencionado por muitos, atualmente o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia, a qual recebe as contribuições para a manutenção do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Isto posto, o acesso as informações públicas é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, previsto no artigo 5º, e conseqüentemente regulamentada pela Lei de Acesso a Informação (LAI), de 18 de novembro de 2011, que no caput do artigo 3, promoveu importante mudança de paradigma, tornando o acesso a informação regra e o sigilo a exceção.

Flores e Silva (2020, p.13) ratificam que o acesso a informação se tornou indispensável no Estado Democrático de Direito em que vivemos, tanto para cumprir as exigências sociais de uma sociedade que quer ser informada sobre os atos que envolvem direitos e manutenção de deveres relativos a Administração Pública, quanto para o próprio Poder Público, que realiza a coleta dos mais diversos dados sobre os quais tem interesse para a gestão pública. Informações presentes na relação democrática entre os indivíduos e entre estes e o Estado, o que é incrementado pelo uso crescente de tecnologias, que permitem a produção, distribuição e acesso a essas informações de forma cada vez mais célere. Resta saber se todo esse aparato tecnológico, bem como o recolhimento e o controle dos dados pessoais contribuem para fortalecer a democracia ou, ao revés, fragilizam os direitos fundamentais e a dignidade humana dos titulares, supedâneos dessa mesma democracia.

Ademais a informação é algo essencial e um direito de todos, conforme preceitua o artigo 37 da CF, em que esclarece que a atividade pública deve ser norteada pelos princípios constitucionais da publicidade e da moralidade. A transparência reveste-se duplamente, e a divulgação de informações beneficia tanto a população como o poder público, na medida em que a sociedade poderá exercer o acesso aos seus dados e que também servira ao Poder Público para propor políticas públicas que deverão ser devidamente adotadas.

A autarquia disponibiliza aos cidadãos diversos serviços on-line que facilitam a concessão de benefícios previdenciários e consequentemente dispensando o atendimento presencial. Atualmente temos os seguintes canais de atendimentos: a central de atendimento 135, MEU INSS e o site do INSS. Neles há um expressivo volume de dados dos cidadãos e consequentes transações realizadas diariamente.

Assim sendo, Orlando Filho (2020, p. 225-226) esclarece que o Portal dados.gov.br, principal publicador de bases de dados do governo brasileiro, que define como sendo dados abertos aqueles livremente disponíveis para uso e passíveis de serem redistribuídos, não sofrendo restrição de licenças, patentes ou quaisquer outros mecanismos de controle.

Nas palavras de Savaris (2020, p. 2) a LGPD institui que os órgãos públicos devem realizar os tratamentos dos dados conforme as suas finalidades:

“A LGPD determina que todos entes públicos devem realizar o tratamento de dados pessoais em vista de sua finalidade pública (art. 23). Isto é, o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público está autorizado apenas para execução de competências legais ou cumprimento das atribuições legais decorrentes de serviços públicos. Tratamentos de dados pessoais com finalidades diversas estão vedadas e, caso ocorram, devem ensejar a responsabilização do órgão ou

entidade envolvido. Os tratamentos deverão ser informados aos públicos em geral de forma clara, atualizada e em veículos de fácil acesso, preferencialmente eletrônicos (art. 23, inc. I). Além disso, devem estar em conformidade com as orientações que futuramente poderão ser emitidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (§1º)”.

O Brasil é signatário de Acordos que inferem sobre a proteção de dados na Previdência Social, quais sejam: O Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul (Decreto nº 5.722/2006) e também o Acordo Ibero-americano de Seguridade Social que se destaca pela inovação de proteção dos dados pessoais. Essa proteção submete os Estados membros a respeitar a segurança e o adequado tratamento dos dados das pessoas, ficando sujeito as normas internacionais de proteção de dados.

A proteção de dados no Brasil vigente desde agosto de 2020 acaba que impondo a Administração Pública uma série de deveres e responsabilidades, inclusive sobre a proteção de dados na previdência. Ocorre que esses dados, impactarão diretamente no INSS e no SUS, bem como em diversas organizações ligadas a seguridade social.

O artigo 7º da LGPD, abarca as bases legais que devem ser obedecidas quando do tratamento de dados trazendo pontos cruciais que introduzem a previdência:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;*
- para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
- 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;*
- para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;*

- *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;*
- *para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;*
- *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*
- *para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.*

Os governos, as organizações, os bancos e empresas podem usar os dados de qualquer pessoa até mesmo de você que está lendo esse artigo desde que justifiquem pelos incisos II a X ou então que o cidadão forneça o consentimento.

Sobretudo, há vários dados sensíveis utilizados pela seguridade social, contudo em se tratando de Previdência Social os dados mais utilizados são: CPF, data de nascimento, nome da mãe, e das doenças (CID) acometidas pelos segurados, merecendo uma maior proteção desses dados repassados a autarquia. Conforme dispõe o artigo 11 da LGPD.

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

- *quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;*
- *sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:*

[...]

Já em relação ao descarte e eliminação desses dados pessoais e informações, entende-se que eles não deverão ser excluídos ou eliminados, pois consistem em uma rica fonte histórica de informações, para fins estatísticos nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Sendo assim, o artigo 16 ampara essa continuidade na manutenção desses dados pessoais, por possibilitar em seu inciso II, estudos por órgão de pesquisa, garantida sempre que possível, a anonimização desses dados pessoais.

A autarquia através da DATAPREV possui um dos maiores bancos de dados do mundo, desde os anos 1970. Através do decreto 10.047/2019, o mesmo dispõe sobre a governança do Cadastro Nacional de informações Sociais (CNIS) e institui o programa Observatório de Previdência e informações, no âmbito do CNIS, assim sendo é responsável pela gestão e administração do tratamento de dados do CNIS bem como a proteção de dados na previdência. Assim prevê o artigo 23 da LGPD:

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

Nesse sentido, a Previdência Social sendo ela uma das espécies da seguridade social, juntamente com a assistência social e a saúde são amparadas pela Constituição Federal de 1988, e todos os dados que constam em sua base de dados devem estar inteiramente protegidos para

que não ocorra vazamento de dados, e continuar possibilitando aos segurados fácil acesso aos seus dados bem como para alterá-los, removê-los ou excluí-los.

Vazamentos de dados e dever de proteção

Como elucida Rodrigues (2021, p. 66) a LGPD revela tamanha preocupação com a segurança e o sigilo dos dados pessoais, encontrando respaldo no capítulo VII, seção I, ao estabelecer a necessidade dos controladores nos casos de incidente de segurança que possa acarretar potencial risco ou dano relevante aos titulares, os quais terão que adotar uma série de medidas de segurança, técnicas aptas a proteger os dados pessoais.

Ademais, Rodrigues (2021, p. 66) diz que: “Em caso de vazamento de dados, as empresas responsáveis pela segurança e gestão desses dados devem atender com velocidade os comandos da LGPD, de forma a evitar maiores prejuízos aos direitos individuais, coletivos e até mesmo da própria atividade empresarial”.

Sobretudo, Lara (2021, p. 143) enfatiza que a segurança de dados tem como finalidade proteger dados pessoais contra qualquer acesso não autorizado de terceiros, ataques maliciosos de crackers e exploração de dados. Porém, é inegável que a segurança de dados pode falhar.

Inúmeros veiculadores de notícias trouxeram a informação de que estavam ocorrendo vazamento de dados por parte do INSS, através de sistemas próprios denominado SISCON e HISCON. O que ocorria era que, antes mesmo de os segurados se aposentarem, já estavam sendo assediados pelas financeiras que promovem ofertas de crédito e cartão de crédito consignados em folha de pagamento.

A folha de São Paulo³ enfatiza que desde 2013 há notícia de vazamento de dados e, que precisamente em 2019, o então presidente do INSS Renato Vieira, reconheceu “inegável fuga de informações” e “aproveitamento indevido” de dados de segurados por empresas do ramo de crédito. Diante disso, no final de 2018, a instrução normativa do INSS nº 100/2018 determinou que os bancos só poderiam procurar aposentados e pensionistas para oferecer crédito consignado depois de seis meses (180 dias) da concessão do benefício. E que acaso o segurado desejasse efetuar empréstimos poderia desbloquear através das centrais de atendimento. Segue trecho da notícia:

“O segurado é obrigado a ceder dados pessoais para se aposentar, mas não quer dizer com isso que o INSS está autorizado a espalhar-los, sem o prévio consentimento. Essa situação tem viabilizado a prática abusiva do assédio comercial além de potencializar a criminalidade contra aposentados e pensionistas” Folha de São Paulo (out de 2020).

Ainda nas palavras de Lara (2021, p. 145) a consequência de um vazamento de dados para uma empresa de grande porte é drástica ao ponto que para a pequena e média empresa é algo possivelmente irreversível. Uma pesquisa realizada pela Cisco, considerada uma das líderes mundiais em proteção de redes, informou em um relatório que 72% das empresas de pequeno e médio porte que sofrem um ataque vão a falência em até 24 meses.

Em decorrência, o Governo também deve se preocupar com esses possíveis vazamentos, pois isso atinge não somente o mercado interno como também viola norma constitucional, conforme artigo 219 da Constituição Federal em que este integra o patrimônio nacional,

³ <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/10/inss-viola-dados-pessoais-dos-trabalhadores.shtml>. Acesso em 21 de junho de 2021.

considerado um bem e um direito de todos. Sopesando a importância de setores públicos e privados buscarem unificação mediante a proteção de dados pessoais.

Flores e Silva (2020, p. 17) assim alertam que [...] *os programas de armazenamento e banco de dados do Poder Público não são totalmente seguros, estando a mercê de invasões indevidas e vazamentos inesperados, dada a expertise e rapidez com que os hackers atuam.* [...]

Conforme Gonçalves (2019, p. 74) “Segundo estudo da Internet.Lab, em análise de 13 (treze) softwares da administração nacional ou regional, foram encontradas “flagrantes violações da privacidade dos cidadãos, principalmente no que toca a coleta de informações sem autorização e sem necessidade, uma vez que tais dados não são essenciais para a utilização dos aplicativos”. De acordo com o estudo, na esfera federal, foram analisados os aplicativos do Bolsa Família, Caixa Econômica Federal, Anatel Consumidor, FGTS, Meu INSS, SNE (Sistema de Notificação Eletrônica, do Denatran), Meu Imposto de Renda e CNH Digital.”

Esses usos de informações vão de encontro as discussões atinentes a privacidade, finalidade e do mínimo necessário para coleta e tratamento, pois conforme se vislumbra ao acessar alguns desses canais de atendimento nenhum desses aplicativos solicita o consentimento expresso e específico para acesso aos dados pessoais desses usuários, havendo apenas uma autorização genérica no instante a instalação.

Nesse contexto, em consonância a entrada em vigor da LGPD, será necessário que o governo avalie e se adapte a essas novas regras, investindo em maior transparência quanto a política de privacidade e ao uso e tratamento dos dados coletados pelos canais de atendimento, principalmente pelo MEU INSS.

Na relação previdenciária, o controlador é a autarquia (INSS) e o operador é o servidor público responsável pela gestão desses dados, assim

sendo deverão ser responsabilizados o autor do compartilhamento ou vazamento dos dados, conforme preceitua o artigo 43 da LGPD.

Ademais Savaris (2020, p.4) esclarece: “*Sendo a proteção de dados pessoais um dever diretamente vinculado ao direito fundamental a intimidade (artigo 5º, inciso X, CF), eventuais danos tendem a ser, em especial, de caráter moral. Isso porque o “dano moral” refere-se a “lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia”.*”

Nesse escopo, para que haja proteção desses dados pessoais a própria LGPD nos traz em seu artigo 46 que deverão ser adotadas medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger esses dados não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Assim sendo, Lara (2021, p. 149) enfatiza que caso haja esse vazamento de dados deverá ser adotado um planejamento emergencial em que deverá ser dividido em três etapas fundamentais: preparação, resposta e avaliação. Devendo ser realizado um relatório sobre o incidente.

Sobretudo Lara (2021, p. 151) esclarece que esse relatório não é o mesmo que o PIA (*Privacy Impact Assessment*). O PIA é um relatório realizado antes de qualquer vazamento e que contém os *risk assessments* (avaliação de riscos) das operações que “mapeiam as principais atividades de tratamento e os potenciais impactos negativos aos direitos dos titulares de dados. Este faz parte da fase da preparação, em que nele deve conter a descrição dos processos, seja tratamento, armazenamento e que podem gerar riscos e violações de direitos fundamentais.

A LGPD traz nos artigos 52 a 54, o regramento específico para as empresas que não se adequarem, ou seja a parte sancionatória, mais precisamente no artigo 52, as espécies possíveis que vão desde a mais

branda a advertência mais severa e conseqüentemente proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas aos tratamentos dos dados. Hipóteses essas consideradas taxativas, ou seja, não será admitida outras formas de caráter sancionatório. Importante esclarecer que não serão sanções penais e sim administrativas.

Corroborando Greco (2021, p. 450) enfatiza que a LGPD trouxe um sistema sancionatório e com ele um escalonamento das penalidades a serem impostas, constatação derivada do Princípio da proporcionalidade, uma vez que entende não ser razoável a aplicação de uma pena mais severa quando a infração é considerada de menor ponta bem como uma sanção ínfima para punir um ilícito de elevada gravidade.

Entretanto Greco (2021, p. 445) [...] atribui que embora haja a taxatividade deste rol sancionatório, fato é que a LGPD preferiu, para a fase da dosimetria, privilegiar àquele que tomou medidas preventivas para se evitar ou minimizar a ocorrência do ilícito administrativo, numa clara demonstração de que o espírito normativo veio imbuído muito mais de um caráter preventivo do que repressivo propriamente.

O artigo 48 da LGPD prevê a comunicação em prazo razoável a ANPD, sendo importante avaliar se é caso de comunicação as autoridades. Ainda não há prazo estabelecido pela Lei, diferentemente da GDPR que compreende ser um prazo razoável a comunicação a autoridade no período de 72 horas.

Flores e Silva (2020, p. 26) afirmam que embora a ANPD demonstre um caráter inovador, ainda suscita dúvidas e receios, principalmente, sobre como será realizada a sua fiscalização na prática, implicando certa insegurança por conta da centralização nas mãos desses órgãos.

Conquanto Flores e Silva (2020, p. 27) concluem que, com a criação da ANPD, muitas serão as expectativas relacionadas a fiscalização e ao

cuidado no tratamento dos dados pessoais sensíveis, principalmente no que tange a atuação do Poder Público.

Nesse contexto, para que não ocorra mais vazamento de dados por parte do Poder Público, dando ênfase aos dados diretamente relacionados a Previdência Social deverão ser adotadas políticas públicas que contenham proteção a esse incidente de segurança, ou seja, um plano emergencial, caso venha a ocorrer esses vazamentos. Ao passo que, esses dados repassados a autarquia deverão ser protegidos e respeitados segundo as regras e a legislação específica vigente. Contudo, para que haja a conscientização dos servidores públicos deverão ser realizados treinamentos e preparação desses servidores que tratam dados pessoais para que os mesmos tenham ciência de que, caso haja má-fé serão responsabilizados.

Conclusão

Diante do exposto, procurou-se demonstrar de forma clara os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais frente a Previdência Social, que movimenta diariamente um alto volume de dados, enfatizando que políticas públicas deverão ser adotadas para que não ocorra vazamento de dados.

Assim sendo, no primeiro capítulo foi estudado a conceituação da Lei Geral de Proteção dos Dados, inspirada pela Regimento Geral de Proteção de Dados Europeu, destacando que ela não veio para inibir o crescimento das empresas de pequeno, médio ou grande porte mas sim para prover maior poder ao titular detentor desses dados, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no tocante ao tratamento indevido de seus dados pessoais. Sobretudo para a empresa

sendo considerado um diferencial competitivo pelo grau de respeito aos dados pessoais desse titular.

Já no segundo capítulo, foi dado enfoque a Previdência Social sendo ela uma das espécies da seguridade social, juntamente com a assistência social e a saúde são amparadas pela Constituição Federal de 1988, em que todos os dados que constam em sua base de dados devem estar inteiramente protegidos para que não ocorra vazamento de dados.

E, por fim, no terceiro capítulo, ponto modal do trabalho enfatizou a importância de evitar vazamento de dados por parte do Poder Público, diretamente relacionados a Previdência Social devendo ser adotadas políticas públicas para esse condão que contenham proteção a incidentes de segurança, ou seja, um plano emergencial, caso venha a ocorrer vazamento de dados. Contudo, para que haja a conscientização dos servidores públicos deverão ser realizados treinamentos e preparação desses servidores que tratam dados pessoais para que os mesmos tenham ciência de que, caso haja má-fé serão responsabilizados.

Por fim, conclui-se que a Lei Geral de proteção de Dados Pessoais veio para amparar e proteger um direito fundamental e que o Poder Público deve evitar ao máximo para que não seja violado esse direito previsto em nossa Constituição Federal, enfatizando a importância de mecanismos a serem adotados para evitar que ocorra vazamento de dados, principalmente em se tratando de previdência Social que como bem sabemos movimenta alto volume de dados diários.

Referências

MASSENO, Manuel David. A segurança dos dados na LGPD brasileira: uma perspectiva europeia, desde Portugal. **Proteção de dados pessoais em perspectiva. LGPD e RGD na ótica do direito comparado.** Organização de Marcos Wachowicz. UFPR. Curitiba, PR, 2020.

SEBOLD, Robson Fernando. Gerenciar riscos para proteger dados pessoais: Análise de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados. **Empresas e implementação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Coordenador Tarcísio Teixeira. Editora JusPodivm, Salvador, BA. 2021.

RODRIGUES, Eduardo Bueno. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e Data Mapping (Mapeamento de dados): desafios, perspectivas e como se adequar à nova Lei na Prática. **Empresas e implementação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Coordenador Tarcísio Teixeira. Editora JusPodivm, Salvador, BA. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 13.709, 14 de agosto de 2018. **Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm> . Acesso em 20 dez. 2020.

KOETZ, Eduardo. **Proteção de Dados na Previdência Social**. Disponível em: < <https://koetzadvocacia.com.br/protacao-de-dados-previdencia-social/#:~:text=Pelo%20decreto%2010047%2F2019%2C%200,buscar%20o%20fomento%20da%20pesquisa.>> Acesso em 20 dez 2020.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FLORES, Mariana Rocha de; SILVA, Rosane Leal da. **Desafios e perspectivas da proteção de dados pessoais sensíveis em poder da administração pública: entre o dever público de informar e o direito do cidadão de ser tutelado** | *challenges and perspectives for the protection of sensitive personal data in power of the public administration: between the public duty to inform and the citizen's right to be protected*. REVISTA DE DIREITO | VIÇOSA | ISSN 2527-0389 | V.12 N.02 2020.

OLIVEIRA, Douglas Gomes de; FILHO, Ovídio Orlando. **Avaliação dos Dados Abertos da Previdência Social**. Revista Cesgranrio. 2019. Disponível em: < <https://revistas.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/1757>>. Acesso em 20 de dez de 2020.

SAVARIS, Mariana Randon. **A responsabilidade civil do Estado como agente de tratamento de Dados Pessoais (LGPD, arts, 23-32)**. 2020. Disponível em: < <https://justen.com.br/pdfs/IE163/IE163-Mariana-RespCivilEstAgenteTratDadosPessoaisLGPD.pdf>> Acesso em 20 de dez de 2020.

LARA, Larissa Leandro. A importância do Plano Emergencial de incidente de vazamento de dados diante de um cenário extremamente incerto. **Empresas e implementação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Coordenador Tarcísio Teixeira. Editora JusPodivm, Salvador, BA. 2021.

GONÇALVES, Tania Carolina Nunes Machado. **Gestão de Dados Pessoa e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília UniCEUB, 2019.

GRECO, Patrícia Gasparro Servilha. O caso fortuito como excludente de responsabilidade civil e administrativa na LGPD. **Empresas e implementação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Coordenador Tarcísio Teixeira. Editora JusPodivm, Salvador, BA. 2021.

A tutela antecipada posteriormente revogada e o caráter alimentar dos benefícios previdenciários

*Andressa Flávia Garcia Fagundes¹
Edimara Sachet Risso²*

1 Introdução

O estudo da necessidade e da legalidade da devolução dos valores recebidos em razão da concessão da tutela antecipada posteriormente revogada dos benefícios previdenciários se justifica diante da grande demanda de ações previdenciárias e do seu grau de importância e urgência.

O ordenamento jurídico brasileiro fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e o Direito Previdenciário é destinado exatamente para sanar as necessidades básicas do ser humano para uma vida digna. Sempre que o direito à concessão de benefícios previdenciários não for reconhecido na esfera administrativa, a tutela jurisdicional é acionada, de modo a que o caráter alimentar do benefício seja concretizado.

Assim, trata-se não apenas de uma discussão teórica, mas uma abordagem da real necessidade e legalidade da devolução dos valores recebidos, através da tutela antecipada posteriormente revogada dos benefícios previdenciários, pois se verifica, de um lado, a importância dos

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 134680@upf.br

² 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>.

valores na vida dos beneficiários e, de outro lado, a importância dos valores aos cofres públicos.

A importância aumenta quando as divergências no entendimento acerca do tema também está presente no Poder Judiciário, uma vez que os entendimentos nos Tribunais causam dúvidas fundadas quanto à aplicabilidade do atual precedente formado no regime dos recursos repetitivos.

O objetivo geral é discutir a necessidade e a legalidade da devolução dos valores recebidos em sede de tutela antecipada posteriormente revogada dos benefícios previdenciários, e, para isso, é necessário analisar o instituto da tutela provisória, em especial sua espécie denominada tutela de urgência, discorrer sobre os benefícios previdenciários, e, finalmente, relacionar os posicionamentos existentes acerca da devolução dos valores recebidos através da tutela antecipada posteriormente revogada dos benefícios previdenciários.

Dessa forma, no primeiro momento, são abordadas as espécies de tutela, em especial a tutela de urgência, bem como os seus requisitos; além disso, será analisada a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Na segunda parte, será analisado o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), os benefícios previdenciários e o processo previdenciário. E, na terceira parte, será analisada a precariedade da tutela antecipada, o enriquecimento sem causa, e, as análises jurisprudenciais da legalidade e a necessidade da devolução dos valores recebidos através da tutela antecipada posteriormente revogada dos benefícios previdenciários.

2 Tutela jurisdicional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) abriga uma série de garantias constitucionais aos cidadãos, em especial – e como um dos princípios básicos da ordem jurídica –, a inafastabilidade

da jurisdição, ou seja, o direito de cada cidadão acessar e alcançar uma justa prestação jurisdicional. Desse modo, o cidadão, consciente de sua garantia constitucional de acesso à justiça, intensificou a busca pela tutela do Poder Judiciário, aumentando o número das demandas judiciais.

Nesse sentido, o Código Buzaid de 1973, tornou-se ineficaz perante as demandas atuais, pois, naquela época, o número de processos não era tão significativo, e por isso, esse Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) foi revogado, com a aprovação de um novo Código de Processo Civil (CPC/2015). Um dos objetivos da nova legislação foi simplificar os procedimentos judiciais de acordo as necessidades do momento histórico, social e com base no contexto do Estado Constitucional, tendo como princípios a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica.

Por sua vez, o Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, que Promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, estabelece a garantia do prazo razoável em seu artigo 8º, Garantias Judiciais, n° 1, verificando-se assim, que a morosidade na entrega da prestação jurisdicional, é um problema marcante nos mais variados ordenamentos jurídicos, ou seja, um problema mundial. Nesse contexto, surgiu a “Tutela de Urgência”, que se caracteriza como uma das espécies do instituto da tutela provisória, que tem como cerne o perigo de dano decorrente da morosidade nos processos civis.

2.1 Espécies de tutela

A tutela definitiva “é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA;

OLIVEIRA, 2015, p. 561-562). Já, a tutela provisória tem como objetivo eliminar os riscos de dano ou injustiça decorrentes dos males do tempo, sempre longo, dos processos judiciais. As tutelas provisórias são provimentos iminentes utilizados para evitar ou diminuir os transtornos/problemas suportados pela parte que acredita estar em uma situação de vantagem possivelmente tutelada pela ordem jurídica material (*fumus boni iuris*). E, sem dispor dos instrumentos para evidenciar facilmente a soberania em torno do objeto litigioso, a parte demandante, de acordo como o procedimento comum, precisaria se negar de seu gozo, ou teria o perigo de ver o seu direito acabar/sucumbir até o término dos trâmites processuais (*periculum in mora*) (THEODORO JÚNIOR, 2018).

De acordo com Bueno, as técnicas das tutelas provisórias giram “em torno da presença da ‘urgência’ ou da ‘evidência’, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor” (2016, p. 266). Isto é, com relação às classificações da tutela provisória, há três espécies, sendo a primeira espécie: a estabelecida de acordo com a urgência ou a evidência; a segunda espécie: antecedente ou incidente, e no final, a terceira espécie: antecipada ou cautelar. Sendo assim, a primeira espécie está no artigo 29, caput, do CPC/15, onde trata da classificação da tutela quanto à sua fundamentação. De acordo com o dispositivo, a tutela provisória pode ser fundamentada na urgência ou evidência. Já a segunda espécie está prevista no artigo 294, parágrafo único, do CPC/15: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”, desse modo, a tutela provisória de evidência só pode ser requerida em caráter incidental. E, por último, a terceira espécie: satisfativa ou cautelar, onde é possível antecipar temporariamente a satisfação ou a cautela do direito afirmado.

2.2 Tutela de urgência

A “Tutela de Urgência” é um instituto que permite antecipar um provável resultado da ação. Requerer a tutela de urgência nas ações previdenciárias dá-se razão pela qual os benefícios têm caráter alimentar e, também, porque o lapso temporal pode colocar em risco o direito do beneficiário. A tutela de urgência é provisória e sumária, isto é, não se reveste de caráter definitivo, e a cognição não é exauriente, essas características dão suporte a duas possibilidades: pode-se revogar ou modificar a tutela que seja eventualmente concedida no curso do processo, tornando possível a necessidade da devolução das prestações recebidas pelo segurado em ação previdenciária aos cofres públicos.

É importante compreender a tutela de urgência, porque, como as verbas previdenciárias têm caráter alimentar, esse caráter faz com que as tutelas de urgência requeridas sejam normalmente concedidas através das decisões interlocutórias, conseqüentemente, essas tutelas podem ser modificadas ou revogadas, ou seja, o beneficiário corre o risco de precisar devolver os valores concedidos através da tutela antecipada de urgência. A atual legislação processual divide os provimentos jurisdicionais em duas categorias: “Tutela Definitiva” e “Tutela Provisória”. Na presente pesquisa, importa o estudo da tutela provisória, em especial, a tutela de urgência, que é a sua espécie, porém, para se compreender a tutela provisória, é necessário também, compreender a tutela definitiva.

A tutela provisória de urgência possui determinados requisitos, classificados pela doutrina em gerais e específicos. Os requisitos gerais são a probabilidade do direito e perigo da demora, já o específico trata da reversibilidade.

A probabilidade do direito, disposta no caput do artigo 300 do CPC/15, é o requisito que trata sobre a existência do direito pleiteado. Para

a sua caracterização, basta que o direito seja, pelo menos, provável, ou seja, verossímil (GONÇALVES, 2016). Conforme, Didier Júnior, Braga e Oliveira, “a probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito)” (2015, p. 595).

O perigo da demora é o segundo requisito geral e sintetiza os termos “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, que ali estão descritos no caput do art. 300 do CPC/15. O perigo da demora exterioriza a urgência inerente ao direito postulado pela parte. Desse modo, deve haver urgência no pedido para que justifique a sua concessão em sede de tutela provisória. Enfim, Gonçalves pontua que “as de urgência só poderão ser deferidas se houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (2016, p. 365).

O requisito específico é a reversibilidade — requisito específico da tutela provisória antecipada, conforme dispõe no §3º, do art. 300 do CPC/15 a “a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Nessa situação, segundo Gajardoni, Dellore e Roque e Oliveira Jr. (2018), toda decisão é juridicamente reversível – considerando que ela pode ser reformada ou rescinda –, mas, no dispositivo legal acima mencionado, o legislador se refere à reversibilidade fática, que é a possibilidade de ser restabelecido o status quo ante após ser proferida a decisão. Esse requisito é importante para o presente trabalho, pois, como se verificará adiante, a reversibilidade é um dos argumentos utilizados em defesa da necessidade da devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada, porém, revogada dos benefícios previdenciários, ou melhor, a tutela em questão só tinha sido deferida porque existia a possibilidade de reverter essa

decisão e, revertendo a decisão tem-se o dever de devolver os valores das prestações previdenciárias aos cofres públicos.

Levando-se em consideração esses requisitos gerais e específicos, nota-se que, ao ser concedida a tutela de urgência no início do trâmite de um processo judicial previdenciário, o juiz analisou cada requisito. É um momento relevante no processo, pois, de um lado, há o juiz, que não pode correr o risco de cometer injustiça ao verificar a probabilidade do direito, o perigo de dano ou resultado útil do processo, e a possibilidade de reversibilidade da decisão; sendo que, referente a esse último requisito cabe ao advogado da parte litigante esclarecer ao seu cliente a possibilidade de devolução das prestações previdenciárias que outra ora fora deferida, ou seja, essa atuação do advogado é indispensável para se evitar transtornos futuros com relação a necessidade da devolução dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários.

Desse modo, é possível compreender a necessidade de requerer a tutela provisória no início dos processos previdenciários, pois, seria um problema se caso o segurado recebesse somente no final do processo os valores dos benefícios previdenciários que na verdade precisava há muito tempo, e, sendo esses valores indispensáveis para a sua própria sobrevivência; todavia, não se pode permitir que nos casos onde foi respeitado o devido processo legal, e no término foi julgado improcedente o pedido – ou seja, o beneficiário do INSS não tinha o direito requerido – seja admitido a possibilidade de não precisar devolver aos cofres públicos o dinheiro recebido indevidamente.

2.3 Tutela antecipada contra a Fazenda Pública

O termo pessoa, em termos jurídicos, significa todo ser incumbido de personalidade, que se conferem direitos e obrigações no meio civil, de forma a participar da vida jurídica. O Código Civil de 2002 (CC/02),

estabelece o regime jurídico das pessoas, classificando-as em pessoas naturais (Título II) e pessoas jurídicas (Título III). As pessoas jurídicas são de direito público (interno ou externo), e de direito privado. Conforme o artigo 41 do CC/02, são pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas; as demais entidades de caráter público criadas por lei. Sendo assim, incluem-se na conceituação de pessoas jurídicas de direito público as fundações públicas e as agências reguladoras, essas com natureza de autarquias especiais (RISSO; BUZETTI, 2009). O termo Fazenda Pública, está relacionado com a área da Administração Pública responsável pelas finanças estatais (CUNHA, 2016).

O crédito pecuniário contra a Fazenda Pública exige o pagamento através de precatórios, na forma do artigo 100 da CRFB/88, com procedimentos regulados pelos arts. 534 e 535, ambos do CPC/15. Para Benucci “o precatório é a fórmula através da qual o Poder Judiciário solicita ao Poder Executivo que tome precauções orçamentárias para o pagamento de ordem judicial” (2001, p. 78). E, de acordo com Pereira, é um “documento singelo, que discriminará o montante devido, indicando os beneficiários e a autoridade requisitante” (2003, p. 426), assim, a autoridade competente retira certo valor do cofre público para realizar o pagamento de uma dívida que é objeto de condenação, contra a Fazenda Pública (RISSO; BUZETTI, 2009, p. 29).

É natural a exigência do trânsito em julgado para o pagamento por precatório ou mesmo de pagamento de dívidas de pequeno valor, só tendo relevância na obrigação de pagar quantia, sendo inutilizável nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa (NEVES, 2016).

Desse modo, as despesas e as receitas do Poder Público devem constar no orçamento público (RISSO; BUZETTI, 2009). O orçamento

público é regulado por princípios, que “objetivam proporcionar uma maior facilidade no controle de sua execução” (ROSA JUNIOR, 2007, p. 75). Segundo Risso e Buzetti (2009), a concessão de tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública não dificulta o equilíbrio orçamentário, pois existe previsão no orçamento de recursos para as decisões de mérito e para as decisões interlocutórias. E, em complementação, Neves (2016) afirma que é necessário observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para evitar danos ao direito que é presumível, sendo que, o caráter de irreversibilidade da tutela, não pode ser fundamento para a sua não concessão.

3 Previdência Social

A seguridade social é formada pelas ações do Poder Público e da sociedade, e tem a finalidade de garantir os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme as orientações do artigo 194, da CRFB/88. Essas garantias são conhecidas como o “tripé da seguridade social”: saúde pública, previdência social e assistencial social. Garantir esses direitos é responsabilidade do Estado; é dele a incumbência de manter o equilíbrio econômico e o bem-estar social, ou seja, ele deve trabalhar para manter o equilíbrio e a ordem social que é de interesse da sociedade como um todo. A Previdência Social, está prevista nos arts. 201 e 202 da CRFB/88, ligada diretamente aos direitos fundamentais, sendo relacionada com a noção do Estado Democrático de Direito. A Previdência Social atual protege o beneficiário desde a sua concepção até a morte, cumprindo, então, com o fundamento constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta Constitucional Brasileira de 1988.

3.1 Regime Geral da Previdência Social

Acerca dos regimes previdenciários, a Constituição Federal prevê duas categorias: o regime público e o regime privado. Santos explica que o primeiro possui caráter obrigatório e refere-se ao “o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), o regime previdenciário próprio dos servidores públicos civis e o regime previdenciário próprio dos militares”. Por sua vez, a segunda categoria corresponde à previdência complementar, e apresenta caráter complementar, e, não obrigatório; e, encontra sua previsão legal no artigo 202 da Constituição Federal; porém, a presente pesquisa está desenvolvida de acordo com a aplicação do RGPS (SANTOS, 2020, p. 176).

A Lei n. 8.213/1991 rege o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), conhecida como Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) ou Lei de Benefícios (LB), sendo considerado como o principal regime previdenciário interno. Ele é administrado por uma autarquia federal, chamada de Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que tem como principal encargo a organização da previdência social, porém, embora também administre benefícios de caráter assistencial (IBRAHIM, 2016, p. 172). Na organização da previdência, o INSS é responsável por conceder e manter benefícios.

A previsão legal do RGPS encontra-se no artigo 201 da Constituição Federal e, de acordo com o referido artigo, possui caráter contributivo, sendo de filiação obrigatória e deve fixar critérios para a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

Leitão e Meirinho (2016, p. 125) explicam que não existe a possibilidade da pessoa que trabalha não se filiar ao regime previdenciário, sendo que o exercício de atividade remunerada vinculada à previdência impõe a filiação obrigatória, ainda que contra a vontade do trabalhador.

Conforme Castro e Lazzari (2016, p. 97) explicam, a Constituição Federal de 1988 determina, nos seus artigos 40, caput, e 201, caput, que os regimes da Previdência Social têm caráter contributivo, e, é "instituída por contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas" conforme dispõe no artigo 149 da CRFB/88. Ainda, segundo Santos (2013, p. 142), o caráter contributivo da Previdência Social é caracterizado pelo pagamento das contribuições, sendo elas as responsáveis pelo financiamento do sistema.

A Portaria nº 464, de 19 de novembro de 2018, dispõe sobre as normas aplicáveis às avaliações atuariais dos regimes próprios de previdência social (RPPS) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e estabelece parâmetros para a definição do plano de custeio e o equacionamento do déficit atuarial, sendo que, de acordo com o artigo 1º, § 2º “o ente federativo deverá garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS”, e “sendo responsável, nos termos da Lei nº 9.717, de 1998, pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários”. Verifica-se assim, a importância do INSS realizar de maneira devida os pagamentos de benefícios previdenciários, uma vez que é dele a responsabilidade de manter o equilíbrio financeiro, inclusive, se caso faltar dinheiro.

3.2 Benefícios previdenciários

O benefício previdenciário é um valor pago mensalmente pelo INSS aos seus segurados, ou melhor, um valor pago para as pessoas que

contribuem com o. O artigo 18³ da Lei nº 8.213/1991 apresenta um rol dos benefícios e serviços do Regime Geral da Previdência Social. Existem várias espécies de benefícios previdenciários e, após a Reforma da Previdência (EC n. 103/2019), muitos destes benefícios sofreram significativas alterações, mas o rol foi mantido.

Para fazer jus ao benefício, além da qualidade de segurado, devem-se cumprir certos requisitos exigidos para sua concessão, que variam de acordo com cada espécie de benefício.

O benefício previdenciário difere de benefício assistencial. Os benefícios assistenciais previstos na LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social - Lei n. 8.742/1993) não possuem caráter contributivo, de modo que podem ser pagos à qualquer pessoa que cumpra os requisitos, independentemente de ter contribuído com a Previdência Social.

Conforme explica Tavares (2015, p. 137), os benefícios previdenciários são prestações do RGPS pagas aos segurados ou seus dependentes para que sejam fornecidas a subsistências dessas pessoas quando estiverem impedidas de obter renda, auxiliar nas despesas com a família ou, ainda, amparar aqueles que dependiam do segurado que veio a falecer ou ser preso.

O INSS analisa a existência dos requisitos legais para a concessão do benefício em sede de processo administrativo. Presentes os requisitos, o benefício é implantado. Ausentes, há o indeferimento e ao beneficiário

³ Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de serviço; c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006) d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; i) abono de permanência em serviço; (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994) II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: a) pecúlios; (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995) b) serviço social; (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019) (Revogada pela Medida Provisória nº 955, de 2020) Vigência encerrada b) serviço social; (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019) (Vigência encerrada) b) serviço social; c) reabilitação profissional.

resta a via judicial para reavaliação das provas do cumprimento dos referidos requisitos.

3.3 Processo previdenciário

Existe uma exigência para propositura de ação de natureza previdenciária: a comprovação do prévio ingresso na via administrativa. Um assunto já discutido nos Tribunais, porém, frequentes nas lides previdenciárias (CASTRO; LAZZARI, 2020). Ainda, conforme Castro e Lazarri, “a necessidade de prévia manifestação do Poder Público como condição para invocar a prestação jurisdicional pode, aparentemente, significar lesão ao direito de ação garantido pela Constituição, no artigo 5º, inciso XXXV” (2020, p. 1421). Desse inciso, infere-se que apenas os casos de lesão ou ameaça de lesão a direito serão analisados pelo Poder Judiciário.

Desse modo, se é claro que não se afastará lesão ou ameaça ao direito de ação no Poder Judiciário, também é indispensável a necessidade do INSS se manifestar previamente sobre o deferimento ou não de um benefício previdenciário, configurando uma lide (AMADO, 2017).

A necessidade ou a desnecessidade da comprovação do prévio ingresso na via administrativa, conforme explica Amado, é um assunto relacionado com o “Princípio da Separação dos Poderes, núcleo intangível da Constituição Federal de 1988, apesar de se saber que a separação de funções é relativa, havendo um sistema de freios e contrapesos, vez que o poder só é limitado pelo próprio poder” (2017, p. 1248).

O Poder Judiciário é competente para controlar a legalidade dos atos comissivos e omissivos da Administração Pública, assim, quando os beneficiários do INSS passam a requerer diretamente os benefícios ao Poder Judiciário, de controlador da legitimidade dos atos administrativos,

o Poder Judiciário passa a exercer a função administrativa, o que não condiz com o Princípio da Separação dos Poderes (AMADO, 2017).

Os requerimentos administrativos de concessão ou revisão dos benefícios do RGPS são examinados pelo INSS, sendo a autarquia federal encarregada do regime. Para conduzir o sistema, o INSS deve contar com uma estrutura administrativa que possibilite a correta avaliação dos requerimentos. Sendo o INSS uma autarquia federal, integrante da Administração Pública, prestadora de serviço público, atua com base no exercício de função típica, de atribuição guiada pela Constituição ao Poder Executivo, não podendo ser delegada direta ou indiretamente aos outros Poderes. Assim, cabe ao INSS a incumbência típica de processar e julgar o requerimento administrativo de concessão e revisão do benefício previdenciário. Tem-se assim, a compreensão de que o benefício ou a revisão dele deve ser requerido ao INSS antes de ser requerido ao Poder Judiciário (SANTOS, 2020).

Serau Junior (2014) explica que o constituinte, ciente da realidade da Justiça Federal brasileira, estabeleceu a especificação do § 3º do artigo 109 (similar com o artigo 15, inc. III, da Lei 5.010/1966, que regulamenta a competência dessa Justiça), a qual se verifica a autorização da Justiça Estadual para julgar assunto previdenciário em caso de não existir na Comarca uma Vara Federal. Assim dispõe o referido artigo 109, § 3º, da Constituição Federal: “Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

Os segurados têm interesse de agir e, por isso, existe a necessidade de uma ação judicial quando a pretensão do segurado encontra um resultado negativo na via administrativa, diante do indeferimento do

pedido requerido ou pela omissão durante atendimento do INSS (CASTRO; LAZZARI, 2020).

4 Tutela antecipada de urgência nos benefícios previdenciários

Intensa controvérsia encontra-se na divergência jurisprudencial dos Tribunais Superiores brasileiros, a respeito da devolução ou não das verbas previdenciárias concedidas por meio de tutela antecipada que venha ser posteriormente revogada.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), durante bastante tempo, adotaram posicionamento em sentidos opostos, sendo que, o primeiro argumentava não existir a necessidade da devolução dos valores previdenciários, por causa da natureza alimentar do benefício, assim como, a boa-fé do beneficiário; já o segundo argumentava, ou melhor, ainda argumenta que deve ter a devolução desses valores recebidos, levando em consideração a precariedade do instituto que os concede, e, também, a vedação ao enriquecimento sem causa.

Desse modo, os Tribunais Regionais Federais passaram a oscilar em seu posicionamento, sendo que, alguns deles seguiram o entendimento do STF e outros seguiram o entendimento do STJ, causando um ambiente de insegurança jurídica, por conta dessa controvérsia gerada pela falta de alinhamento entre o posicionamento dos Tribunais Superiores. Assim, o presente tópico irá analisar de forma jurisprudencial os principais aspectos dessa discussão que tem relevante insegurança jurídica no meio previdenciário.

4.1 Precariedade da tutela antecipada e o enriquecimento sem causa

Os principais argumentos utilizados em favor da devolução dos valores pagos indevidamente aos cofres públicos, pontuam-se na

precariedade da tutela antecipada e na vedação ao enriquecimento sem causa.

Balduino (2020) explica que o argumento da precariedade da tutela antecipada em que se baseia o STJ, significa possibilidade de reversão por não se tratar de uma decisão definitiva, porém, uma decisão provisória. Assim, o CPC/15 referente a tutela de urgência em seu artigo 300, traz no § 3º, a previsão de que esta não será concedida se houver perigo de irreversibilidade. Didier Junior (2017) concorda com o que dispõe no referido dispositivo legal, uma vez que a tutela antecipada se baseia em um juízo de cognição sumária e juízo de verossimilhança, assim, no seu ponto de vista é “prudente” que tais efeitos fossem reversíveis, nas suas palavras “conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva” (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 680). Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 414) “não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável”, o que para segundo os autores seria uma incoerência.

O artigo 115 da Lei 8.213/91 sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social dispõe que pode ser descontado dos benefícios o “pagamento administrativo ou judicial de benefício previdenciário ou assistencial indevido, ou além do devido, inclusive na hipótese de cessação do benefício pela revogação de decisão judicial, em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da sua importância, nos termos do regulamento” (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019). No julgamento do REsp: 1401560 MT que firmou o entendimento do STJ, o ministro relator salientou que o referido dispositivo é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição, onde “uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a

desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrário sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional”.

A discussão do Tema Repetitivo nº 598 que teve o Leading Case REsp 1350804/PR, o STJ firmou a tese de que apesar do que está expresso na lei a inscrição em dívida ativa não seria o melhor meio de cobrança para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no artigo 115, II, da Lei n. 8.213/91 e que estes deveriam submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil. Desse modo, para que fosse possível a inscrição em dívida ativa, a Lei 8.213/91 passou a prever expressamente essa situação no § 3º do dispositivo, onde há a previsão de inscrição em dívida ativa dos créditos constituídos pelo INSS em consequência desses benefícios pagos indevidamente, até na hipótese de cessação do benefício pela revogação de decisão judicial, ou seja, na situação de revogação de tutela antecipada, com redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019.

O juiz relator do REsp: 1401560 MT retratou ainda que:

[...] quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Malsucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa.

O enriquecimento encontra-se expresso legalmente no artigo 884 do Código Civil (CC), o qual aduz que "aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários". Desse modo, de

acordo com o ministro relator, na revogação da tutela, a pessoa apenas devolve aquilo que não é seu, do contrário configura enriquecimento sem causa.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito e, também é aplicável conforme o artigo 3º “no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

4.2 Entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF)

Para compreender a natureza alimentar e a boa-fé relacionadas com os benefícios previdenciários, primeiramente, é necessário compreender o que é “irrepetibilidade”. Assim, segundo o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa “irrepetibilidade” é a “qualidade ou condição do que é irrepetível” (2020, n.p), e a expressão “irrepetível” significa “que não pode ser repetido” (2015, p.90), de acordo com o Dicionário Jurídico – Hildebrand A. R.

O Supremo Tribunal Federal (STF) assentou seu posicionamento sobre o tema em 2015, nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 734.242), onde o princípio da irrepetibilidade dos benefícios previdenciários foi convalidado e consolidou-se o entendimento nesse seguimento de que se por tratar de verba alimentar e recebida de boa-fé, não é possível ocorrer a devolução.

Veja-se a ementa do referido acórdão:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO. 1.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes. 2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2015a).

Assim, percebe-se que o principal fundamento do voto foi o princípio da irrepetibilidade por causa da natureza alimentar dos benefícios previdenciários. Conforme os ensinamentos de Dias (2007), esse principal argumento aplicado em desfavor da devolução dos valores recebidos significa que essas prestações servem para garantir a vida e para a aquisição dos bens destinados a sobrevivência, sendo impossível a pretensão da sua devolução, e, mesmo que esse princípio não se encontre no sistema normativo jurídico, ele é aceitável. Outro fundamento é o reconhecimento da impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implicando na declaração de inconstitucionalidade do artigo 115 da Lei nº 8.213/1991, dispositivo que serve para orientar os descontos permitidos sobre os benefícios.

No mesmo sentido, segue a decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso no agravo regimental interposto pelo INSS, contra a decisão monocrática que negou seguimento ao Recurso Extraordinário movido pela autarquia previdenciária com a alegação de violação constitucional:

[...] O recurso extraordinário é inadmissível. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes: AI 841.473-RG, Rel. Min. Presidente; e ARE 638.548-AgR, Rel. Min. Luiz Fux (ARE 7342.31/RS, DJe 30/04/2015) [...] (STF, 2015a).

Assim, era o entendimento do STF, na não devolução dos valores recebidos em razão do caráter alimentar, e, conseqüentemente, o seu posicionamento repercutia nas esferas dos tribunais inferiores.

Porém, ao julgar a matéria e pacificar o seu entendimento, o STF, em julgado diverso, produziu uma mudança em sua orientação, ou seja, pelo não reconhecimento de repercussão geral sobre o tema.

Através da discussão do Tema 799 a qual tratava da “Possibilidade da devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada”, que teve como Leading Case o ARE 722.421 (Recurso extraordinário onde se discute, de acordo com os arts. 5º, I, XXXV, XXXVI, LV, e 195, § 5º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, da devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada) o STF firmou a tese de não conhecimento desses casos, por se tratar de matéria infraconstitucional, veja-se a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA. I – O exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, o que afasta a possibilidade de reconhecimento do requisito constitucional da repercussão geral. II – Repercussão geral inexistente (STF, 2015b).

Desse modo, nota-se que a questão pertinente a devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada está restrita à interpretação da legislação infraconstitucional pertinente, ou seja, a legislação civil, previdenciária e administrativa pública. Dessarte, eventual ofensa ao texto constitucional seria meramente indireta. No § 3º

do artigo 102 da Constituição Federal dispõe que “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 (...)” ou seja, não apresentam repercussão geral os recursos extraordinários que, têm por objeto o dever de o beneficiário de boa-fé restituir aos cofres públicos os valores que lhe foram pagos indevidamente através da administração pública, pois, versam sobre tema infraconstitucional.

Assim, verifica-se que o STF se retirou dessa específica disciplina, deixando subentendido que essa disciplina ficaria a cargo do STJ. Sendo também, o pronunciamento de Edson Fachin na RE: 1148120 PR em 11/09/2018, negando recurso extraordinário interposto em face de acórdão da 4ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão da 4ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo entendimento foi assim sintetizado (eDOC 98): “Os autos retornaram a esta 4ª Turma Recursal para realização de júízo de retratação em razão do julgamento definitivo do Tema 123 - Direito Previdenciário. Benefício concedido em sede de tutela antecipada. Necessidade de devolução dos valores percebidos - afetado pela Presidência da Turma Nacional de Uniformização como representativo da controvérsia no PEDILEF nº 5000711-91.2013.4.04.7120, bem como em razão do julgamento da PET 10.996 (2015/0243735-0) pelo Superior Tribunal de Justiça. Ressalvo meu entendimento pessoal em sentido contrário, alinhado ao do STF [...] no sentido de que os valores alimentares recebidos de boa-fé por decisão judicial são irrepetíveis. Curvo-me à decisão da TNU no sentido de que “Os valores recebidos de boa-fé por força de antecipação de tutela, em se tratando de decisão de primeiro grau reformada em segundo grau, devem ser devolvidos, nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema/Repetitivo 692 e PET 10.996/SC). [...]. Por fim, constato que esta Corte, ao julgar o ARE 722.421, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, entendeu pela

inexistência de repercussão geral da controvérsia debatida nestes autos (Tema 799). Na oportunidade, a ementa restou assim redigida: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA. I O exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, o que afasta a possibilidade de reconhecimento do requisito constitucional da repercussão geral. II Repercussão geral inexistente”. Ante o exposto, determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação à sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 1.036 do CPC, combinado com o art. 328 do RISTF. Publique-se. Brasília, 6 de setembro de 2018. Ministro EDSON FACHIN Relator (STF, 2018).

Portanto, apesar de o Supremo Tribunal Federal possuir entendimento anterior pela irrepitibilidade dos valores recebidos por meio de verbas previdenciárias concedidas através de tutela antecipada posteriormente revogada, em razão da natureza alimentar das verbas e com base na boa-fé do beneficiário, a determinação mudou a partir da ARE 722421, quando o egrégio Tribunal decidiu pela não admissibilidade de tais casos por se tratar de matéria infraconstitucional, concedendo a partir de então, a solução a cargo do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

4.3 Entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmou-se, inicialmente, o entendimento da impossibilidade de devolução dos valores recebidos em razão de benefício previdenciário, por causa do seu caráter alimentar, ou seja, adotando nesse caso, o princípio da “irrepitibilidade dos alimentos” (ALVIM, 2018).

Essa é a compreensão verificada no aresto abaixo ementado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE DE SEGURADO. FILHA MAIORDE 21 ANOS DE IDADE. PERDA DA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIA. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 5. A Terceira Seção desta Corte, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, firmou entendimento no sentido da impossibilidade da devolução, em razão do caráter alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário. Aplica-se, in casu, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido (STJ, 2006).

Além do aresto acima, verificam-se, também, outros julgamentos que seguiam a linha da “irrepetibilidade dos alimentos”, tais como, no AgRg no AG 1421204/RN; no AgRg no AREsp 22854/PR; e, no AgRg no Ag 1249809/RS. De modo igual ao fundamento do aresto infra, a Constituição Federal, em seu artigo 100, §1º, dispõe que as verbas previdenciárias, ou melhor, os benefícios previdenciários, possuem natureza alimentar. Para Gonçalves (2017, p. 673, grifo do autor), o termo “alimentos” abrange não só aquilo que é essencial para a subsistência de uma pessoa, mas, também, aquilo que é “necessário à manutenção da [sua] condição social e moral [...]”. Tendo as verbas previdenciárias esse caráter inegavelmente alimentar, várias decisões judiciais determinaram a não devolução das verbas percebidas indevidamente pelo segurado, pois, entendia-se que não é possível obrigar uma pessoa a devolver os valores que foram usados para a sua sobrevivência.

Além de a natureza alimentar, Balduino (2020) explica que a irrepetibilidade não decorre apenas da natureza alimentar, mas também da boa-fé e da segurança jurídica, princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Savaris (2014), conclui-se que não se deve exigir a devolução das verbas previdenciárias recebidas através da boa-fé e resultante de ordem judicial, sendo que, em primeira análise, como o bem tem caráter alimentar, e, é indispensável à sobrevivência do beneficiário hipossuficiente, presume-se que esse bem de caráter alimentar já foi totalmente utilizado para a sua sobrevivência. Em segunda análise, o uso provisório da parcela previdenciária se efetivou mediante ordem judicial à vista “da probabilidade do direito (no caso de tutela de urgência posteriormente revogada) ou da própria declaração judicial do direito (no caso de sentença posteriormente rescindida)” (SAVARIS, 2014, p. 392).

Castro e Lazzari (2020) também apontam que não é preciso devolver os valores recebidos de boa-fé, e os recebidos por decisão judicial posteriormente revogada, devido ao caráter eminentemente alimentar desses benefícios previdenciários.

Porém, a orientação jurisprudencial sobre a irrepetibilidade dos benefícios previdenciários, que era pacífica no âmbito do STJ, mudou de lado, ou melhor, de posição (ALVIM, 2018). Com base na análise jurisprudencial a seguir, é possível elucidar o entendimento atual do STJ, ou seja, no sentido da necessidade da devolução dos valores recebidos de tutela posteriormente revogada referente aos benefícios previdenciários.

O atual posicionamento foi padronizado no âmbito do STJ por meio da Discussão do Tema Repetitivo de nº 692 e que teve como Leading Case o REsp nº 1.401.560/MT. A questão em julgamento foi a proposta de Revisão de Entendimento de acordo com a tese repetitiva firmada na Primeira Seção relativa ao Tema 692/STJ, quanto à devolução dos valores

recebidos pelo segurado em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada e a tese firmada foi de que “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”. Vejamos:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Malsucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2015).

Ao se analisar o recurso especial provido, verifica-se a excessiva demanda de ações previdenciárias, e conseqüentemente, a demora para a prestação jurisdicional, levando o legislador a antecipar a tutela judicial nesses casos, porém, se observando o instituto da reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, artigo 273, § 2º), ou seja, a antecipação de tutela tem natureza precária. Além disso, tem-se o cuidado para vedar o enriquecimento sem causa, sendo esse princípio aplicado ao direito público, e em razão de se tentar evitar lesão ao patrimônio público. O artigo 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição.

Assim, de acordo com esse entendimento estabelecido, no sentido de devolução dos valores recebidos, o STJ, começou a decidir do mesmo modo em casos semelhantes, como é possível verificar nos julgados mais recentes:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.756.460 - MT (2018/0188088-0) RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE DO STJ RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL RECORRIDO: NAIR DOS SANTOS CAMARGO ADVOGADO: REINALDO LUCIANO FERNANDES -MT012849A DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, que decidiu que não é necessária a devolução dos valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada em razão da natureza alimentar dos benefícios previdenciários e da boa-fé do segurado. [...]. Decido. [...] ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para determinar a devolução dos valores indevidamente recebidos por força de tutela antecipada, posteriormente revogada. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de agosto de 2018. MINISTRA LAURITA VAZ Presidente (STJ, 2018).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.754.580 -RS (2018/0180841-1) RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE DO STJ RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL RECORRIDO: ANDERSON MARTINS DA ROSA ADVOGADO: MAURO ANTONIO VOLKMER -RS030018 DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO

SEGURO SOCIAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, que decidiu que não é necessária a devolução dos valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada em razão da natureza alimentar dos benefícios previdenciários e da boa-fé do segurado. [...]. Decido. [...]. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para determinar a devolução dos valores indevidamente recebidos por força de tutela antecipada, posteriormente revogada. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 06 de agosto de 2018. MINISTRA LAURITA VAZ Presidente (STJ, 2018a).

Assim, verifica-se que o atual posicionamento do STJ é determinando a necessidade da devolução dos valores indevidamente recebidos por força de tutela antecipada, posteriormente revogada.

O Superior Tribunal de Justiça, em 03/12/2018, afetou a Pet 12482/DF e a tese firmada na discussão do Tema 692, desde então, encontra-se em revisão. Além disso, o Tribunal determinou a suspensão do processamento de todos os processos ainda sem trânsito em julgado, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão e tramitem no território nacional “ressalvados os incidentes, questões e tutelas, que sejam interpostas a título geral de provimentos de urgência nos processos objeto do sobrestamento” (acórdão publicado no DJe de 3/12/2018, questão de ordem nos REsps n. 1.734.627/SP, 1.734.641/SP, 1.734.647/SP, 1.734.656/SP, 1.734.685/SP e 1.734.698/SP).

Conclusão

As tutelas provisórias têm como objetivo eliminar os riscos de dano ou injustiça decorrentes dos males do tempo, sempre longo, dos processos judiciais, e são frequentemente requeridas nos processos judiciais previdenciários, tendo como fundamento a demora do processo e o caráter alimentar dos benefícios.

Contudo, como é possível revogar a tutela antecipada, o beneficiário corre o risco de precisar devolver os valores recebidos das prestações previdenciárias, causando divergências na doutrina e na jurisprudência a necessidade da devolução ou não desses valores.

O principal argumento aplicado em desfavor da devolução dos valores recebidos é o da premissa da irrepetibilidade por causa da natureza alimentar dos benefícios requeridos, e, além desse argumento, tem-se também, o da boa-fé e da segurança jurídica, princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) apresentar entendimento anterior pela irrepetibilidade dos valores recebidos através das verbas previdenciárias recebidas por tutela antecipada posteriormente revogada, em virtude da natureza alimentar das verbas e com base na boa-fé do beneficiário, a orientação foi modificada, especialmente quando o STF decidiu pela não admissibilidade de tais casos por se tratar de matéria infraconstitucional, deixando, a partir de então, a solução a cargo do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A partir da análise jurisprudencial posterior, o entendimento do STJ é acerca da necessidade de devolução dos valores recebidos em sede de antecipação de tutela posteriormente revogada. Os principais argumentos do STJ são a precariedade da tutela antecipada, a previsão legal sobre o pagamento indevido e a proibição ao enriquecimento sem causa ante o erário público.

A recente posição do STJ está de acordo com os ditames da tutela antecipada do CPC/15, assim como a previsão das demais leis. O caráter provisório da tutela antecipada implica em sua possível reversibilidade ao final da demanda, o que gera uma série de consequências ao beneficiário e à administração pública.

Ademais, espera-se do Poder Judiciário a devolução aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente aos litigantes beneficiários, assim como, o cumprimento de análises mais criteriosas das postulações antecipatórias, como o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público para promover o equilíbrio e a ordem social que é interesse de toda a sociedade.

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim; RIBEIRO; Maria Helena Carreira Alvim. **Decifrando um algoritmo**: “Irrepetibilidade de alimentos no sistema previdenciário”. Disponível em: Social.https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/4252/decifrando_um_algoritmo_lirrepetibilidade_de_alimentos_no_sistema_previdenciariorn. Acesso em: 30 jun. 2020.
- AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BALDUINO, Maria Clara de Jesus Maniçoba. A devolução dos valores recebidos por benefícios previdenciários concedidos por tutela antecipada posteriormente revogada: análise jurisprudencial dos tribunais superiores brasileiros. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 12, n. 2, p. 64-89, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoogarantiadedireitos/article/view/19164>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BENUCCI, Luiz Renato. **A antecipação da tutela em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2001.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 2019 e 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2019.
- BRASIL. Decreto n. 978, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro**

de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 8 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Portaria n. 464, de 19 de novembro de 2018. **Dispõe sobre as normas aplicáveis às avaliações atuariais dos regimes próprios de previdência social - RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e estabelece parâmetros para a definição do plano de custeio e o equacionamento do déficit atuarial.** Brasília. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/50863383/d01-2018-11-20-portaria-n-464-de-19-de-novembro-de-2018-50863118. Acesso em: 15 abr. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil:** inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- HILDEBRAND. A. R. **Dicionário Jurídico**. 10. ed. Editora JH Mizuno, 2015.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2016.
- IRREPETIBILIDADE. *In*: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2020. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/irrepetibilidade>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RISSO, Edimara Sachet; BUZZETTI, Jorge Augusto. A possibilidade de deferimento da tutela antecipada em face da Fazenda Pública. **Revista Faz Ciência**, Francisco Beltrão, v. 11, n. 14, p. 11-38, jul./dez. 2009.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Recurso Especial 1401560 MT** 2012/0098530-1. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 12/02/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/242159994/recurso-especial-resp-1401560-mt-2012-0098530-1/inteiro-teor-242159998>. Acesso em: 1º jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Recurso Especial 1754580 RS** 2018/0180841-1. Relator: Laurita Vaz. DJ: 06/08/2018a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611641661/recurso-especial-resp-1754580-rs-2018-0180841-1>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Recurso Especial 1756460 MT** 2018/0188088-0. Relator: Ministro Laurita Vaz. DJ: 10/08/2018b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614432862/recurso-especial-resp-1756460-mt-2018-0188088-0/decisao-monocratica-614432881>. Acesso em: 1º jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Recurso Especial 771993 RS** 2005/0129801-1. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 23/10/2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9055146/recurso-especial-resp-771993-rs-2005-0129801-1-stj/relatorio-e-voto-14237026>. Acesso em: 30 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Tema Repetitivo 598**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=598&cod_tema_final=598. Acesso em: 30 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 734242 DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 04/08/2015a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863998077/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-734242-df-distrito-federal>. Acesso em: 15 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Recurso Extraordinário 1148120 PR**. Relator Edson Fachin. DJ: 11/09/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631896331/recurso-extraordinario-re-1148120-pr-parana>. Acesso em: 30 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 722421 MG**. Relator Ministro Presidente. DJ: 19/03/2015b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628836/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-722421-mg-minas-gerais>. Acesso em: 20 maio 2020.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 16. ed. Niterói: Impetus, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TJMG. **Proposta de Revisão de Entendimento firmado em tese repetitiva firmada pela Primeira Seção relativa ao Tema 692/STJ (Tema 692 - STJ)**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/recurso-repetitivo-e-repercussao-geral/proposta-de-revisao-de-entendimento-firmado-em-tese-repetitiva-firmada-pela-primeira-secao-relativa-ao-tema-692-stj-tema-692-stj.htm>. Acesso em: 9 ago. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - TRF4. **Agravo de Instrumento 5023508-37.2020.4.04.0000**. Relator: Márcio Antônio Rocha. DJ: 29/06/2020. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868759738/agravo-de-instrumento-ag-50235083720204040000-5023508-3720204040000>. Acesso em: 30 out. 2020.

***Compliance* e cultura de conformidade nas contratações públicas ¹**

*Anna Gabert Nascimento*²
*Janaína Rigo Santin*³

1 Introdução

O Brasil, desde o início de sua existência política, sofre com atos nocivos à *res publica*, tais como práticas de patrimonialismo, coronelismo, clientelismo, filhotismo e corrupção. Em meio a notícias de corrupção e atos de malversação da coisa pública, promovidos no âmbito da administração pública direta e indireta, através de gestores do governo ou de empresas privadas, a sociedade tenciona buscar soluções que efetivem princípios como o da moralidade, interesse público, legalidade e eficiência. Desta forma, surgem questionamentos em relação a formas de controle que possam de uma forma total ou parcial, prevenir ou identificar possíveis atos descabidos e que atentem a Administração Pública, visando que medidas de cuidado e punição sejam tomadas.

Neste sentido, a presente pesquisa intentará por trazer uma análise em relação a uma das formas de controle, o *compliance*. *Compliance* vem

¹ Artigo científico produzido como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora e membro do Grupo de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, cadastrado na base de dados do CNPq e vinculado ao Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: 171415@upf.br.

³ Professora Doutora de Direito Urbanístico e das Obrigações da Universidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Bolsa CAPES). Doutora em Direito Universidade Federal do Paraná, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Advogada e docente permanente do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. Professora de Direito Administrativo da Universidade de Caxias do Sul, Brasil. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br

do inglês, tendo como significado “estar em acordo.” No Brasil, estes programas foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Anticorrupção bem como a Lei de Responsabilidade das Estatais, no entanto, surgem a partir destas legislações alguns questionamentos. Sendo assim, o presente estudo a partir do método hipotético-dedutivo, versará por identificar possíveis benefícios e adversidades em relação a aplicabilidade fática e jurídica dos programas de *compliance* no Brasil, tendo como princípio norteador a prevenção de desvios à conformidade sobretudo em relação ao previsto em bases éticas. Verificando assim, a adequação da previsão legislativa em relação à prevenção e práticas de má conduta e gestão dos atores principais das contratações públicas. Por fim, será referenciado os programas de integridade dentro da legislação do estado do Rio Grande do Sul, tendo como norte a exploração em relação ao texto normativo e sua exigência dentro das contratações do Estado gaúcho.

2. *Compliance* como forma de controle: aspectos gerais

A partir de um cenário cada vez mais globalizado, onde muitas organizações estão buscando inserir estratégias para adentrar em um mercado competitivo, delimitar estratégias de prevenção em relação a escândalos de corrupção e de desconformidade com preceitos éticos, passa a ser uma alternativa viável e exigível para as corporações, sobretudo, daquelas que participam de contratações públicas. Sendo assim, o *compliance* passa a ser um mecanismo de visibilidade positiva, visto que, traduz a imagem das instituições em torno de suas políticas que vão ao encontro da prevenção ética e da conformidade com a legislação. Desta forma, os mecanismos de *compliance* passam a ser vistos em várias esferas no setor privado e também no setor público, com a inserção no campo normativo interno das entidades e também no que tangem as legislações

externas, como as que estão inseridas em vários dos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Sendo assim, faz-se necessário primordialmente inserir uma definição em torno do que se trata este mecanismo.

Em matéria doutrinária, há uma grande discussão em relação a correta designação do que seria o conceito ideal para o termo *compliance*. Alguns doutrinadores referem que não se pode apenas trazer como uma simples tradução, enquanto outros definem o *compliance* com a transposição literal da língua inglesa para a portuguesa. Neste sentido, seguindo a corrente que conceitua de acordo com a tradução literal, Carvalho e Abreu (2020, p.61) referem que *Compliance* vem do inglês “estar de acordo com.” Corroborando, Schilder(2006,p.2) refere que a interpretação em relação aos programas de *compliance* pode se dar pelo exposto sentido que é “obediência” ou “obrigação.”

No entanto, há uma corrente crítica em relação a apenas trazer uma fixação conceitual em torno da tradução do inglês para o português, na qual, Bertocelli(2020, p.39)cita que não há como apenas estabelecer o *compliance* através de sua mera tradução, já que está avante de um simples cumprimento de formalidades. Definindo assim, como ferramenta de larga abrangência em que devem ser elencados as suas aplicações dentro da estrutura corporativa, como objeto de atenuação de ameaças, desenvolvimento de práticas éticas e de estabilidade de equipe, influenciando em medidas de afirmação de empresas com ampla atenção as predileções dos “*stakeholders*”⁴ Em um mesmo sentido, Saavedra (2018, p.42) define que “trata-se de um conceito relacional”, onde deve ser adequado de acordo com a situação fática apresentada. Sendo que, pode-se definir o *compliance* como a ciência que interfere no alcance de tomadas de decisões que limitem o destino da corporação, com base na aferição dos

⁴ Palavra em inglês utilizada para se referir a todos aqueles que interferem ou usufruem das decisões e proventos dentro de empresas. (SAVAGE et al, 1991)

riscos identificados dentro do presente instante, de acordo com a implementação da correta postura corporativa.. Por fim, os também inseridos no grupo que defende uma ampliação conceitual de sentido em relação a *compliance*, Parker e Nielsen(2017,p.218), trazem duas perspectivas em relação a definição de *Compliance*. Preliminarmente, conforme os autores, é possível identificar a objetiva, que traz como uma correta execução de normas. Mas também, pode-se denotar que há ainda uma compreensão interpretativista, que refere como um procedimento enigmático e com diferentes sentidos.

A partir desta definição conceitual, faz-se necessário, aferir também as origens dos programas de *compliance* a partir de uma breve cronologia. As práticas éticas, embora muito vinculadas com a modernidade vem desde a Roma e Grécia Antiga e dos próprios povos indígenas que traziam dentro de suas tribos normativas baseadas na moral e bons costumes (OLIVEIRA, 2020, p.56). Alguns séculos mais tarde, em 1969, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apontou aos países adeptos, a inevitabilidade do desenvolvimento interno de ferramentas que possibilitassem incluir formas de trazer para as esferas públicas e privadas uma noção ética de corporativismo, deste modo, visando a prevenção e a penalização dos atos de desvirtuamento de gestão (SILVA; XIMENES; COELHO, 2019, p.10). Diante disto, faz-se necessário elencar juntamente com Convenção Interamericana, o sistema norte americano. Saad-Diniz (2019, p.158) refere que de uma forma pioneira, o país dentro de suas diretrizes jurídicas passou a aplicar um grande enfoque a finalidades sociais. Desta forma, trazendo os empreendimentos privados como atores dentro do controle de atos de má conduta gerados internamente.

Superada esta questão originária e conceitual em relação aos sistemas de *compliance*, é necessário apontar algumas finalidades em relação a implementação destas práticas. Soltes (2018, p.978) refere que

há três objetivos dentro destes programas nos quais afirma-se como o mais importante, a questão da mitigação de atos de lesividade por parte dos membros de equipe. Em segundo lugar, obsta-se a implementação de ferramentas para detecção de condutas de malversação. Por último, objetiva-se o engajamento de todo o *staff* ao cumprimento das disposições previstas em arcabouços jurídicos internos e externos, promovendo dentro destes uma ampla descrição do que deverá ser feito até mesmo em casos de identificação de práticas que não se adequam aos regramentos instituídos. Neste contexto, Schilder (2006, p.4) também traz como finalidades, o direcionamento das altas cúpulas empresariais, treinamento de colaboradores para práticas de adequação ao ambiente corporativo íntegro, mensuração e reconhecimento de riscos e acompanhamento de todo o processo de conformidade através de informativos que deverão ser feitos pela equipe que compõe este setor de controle.

Entretanto, é manifesto que para a implementação de um sistema de *compliance*, baseado no cumprimento de suas finalidades, é necessário que tenha uma rigorosa submissão a alguns requisitos, que vão desde a sua implementação inicial até a execução no plano concreto. Caneloro, Rizzo e Pinho (2012, p.30) indagam que o *compliance* é um sistema que traz normas e posições em conformidade com princípios morais, sendo necessário que após a sua instalação, ele seja levado como marco que irá delinear todos os procedimentos da entidade dentro do seu ramo de atuação e também em relação as atividades do quadro de colaboradores. Neste sentido, Almeida (2020, p.3) aduz que, é de suma importância exprimir que ao processar este tipo de ferramenta, é necessário que haja ensejos para garantir uma evolução efetiva do projeto. Trazendo este meio, para fomentar as deliberações administrativas. Outrossim, segundo Abdullah, Sadiq e Indulska (2012, p.42), pode-se observar que as instruções em relação a aplicabilidade dos programas de *compliance*

devem estar positivados em normas internas da própria empresa ou por organismos governamentais

Desta forma, faz-se necessário um elo entre poder público (editando matrizes de regimentos) e entidade privada (implementando dentro de suas organizações). Gabardo e Castella (2015, p. 134) referem que a partir de previsões legais que buscam trazer o setor privado para a inserção de uma correta administração de fatores que possam implicar em riscos, surgem os programas de *compliance*, como forma hodierna de controle. Nesta perspectiva as empresas privadas passam a qualificar seu quadro de funcionários, direcionando estes a buscar projetos de conformidade. Sobre esta afirmação, Soltes (2018, p.966) traz que, cenário dos últimos anos, vem demonstrando o *compliance* como uma ferramenta que demonstra um agigantamento estrutural com multifacetadas. Diante disto, as empresas passaram a adotar dentro de suas equipes, cada vez mais, funcionários com cargos inerentes a aplicação deste meio de controle interno, criando setores específicos para que a gestão de conformidade e adequação seja devidamente equacionada.

Desta forma, cumprindo-se os requisitos e atingindo as finalidades apresentadas anteriormente, as corporações passam a obter alguns benefícios e retornos em relação aos seus planos de governança corporativa. Em matéria financeira, Schilder (2006) refere que a cada “U\$ 1,00 investido, há uma economia de U\$ 5,00.” Denota-se a partir da afirmativa de Schilder que, uma empresa em conformidade passa a ter uma melhor adequação em seu fluxo de caixa, prevenção a esquemas de corrupção, o que se traduz em um maior número de negócios em razão do marketing positivo em torno da confiabilidade da empresa perante ao mercado externo, que em concomitância, dependendo do modelo societário, eleva o valor de suas ações. Corroborando a isso e trazendo mais alguns benefícios, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-

CADE (2016, p.11-13) refere que dentro das vantagens há que estas empresas passam a possuir medidas cautelares e de antecipação do reconhecimento de riscos, verificação de atos de malversação em concorrentes, alavancamento perante ao mercado devido a visão de credibilidade da empresa perante os pares, ampliação da educação moral de colaboradores e por fim diminuição de custos relativos a situações que decorrem por atos de má gestão, corrupção e desperdício de verbas.

Dentro das empresas que contratam com o poder público, há de se constar, que estas subordinadas as legislações, muitas vezes dependendo do valor do contrato são desclassificadas nos processos licitatórios, se não houver um sistema estruturado de *compliance*. Sob a perspectiva das empresas que contratam com a administração pública em certames licitatórios, Nohara (2018, p.25) traz o paradigma de que o *compliance* é uma forma de prevenção, já que, a empresa baseará seus atos de acordo com normatizações e planos que devem atingir a finalidade de proporcionar uma forma de gestão adequada a moral. Vencido a fase concorrencial da licitação, com o contrato devidamente firmado, há ainda a benesse em relação a possíveis intempéries em relação a responsabilidade empresarial.

Neste sentido, Soltes (2018, p.968), traz que um dos benefícios da aplicação de sistemas de *compliance* pode ser a não imputabilidade da pessoa jurídica em caso de responsabilidade, já que, se dentro dos meios judiciais for identificado que havia um programa de *compliance* bem estruturado, e que no entanto, algum membro da empresa(pessoa física) mesmo assim cometeu desvios de conduta, pode em alguns casos a empresa ser eximida de culpa . Concordantemente com a relação de vantagens estabelecidas anteriormente Tonin(2017) traz que é de grande importância, pois, as empresas que possuem este tipo de programa, podem facilmente identificar o protagonista do ato lesivo, sendo que,

assim, a conduta de todos os agentes será fracionada por sua atuação, afastando a possibilidade de apenas o empresário responder em processos de responsabilidade. Ratificando isto, Nohara(2018,p.25) refere que no caso de responsabilização de uma empresa por ato atentatório a administração pública, apenas um bom sistema de *compliance* poderá minimizar ou eximir a empresa de gravosas sanções. Visto isto, pode-se aferir que ao atingir suas finalidades e provocando benefícios às organizações, a uniformização global pela conformidade, passa a ser notada como um meio inevitável de trazer uma relação de confiança e equidade entre as relações comerciais.

A partir desta análise de enfoque global, o presente estudo passará a analisar uma breve cronologia da implementação dos sistemas de *compliance* no Brasil. Santin (2017, p. 73-76) refere que dentro de um contexto de organização social, o Brasil, em diversas esferas, ainda tem muito presente a incidência de aspectos de gestão patrimonialista. É notório que os que detém o domínio de poder na atualidade, passaram a articular normativas e assim, direcionam ao seu modo políticas públicas e diretrizes dentro do ordenamento jurídico. Denota-se que, esta essência patrimonialista, em um Estado subdesenvolvido, que possui grandes desigualdades sociais, não exclui a viabilidade de implementação de programas de controle, ainda que em uma conjuntura permeada por grandes descobertas em relação a atos nefastos de gestão e de “law enforcement reativo.” (NOHARA, 2018, p.32)

Em meio a notícias de corrupção e atos de malversação da coisa pública, promovidos na esfera da administração pública direta e indireta, através de gestores do governo ou de empresas privadas, a sociedade tenciona buscar soluções que efetivem princípios como o da moralidade, interesse público, legalidade e eficiência. Sendo assim, a partir de marcos históricos de corrupção recentes, passou-se a buscar implementação e

estudos de meios de controle e prevenção de atos que possam denegrir a essência negocial tanto na esfera privada, quanto naquelas que remetem às contratações públicas. No próximo tópico será explorado a incidência e as necessidades de previsões legais dentro do ordenamento jurídico brasileiro para a implementação destes sistemas de controle.

3. *Compliance* na legislação brasileira.

Como visto anteriormente, infelizmente o Brasil carrega em sua essência, uma raiz colonial patrimonialista, na qual, deu azo a uma continuidade e subdivisões de práticas nefastas de gestão como o nepotismo, coronelismo, clientelismo e corrupção, estas nas quais, são evidenciadas ainda em grande escala no limiar do século XXI (SANTIN; NASCIMENTO, 2019, P.1174). Neste contexto, essas práticas em todas as esferas, sejam elas públicas ou privadas, tiveram segundo Silva, Lima e Bessa (2020, p.101) uma significativa importância nas disparidades entre as classes sociais⁵ no país. Destacando ainda que, em âmbito público tradicionalmente há a corrupção, sem que haja a distinção de entre partidos políticos ou formas de administração. À vista disto, no Brasil, passou-se a ter cada vez mais movimentos a procura da positivação de ferramentas dentro de seu escopo legislativo para efetivar um controle tanto da gestão pública quanto das empresas contratantes.

Os projetos de *compliance* no Brasil, decorrem de uma ampla construção legislativa. Neste sentido, se faz necessário fazer uma construção histórica-normativa, a partir do arcabouço jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988, para chegar nos meios legislativos que positivaram a inserção dos mecanismos de *compliance* no Brasil.

⁵ Em relação a esta desigualdade, Rousseau refere que enquanto alguns são lesados pela sua condição social, outros desfrutam de benesses como riquezas, poderio e reconhecimento. (ROUSSEAU, 1999)

Reportando-se à Constituição Federal, que trouxe consigo algumas possibilidades principiológicas e de fiscalização aos atos negociais. A Carta Constitucional em seu art. 37 trouxe os princípios da legalidade, publicidade e moralidade, como bases norteadoras da Administração Pública direta e indireta. A partir disto pode-se ver fixado várias formas constitucionais de fiscalização aos atos do poder público, como a que está estabelecida em seu art. 70, que traz a “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta...exercida pelo Congresso Nacional.” Por este ângulo, pode-se apontar que respeitando os limites da independência dos poderes, há uma ingerência de controle prevista constitucionalmente ao poder legislativo, que deve apontar as ingerências praticadas dentro do poder executivo. Outrossim, a Constituição cidadã em seu art. 129, estabeleceu o Ministério Público, no qual, tem a função de fiscal da lei, ou seja, exerce um papel visível no sentido de verificar atos lesivos ao herário. Da mesma maneira, após a promulgação da Constituição Federal, houve em 1988, a Emenda Constitucional 19, pela qual estabeleceu uma alteração no art. 37 da Constituição Federal, no qual, adicionou o princípio da eficiência ao caput, e estabeleceu novos paradigmas no §3º, no qual, trouxe como forma de controle o “acesso dos usuários aos registros administrativos e informações dos atos de governo” trazendo a tona, o princípio da publicidade, facilitando o controle externo dos atos da administração pública.

Outrossim, não apenas a lei maior serviu como paradigma para a positivação de normas em relação aos programas de *compliance*, também há como traçar uma linha do tempo com diretrizes infraconstitucionais. Em 1999, houve a promulgação da lei nº 9784, na qual, refere-se ao processo administrativo no âmbito da administração federal, onde reafirmou a sua submissão aos princípios constitucionais da

administração pública e também fixou em seu art. 2º, IV, a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Desta forma, os agentes, passaram a ter de buscar agir em conformidade com a principiologia moral e também legislativa, para que não sofressem sanções, que pairaram a partir desta nova normativa. Já em 2011, foi aprovada a lei nº12.527/2011(Lei do Acesso à Informação), na qual, trouxe em seu art. 5º diretrizes em torno de uma maior transparência e facilidade em relação ao acesso informativo sobre aos atos de gestão. Já em 2013, foram indexadas ao arcabouço jurídico brasileiro duas novas leis que participaram ativamente neste processo de base normativa. A lei 12.850/2013, a conhecida Lei das Organizações Criminosas, traz dentre outros preceitos, a “colaboração premiada” e “afastamento cautelar” de funcionários públicos envolvidos em esquemas que compreendem a tipificação estabelecida em decorrência da Lei das Organizações Criminosas.

Entretanto, apesar desta ampla base normativa, a primeira legislação a trazer os programas de *compliance* como forma de prevenção e controle, foi a Lei 12. 846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, que dentre outras diretrizes estabeleceu a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas. Fortalecendo esta fixação legal trazida pela Lei Anticorrupção, em 2016, foi trazido ao sistema normativo brasileiro a Lei 13.303, que trata sobre a responsabilidade das estatais. Sendo estas duas legislações um marco para a positivação dos programas *compliance* no arranjo jurídico brasileiro, no próximo tópico, será descrito um estudo de uma forma mais ampla em relação a ambas prerrogativas jurídicas.

***Compliance* na Lei Anticorrupção**

A lei nº 12.846 de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, trouxe ao sistema normativo brasileiro diretrizes e práticas preventivas e de controle

a corrupção⁶, estabelecendo uma responsabilidade objetiva civil e administrativa em torno das pessoas jurídicas. Esta lei segundo Gabardo e Castella (2015, p. 130) foi gestada em um período de larga crítica interna e externa em torno da alastrada corrupção nos meios públicos e privados do Brasil. Esta corrupção é apontada por Blok (2014, p.11) como um tumor maligno, instituído desde os primórdios da sociedade e que se não enfrentado pode atingir todos os sistemas de uma gestão. Da mesma forma, em relação ao Brasil, Santin (2017, p.72) cita que, há a incidência de um processo intitulado *rent-seeking*⁷, no qual, encontra-se evidenciado em casos bem recentes como Mensalão e operação Lava Jato. Concordantemente, Almeida(2020, p.6) refere que no país, o preambular caso de “*insider trading*”, a ter um processo penal instituído e a ter julgamento com sentença transitada em julgado em razão de “descumprimento de dever de diligência” foi o caso Sadia, no qual deu azo para outros como o golpe no Banco Panamericano, Mensalão e Lava-Jato.

Sendo assim, pode-se afirmar, que este processo corruptivo, acabou levando o país a perpassar por alguns problemas políticos, institucionais e financeiros, nos quais, necessitariam de um freio para que não atingissem ainda mais a concretização de direitos garantidos pela Constituição Federal. Zenker(2020, p.186) cita que em vários países no mundo há o investimento e implementação de situações que priorizam uma gestão que tenha como base norteadora os princípios éticos e morais e também da noção do trabalho conjunto(público e privado) contra a corrupção.

Sendo assim, verifica-se no diploma legal aqui posto, que há a incidência de vários mecanismos de punição e atenuação de pena, e

⁶ Em um sentido conceitual, Plácido e Silva (2014, p.609) situa que a corrupção como um termo “derivado do latim *corruptio*, “derivado do latim *curruptio*, de *corrumpere* (deitar a perder, estragar, destruir, corromper), etimologicamente possui o sentido de ação de destruir ou adulterar”.

⁷ Krueger define *rent-seeking* como atos de um indivíduo que através do Estado realiza ações de “caçarenda” tomando para si, recursos úteis que se tornam inaplicáveis. Nesse sentido ver (KRUEGER, 1974)

também formas preventivas à corrupção. Em relação a isto, Nohara(2018, p.28) cita que esta lei é a primeira a elucidar estes programas como forma de abrandar as práticas de corrupção em relação as empresas que participam de contratações com o poder público (NOHARA, 2018, p.28). Saavedra (2018, p.38) aponta que em relação ao *compliance* a maior inovação trazida pela Lei Anticorrupção foi a observância de penalidades e da responsabilidade objetiva das corporações em casos de afronta a administração pública. Nohara (2020, p.85) em mesmo sentido, aponta que esta previsão legal é de grande importância se atrelada a agora também positivada responsabilidade civil e administrativa⁸ das pessoas jurídicas, já que, dentro das mesmas há uma noção de punibilidade pela má conduta dos agentes envolvidos. Outrossim, Nohara (2020, p.85) refere que de acordo com a Lei Anticorrupção (12.846/2013), institui-se como órgão legitimado para adentrar e julgar Processos Administrativos para Apuração de Responsabilidade (PAR), aquele em que detém o mais alto grau de comando dentro das próprias entidades. Sendo que, este processo deverá ser conduzido da forma mais justa e ponderada possível, por se tratar de imputação de responsabilidade.

Entretanto, a própria lei em seu art. 7º, inciso VIII, trouxe, algumas atenuantes no quantum de responsabilização de empresas que possuem um sistema de *compliance*. Estas nas quais, poderão até mesmo ter imputadas para apenas as sanções previstas apenas ao que tange a pessoa jurídica. Contudo, Lima(2020, p.396) frisa que para obter atenuantes, é necessário que a empresa possua um programa concreto, e não apenas ficto, na intenção de fraudar e se prevalecer dele em casos de imputação

⁸ Neste seguimento, a lei 12.846/2013 aponta em seu art. 6º, incisos I e II, aponta como punições “multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação e publicação extraordinária da decisão condenatória.” Em relação a reparação de dano, o § 3º da referida lei, interpõe que há a responsabilidade de recompor de forma total, preconizando os princípios civilistas de retorno ao status quo.

de responsabilidade. Ainda, o autor refere que o simples fato de ter um programa de *compliance* dentro da empresa não torna obrigatório ao judiciário trazer benefícios de diminuição de penalidades, se este não for devidamente estruturado com base na eficácia de seu conjunto. Neste contexto, o Decreto Federal 8.420/2015 que regulamentou a lei anticorrupção, em seu art. 42 trouxe que os programas de integridade para obterem as chamadas atenuantes, deverão respeitar incessantemente a aplicação ética, contábil, preventiva, punitivista e de políticas no que tange a conformidade legislativa.

Diante do exposto, pode-se auferir que a Lei Anticorrupção vem sendo um importante paradigma para a implementação dos sistemas de *compliance* nas empresas brasileiras, pois, além de trazer normativas em relação a punições aos corruptores, também, em seu texto, refere atenuantes que incentivam a aplicação dos programas de *compliance* dentro das corporações.

2.2 *Compliance* na Lei de Responsabilidade das Estatais

No tópico anterior, foi abordado a relação da Lei Anticorrupção com a implementação dos programas de *compliance* como forma positivada na legislação brasileira. Outrossim, em 2016, houve a promulgação de mais uma normativa que visa a implementação destes sistemas, a chamada Lei de Responsabilidade das Estatais (13.303/2016). Esta lei, traz como dispositivo, a regulamentação em relação as estatais e de empresas de economia mista, foi uma das percussoras a trazer dentro de seu texto a inserção do *compliance* como mecanismo de controle, dentro também dos organismos públicos. À vista disto, Fortini e Sherman(2016, p. 178) referem que esta lei veio no intuito de promover “a estruturação e a atuação das empresas estatais, mitigando tanto quanto possível as possibilidades de desvio e garantindo um ambiente minimamente seguro

para o desenvolvimento de seus negócios e para a prestação de serviços.” Desta forma, se fez necessário um implemento normativo desta magnitude no Brasil, para que as atividades das estatais tivessem uma regulamentação. Estes padrões de administração interna nas empresas, passaram a servir de paradigma pra que fosse inserido prerrogativas assertivas do setor privado ao público. Neste sentido, Bertocelli (2020, p.38-52) afirma que, a evolução das empresas privadas também deve chegar nos organismos públicos, de modo que, somente uma atuação conjunta poderá trazer efeitos de punição e prevenção para todo o sistema. Desta forma, a lei estabeleceu alguns regramentos no que tange a integridade dentro das empresas estatais.

Primordialmente, esta normativa em seu art. 6º, interpõe um elo de ligação entre a conceituação dos programas de *compliance* e a tradução normativa, ao referenciar uma análise em relação a observância de alguns requisitos que compõem os sistemas de integridade, como a “governança corporativa, transparência e gestão de riscos.” Estes nos quais, se tornam princípios norteadores na aplicação destes programas, tanto em âmbito privado, quanto no público. Além disto, a referida lei em seu art. 9º referiu as formas de realizar e implementar os programas de *compliance* dentro das estatais. Portanto, garantindo assim que houvessem áreas em relação a fiscalização e garantia de gestões baseadas na ética e controle de riscos, com órgãos específicos para tal atividade. Sendo assim a lei preconiza por trazer a previsão da implementação de equipes destinadas a tal método, para que desta forma, fossem aplicados de forma profissional e qualificada metas de conformidade dentro das empresas estatais.

Ademais, o art. 9 em seu §1º, trouxe descrito o instrumento mor de todos os programas de *compliance*, o código de conduta. Giamundo Neto, Dourado e Miguel(2020, p.747) definem os códigos de conduta como um instrumento que é posto para trazer dentro dos órgãos, nesse caso da lei,

públicos, uma forma de implementar uma tradição em relação a estar em conformidade com as normas, de forma que, devam atingir a todos os funcionários, do mais alto ao mais baixo grau de hierarquia. Em relação ao modelo a ser seguido a Controladoria-Geral da União (p.47,2017) estabelece que os códigos de ética “devem conter linguagem acessível, transmitindo sua mensagem independentemente do nível de escolaridade do público-alvo.” (BRASIL, p.47, 2017) Ainda, há de se constatar, que para haver um atingimento da finalidade do que está descrito nestes documentos, se faz necessário ter um bom canal de denúncia para que faticamente o que está presente nos códigos de ética sejam cumpridos. Verifica-se que estes canais de denúncia, desde que altamente sigilosos, se tornam uma poderosa ferramenta de controle ao cumprimento dos códigos de ética (GIAMUNDO NETO, DOURADO, MIGUEL, 2020, p.747). À vista disto, é notório que para que haja uma aplicação concreta do estabelecido nos códigos de ética das corporações, é necessário que se tenha um conjunto de outros fatores que possam efetivar a norma expressa.

Além dos canais de comunicação, para a aplicação fática dos documentos éticos das empresas, é fundamental a noção integrativa de todos os colaboradores da empresa, do mais baixo até o mais alto grau de hierarquia da organização. Neste sentido, a equipe de *compliance* deve ter plenos poderes para fazer denúncias, sejam elas contra qualquer membro da corporação, até mesmo contra o presidente da empresa. Respalhando o exposto anteriormente, o art 9º, §4º da reportada lei, cita essa noção de prejudicialidade entre todas os níveis de atuação, já que define que o estatuto social tem que trazer como preceito, a perspectiva de denúncia dos membros do mais alto cargo de gestão, pelos componentes da equipe de *compliance*. De forma que, deverão estes se

dirigir ao Conselho de Administração para que se tomem as medidas legais cabíveis.

De outra banda, a partir da ideia de transparência trazida constitucionalmente e firmada também na lei de responsabilidade das empresas estatais, estas entidades, passaram a adotar a Carta Anual de Políticas Públicas, é uma ferramenta que deve expor e comprovar a sua conformidade com os regramentos trazidos pela lei das estatais (SAADI; VIEIRA, 2020, p.206). Ou seja, torna a gestão aberta a todos aqueles que quiserem firmar um controle, evitando assim, desmandos tão peculiares vistos com grande incidência nas empresas estatais, sob tudo, com a implosão de posteriores escândalos de corrupção.

Desta maneira, é notório que a normativa trazida pela lei das estatais, trouxe possibilidades que antes eram mais geridas em âmbito privado, para o setor público. Os paradigmas desta, podem elevar o nível de transparência e gestão de riscos dentro dos próprios ambientes corporativos públicos. Sendo que, criar estratégias baseadas em ética e cumprimento de normas, traduz-se em um método para enfrentar situações como a perda de lucros por operações malconduzidas e até mesmo auxiliar no combate a corrupção.

4. Programas de integridade

Nos tópicos anteriores, avaliou-se a conceituação e posituação dos programas de *compliance* dentro do arcabouço jurídico brasileiro e sua aplicação. Diante disto, o presente estudo passará a analisar a sua aplicabilidade direcionada a integridade nas contratações públicas.

Primordialmente, cita-se que, a integridade está inserida como nomenclatura dentro de algumas legislações do Brasil. Desta maneira, é necessário avaliar que a integridade, muitas vezes é definida no mesmo sentido de *compliance*, mas em verdade, deve se constatar que é um o

instituto autônomo que deve ser definido como objetivo a ser alcançado pelos programas de *compliance* (OLIVEIRA; ACOCELLA, 2020, p.135).

Este instituto autônomo é definido por Camarão (2020, p.375) como “um conjunto de ferramentas, sistemas, políticas e ações que tem o objetivo de manter a organização em conformidade com as leis, a ética e as melhores práticas que regem o negócio.” Pode-se aferir a partir disto, que implementação de sistema de integridade pode trazer uma maior credibilidade aos organismos de contratação, já que, além dos variáveis benefícios citados anteriormente, o credor poderá ter a expectativa de estar contratando perante a uma empresa que tem como base a idoneidade. Desta forma, a integridade se torna uma possível ferramenta de auxílio a uma boa gestão. Em relação a isso, concordantemente, Treviño e Weaver (p.8,14) refletem que, uma corporação que tenha como base a ética, representa tanto para seus colaboradores quanto ao público externo uma noção de inspiração a fazer o que é de acordo com a moral. Sendo que dentro da academia a ética é pautada por sentidos “normativos, empíricos ou explicativos.” Relacionando esta didática com a noção da integridade, Shilder (2006, p.1) refere que dentro do ambiente das instituições, é necessário que estes programas venham como um objeto de proteção contra casos de má conduta e também que traga como objetivo a conexão ética.

Superada esta questão conceitual inicial, há a necessidade de fazer uma breve composição em relação ao que deve conter nas ferramentas de integridade. Maak e Ulrich(2017), definem que a integridade é composta por “4Cs: Compromisso, consistência, coerência e continuidade.” Sendo que o compromisso se dá pela efetivação de normas éticas e morais, a coerência pela aplicação fática dentro dos preceitos estabelecidos, a consistência como forma material de aplicação, e a continuidade pela infinitude no tempo em relação aos programas de integridade.

Entretanto, trazendo para um sentido a nível Brasil, a aplicabilidade em total conformidade com os 4Cs trazidos por Maak e Ulrich resta um tanto quanto prejudicada. Nohara(2018, p.31) refere que a situação da inserção fática no Brasil, ainda inspira um maior desenvolvimento, para obter uma abrangência em nível nacional. É necessário que se tenha uma implementação de processos que tragam para todas as entidades o habito de estar em conformidade, em uma espécie de “postura proativa.” Esta postura proativa, segundo Camarão (2020, p. 383) deve ter como base uma sistematização de “monitoramento contínuo das contratações, com fundamento na garantia de sua execução, tudo em conformidade com a lei e normativos pertinentes a cada atividade contratada, atenuando-se os riscos e a ocorrência de fraudes e corrupção.”

De toda a sorte, pode-se afirmar que, dentro da legislação brasileira, ainda não há a previsão em relação à imposição da implementação dos sistemas de integridade dentro das instituições, como é no caso dos Estados Unidos. No entanto, verifica-se que paulatinamente o comércio nacional e internacional, vem adotando como pré-requisito para obstativo a aplicação deste programa nas corporações, para que sejam firmados contratos. (NOHARA, 2018, p.29) Desta forma, é cada vez mais comum ver dentro de vários regramentos legislativos, a exigência de programas de integridade para firmar contratos com o setor público. Este se dá com base na justificativa de que o Estado possui poder de polícia e desta forma deve atuar em relação aos organismos privados, para que haja a garantia da ordem pública e dos direitos de toda a sociedade. (DI PIETRO, 2019, p.153) Sendo assim, definir programas de integridade como requisito obrigatório para a participação de certames licitatórios, passa a ser benéfico não só a quem participa, mas também a toda coletividade.

Em relação a isto, Zenkner (2020, p.192) traz a situação da exigibilidade em relação a alguns Estados do Brasil, que tem dentro de seus

regramentos a obrigatoriedade de programas de integridade. No entanto o referido autor faz uma observação importante no sentido de que, mesmo sendo aplicado em ordenamentos de vários entes federativos, ainda não há um consenso regulatório entre eles, pela falta de um projeto de abrangência em toda a federação, que traga a padronização das leis estaduais. Aludindo, pode-se trazer como exemplo de Estados que possuem previsões legais em relação aos sistemas de integridade, Minas Gerais, Espírito Santo, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e por último o Rio Grande do Sul, que será objeto de estudo do próximo item desta pesquisa.

4.1 Programas de Integridade no Rio Grande do Sul (Lei 15.228/18).

Conforme visto anteriormente, a integridade é um instituto que se baseia na aplicação de ações morais perante a diversas atividades. Desta forma, e com base nos novos preceitos legislativos federais trazidos pela Lei Anticorrupção e Lei de Responsabilidade das Estatais, alguns Estados passaram adotar em suas legislações próprias a exigência de sistemas de integridade para as empresas que contratam com o poder público estadual.

O Rio Grande do Sul passou em 2018, através da Lei Estadual 15.228 a regrear e estabelecer as formas procedimentais para que obrigatoriamente às empresas, independentemente do regime social, nas quais firmem contratos com o executivo estadual, que tenham valores⁹ superiores a “330.000,00 (trezentos e trinta mil reais)” para obras e serviços de engenharia, e acima de “R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais)” para compras e serviços, sejam obrigadas a ter instalado dentro

⁹ Segundo o art. 37 §2º, estes valores podem ser ajustados de acordo com o Índice Geral de Preços do Mercado (IGPM).

de suas corporações, programas de integridade. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Não obstante, dentro da lei, mais especificamente no art. 38, foram estabelecidos regramentos de como realizar os programas de Integridade dentro das corporações, determinando que estas tenham o seu próprio código de ética e conduta. Desta forma, faz-se aqui necessário trazer uma breve conceituação do que seria este código de ética. É sabido, que um dos principais objetos dentro de um bom programa de *compliance* é o código de ética e conduta, este no qual, segundo o Instituto Ethos é um “conjunto de princípios éticos e de normas de conduta cujos objetivos são aperfeiçoar a “cultura ética” na Organização e administrar conflitos de interesses nos seus relacionamentos internos e externos” (ETHOS, 2018, online). Cita-se que, diversos segmentos vêm utilizando de ferramentas de treinamento como questionários online para que seus colaboradores respondam rápidas perguntas em relação ao que predispõe os seus códigos de ética, garantindo assim com que todos os seus funcionários conheçam o conteúdo do material disponibilizado.

Isto posto, identifica-se que as organizações, com base nestes preceitos, passam a alinhar o seu pensamento a ética e moral, limitando a prática de atos que vão contra a integridade estrutural. Mello (2014, p.123), robustece esta ideia, ao afirmar que o desrespeito aos conceitos éticos é desrespeito ao próprio sistema de garantias, já que, está diretamente ligado ao “princípio da moralidade”, no qual, a partir de uma conduta não apropriada, pode ter seus atos anulados, de acordo com o art.37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outra previsão da lei gaúcha, no art. 38, é a inserção de “auditorias” e canais ligados a comunicação de atos de má conduta. Estes nos quais, são de relevante ajuda na aplicação e instalação da fiscalização em relação a possíveis condutas que não estejam conforme o lícito perante o

ordenamento interno ou externo, principalmente em relação a atos de afronta a administração pública do estado do Rio Grande do Sul. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

A estruturação do programa de integridade deverá segundo art. 39 se dar em até 180 dias após a assinatura do contrato. Outrossim, deverá observar e estar sempre sendo remodelado as condições atuais de cada pessoa jurídica, já que, a cada período ou situação perpassada pode haver um aumento ou diminuição dos riscos, a fim de assegurar a sua “efetividade”.

O art. 40 da lei estabelece as penalidades em caso de não cumprimento da exigência da implementação do programa de integridade. Sendo que “empresa contratada multa de 0,02%, por dia, incidente sobre o valor do contrato e mais O montante correspondente à soma dos valores básicos das multas moratórias será limitado a 10% (dez por cento) do valor do contrato.” Sendo que, se a empresa observar e implementar um programa de *compliance*, o pagamento da multa será findado, no entanto, os valores já pagos não serão objetos de devolução. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

Da mesma maneira, o art. 41 da referida lei, traz que ao não haver a observância da obrigatoriedade dentro do prazo delimitado na lei, a empresa passará a ser suspensão de contratar com o Estado do Rio Grande do Sul, até que implemente o exigido pela lei. Além disso, será inscrita no “Cadastro Informativo das pendências perante órgãos e entidades da Administração Pública Estadual- CADIN/RS¹⁰. Desta forma, dando publicidade e causando graves transtornos a imagem pública da instituição privada que não cumpriu com a regulamentação prevista por lei. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

¹⁰ Lei nº 10.697, de 12 de janeiro de 1996.

Diante do exposto, denota-se que a aplicação de legislações, sejam elas em nível nacional ou estadual que tragam a obrigatoriedade não só da implementação do *compliance*, como também da sua real produção de efeitos, pode ser uma grande evolução em relação a princípios basilares do direito administrativo em relação a contratações. (ZILIOTO, 2020, p.258) No entanto, para tornar-se um programa de integridade efetivo, há uma trama complexa que implica em uma implementação de hábitos de caráter ético em toda engrenagem da instituição (OLIVEIRA, ACOCELLA, 2020, p.15). O que sabidamente, origina um longo e labiríntico processo de abandono de culturas ilícitas e também daquelas chamadas popularmente como “jeitinho brasileiro.”

Sendo assim, identifica-se que as organizações em busca de benefícios, como o afastamento de riscos e a possibilidade de firmar contratos de maior expressão com o poder público, devem gradativamente passar a implementar uma cultura de integridade, respeito aos regulamentos trazidos com as bases principiológicas e normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que, devem estas estarem baseadas na ética e moral, para que assim haja um programa adequado de controle.

Considerações finais

Diante do exposto, verificou-se que o Brasil ao longo dos anos, apresentou diversas carências no que tange a programas efetivos de controle das políticas éticas dos atores principais das contratações públicas. Embora as práticas de corrupção tivessem tido um extenso processo de exposição midiática nos últimos anos, estas fazem parte e decorrem de uma cultura histórica de corrupção em todas as esferas, sejam elas públicas ou privadas. O marco legislativo que delimita regramentos em tornos de programas de integridade, visando a evolução

e credibilidade em torno das contratações públicas, atenta a uma tendência global, que impõe cada vez mais concorrência aos atores comerciais.

Porém, é notório que implementar programas de *compliance* dentro de empresas que contratam com o setor público e também das próprias instituições públicas, deve ser considerado apenas o prólogo de um longo processo de implementação de uma cultura de conformidade nas contratações públicas. Destaca-se que, somente com políticas públicas de educação com base em valores éticos e reformas profundas sociais, é que se ensejará um processo adequado e com uma diminuição da curva da malversação da coisa pública pelas empresas contratantes e pelos gestores públicos.

Referências

ALMEIDA, Luiz Eduardo. Governança Corporativa. in CARVALHO, André de Castro et al(org.). **Manual de Compliance.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROS, Renata Campos Bernardes. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Compliance e programas de integridade e prevenção à corrupção nas organizações sociais: crítica dos marcos regulatórios e diagnóstico preliminar da situação no estado de Goiás. In: SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Direitos sociais e políticas públicas I.** Florianópolis: CONPEDI, 2019.

BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. Governança Corporativa in CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BLOK, Marcella. A nova lei anticorrupção e o compliance. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 65, 2014, p. 263.

BRASIL. **Lei nº 13.303.** 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm Acesso em: 30 de out de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846.**2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acesso em: 30 de out de 2020.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance:** Orientações e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Disponível em: www.cade.gov.br Acesso em: 30 de out 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual para Implementação de Programas de Integridade.** 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf Acesso em: 30 de out de 2020.

CAMARÃO, Tatiana. A contratação pública como instrumento de fomento à integridade e não à corrupção. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º:** riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012.

CARVALHO, Itamar; ABREU, Bruno Cesar Almeida. Programas de compliance: o programa de integridade in CARVALHO, André de Castro et al(org). **Manual de Compliance.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo.** 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016. **Revista de Direito da Administração Pública,** Universidade Federal Fluminense, ISSN 24472042, a. 2, v. 2, n. 1, p. 176-187, jan/jun 2016.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova Lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **R. de Dir. Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr-jun.2015.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe; DOURADO, Guilherme Afonso; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Compliance na Administração Pública. In: CARVALHO, André de Castro et al. **Manual de Compliance.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade Nas Licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pitonti Aguirre de (Org.). **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

INSTITUTO ETHOS. **Formulação e Implantação de Código de Ética em Empresas:** reflexões e sugestões. São Paulo, 2000. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Elaboracao-Codigo-de-Etica-Ethos-Claudio-Abramo.pdf> Acesso em: 30 out 2020.

KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent Seeking Society. **American Economic Association**, vol 64, n.3, pp. 291-303, 1974.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. Os programas de compliance enquanto atenuantes na aplicação das sanções na Lei Federal nº 12.846/2013. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MAAK, Thomas; ULRICH, Peter. **Intere Unternehmensführung: ethisches Orientierungswissen für die Wirtschaftspraxis**, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2007.

MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Compliance: instrumento de controle nas licitações públicas. A&C- **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p.71-91, abr/jun 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e compliance: programa de compliance efetivo e cultura de integridade. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. O princípio da realidade da LINDB aplicado à exigência de compliance nos municípios brasileiros. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo

Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. ACOCELLA, Jéssica. A exigência de compliance e programa de integridade nas contratações públicas: os Estados-membros na vanguarda. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Compliance e direito administrativo: aspectos gerais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes(org.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PARKER, Christine; NIELSEN, Wiebeke Lehmann. Compliance: 14 questions. In: PETER, Drahos(org.). **Foundations and applications**. Camberra: ANU Press, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15.228**.2018. Disponível em: Acesso em: http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_Tod asNormas=64904&hTexto=&Hid_IDNorma=64904 Acesso em: 30 de out de 2020

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad.: Maria Ermantina Galvão; cronologia e introdução Jaques Roger. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAADI, Mário; VIEIRA, Gustavo Cardamoni. Em busca do “compliance” com a justificativa da criação: análise sobre a prática atual de empresas estatais federais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do Compliance no Brasil: Avanços e Novidades. In NOHARA, Irene Patrícia; BASTOS, Flávio de Leão. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo; NASCIMENTO, Anna Gabert. Patrimonialismo na gestão pública: o caso do Brasil. **RJLB**, Ano 5(2019), n°6. P.1157-1178.

SAVAGE, G. T et al. Strategies for assessing and managing organizational stakeholders. **Academy of Management Executive**, 1991, v.5, n.2, 61-75.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Isadora Jinkings; LIMA; Fabiana Vieira; BESSA, Francisco de Holanda. Prevenir: Experiências e Desafios do Ministério da Economia. In ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de(coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs:establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **NYU Journal of Law Business**, v. 14,2018.

ABDULLAH, Syed; SADIQ, N.; INDULSKA, S. A Compliance Management Ontology: Developing Shared Understanding through Models. In: Ralyté, J., Franch, X., Brinkkemper, S., Wrycza, S. (eds.) **CAiSE 2012**. LNCS, vol. 7328, pp. 429-444. Springer, Heidelberg

TONIN, Alexandre Beraldi. Compliance: uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**, vol. 983, p. 265 - 288, Set, 2017.

TREVIÑO, Linda Klebe; WEAVER, Gary Richard. **Managing Etics in business organizations**:social scientific perspectives. California: Stanford University Press, 2003.

ZENKNER, Marcelo. Sistemas públicos de integridade: evolução e modernização da Administração Pública brasileira. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZILIO, Mirela Miró. A arte de exigir programas de integridade nas contratações públicas: ato de coragem ou loucura? In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

A responsabilização civil do empregador por danos decorrentes da COVID-19

*Anna Laura de Souza*¹
*Paulo Henrique Schneider*²

1 Introdução

Considerando a importante evolução dos Direitos Humanos, bem como, o progresso quanto às garantias fundamentais no direito do trabalho, é possível dizer que atualmente muitos são os direitos assegurados aos empregados, sobretudo o direito ao ambiente de trabalho salubre e seguro, garantindo-se as condições mínimas e essenciais à segurança dos trabalhadores.

Inafastável aqui, a observância do artigo 225 da Constituição Federal³, cujo objetivo é justamente a garantia da proteção ao meio ambiente saudável à todos os indivíduos.

Gize-se, que em meio ambiente compreende-se também a ideia de meio ambiente de trabalho, de modo que, é garantia constitucional o meio ambiente de trabalho sadio e seguro à todos os empregados.

Diante disso, a cada ano que passa discute-se mais as formas de garantia de tais direitos aos trabalhadores, de modo a preservar, sobretudo, sua qualidade de vida.

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.

² Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Luterana do Brasil; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Passo Fundo; Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade de Passo Fundo.

³ 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.

Analisando inúmeras garantias previstas tanto na Constituição Federal, quanto na própria CLT⁴, passou-se a se questionar as consequências de eventuais descumprimentos de tais garantias, bem como os limites da responsabilização dos empregadores quando da ocorrência de eventuais danos causados aos obreiros e desenvolvidos no ambiente de trabalho.

Imperioso aqui, o destaque do art. 7º, inciso XXVIII, da CF⁵, cuja previsão trata justamente da eventual responsabilidade do empregador, por danos decorrentes de acidentes de trabalho quando esse incorrer em dolo ou culpa, de modo a conceder um caráter constitucional a possível responsabilização do empregador.

Assim, constante é a polêmica e a quantidade de processos na esfera judicial pelos mais diversos motivos decorrentes das relações de trabalho, mas, sobretudo, quanto aos acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, lesões, entre outros possíveis danos à saúde do empregado, em sua maioria, desenvolvidos por consequência do labor.

Nesse sentido, com o advento da pandemia causada pelo COVID-19⁶ no ano de 2020, tais problemáticas passaram a ser ainda mais comentadas, especialmente quanto as condições do ambiente de trabalho e a responsabilização civil do empregador por eventuais danos à saúde dos empregados decorrentes do novo coronavírus.

Indubitável tratar-se de problemática necessária a ser analisada, uma vez que, a situação de calamidade decorrente da referida pandemia demonstrou inúmeras lacunas legais e jurídicas existentes no Brasil, tais como os limites da responsabilização do empregador quando da

⁴ Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), DEL 5452.

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

⁶ COVID - 19: doença viral de alta transmissão, causada pelo coronavírus, denominado SARS-Cov-2.

ocorrência de danos decorrentes da COVID-19 desenvolvidos no ambiente de trabalho.

Importante destacar que a presente questão não é simples de ser respondida, uma vez que a causa dos possíveis danos, pode ser decorrente de eventual negligência do empregador ao inobservar as medidas de segurança e prevenção necessárias, ou, até mesmo, por fator adverso e, inclusive, externo às dependências do trabalho, de modo que a efetiva responsabilização do empregador pode ser extremamente polarizada a depender de cada caso concreto.

Assim, considerando as peculiaridades e particularidades que envolvem as problemáticas oriundas da COVID-19 no ambiente de trabalho, faz-se necessário uma pesquisa aprofundada, a fim de sanar as principais dúvidas, seja dos empregados, empregadores, empresas e, sobretudo, dos pesquisadores do direito, para que se permita a efetiva garantia dos direitos fundamentais durante todo o período de calamidade, a fim de, inclusive, preparar-se de maneira efetiva para possíveis situações futuras similares, na tentativa de sempre garantir a preservação dos direitos essenciais.

Com efeito, o presente trabalho abordará os limites da responsabilização civil dos empregadores por danos decorrentes da COVID -19, objetivando a pesquisa dos direitos fundamentais correlacionados ao meio ambiente de trabalho e a responsabilidade civil inerente (ou não) aos empregadores, a fim de se demonstrar o posicionamento da doutrina relacionado a um tema tão atual que fora a pandemia do coronavírus em 2020.

2 O direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro.

Em primeiro lugar, necessário destacar a intensa e histórica luta pela conquista dos direitos fundamentais no passado e, ainda hodiernamente,

já que, por muito tempo sequer se considerou a necessidade de garantia à direitos básicos dos seres humanos, tais como o direito à vida e, mais ainda, à uma vida digna, hoje garantida a todos os homens.

Atualmente, é possível afirmar que os direitos fundamentais fazem parte ou, no mínimo deveriam fazer parte, de toda e qualquer relação humana, de modo que inerente a todos os indivíduos, inclusive aos nascituros, que mesmo antes do nascimento já são sujeitos de direitos e de proteções constitucionais.

Não há como olvidar a importância e evolução histórica de tais garantias, já que, conforme apresenta Paulo Thadeu Gomes da Silva (2010, p. 13):

Os direitos fundamentais são algo que foi construído historicamente pelos povos, aqui, nesta época vivida, não importando muito o seu fundamento, se religioso, se secular, se metafísico, se positivo. O que interessa é que eles, a partir de um certo momento histórico até os dias atuais, são um dado da realidade, decorrendo daí a necessidade de promovê-los e protegê-los. A sua promoção é necessária para que se combata eventual negação de sua existência e a sua proteção tem a ver com a obrigatoriedade de se combater a ameaça ou a violação real ao seu núcleo essencial.

Dessa forma, considerando a paulatina evolução de tais direitos e a relevância de sua existência, atualmente, evidente a necessidade de sua proteção e garantia a todos os indivíduos.

Conforme muito bem destaca George Marmelstein (2008, p. 18), em seu livro Curso de Direitos Fundamentais, os direitos fundamentais possuem sobretudo inegável caráter ético, uma vez que constituem-se como valores básicos para a manutenção da vida em sociedade de forma que estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação de poder, já que um ambiente de opressão impossibilita a garantia de uma vida digna.

Nesse mesmo contexto, inegável ainda, além do caráter ético, o caráter normativo dos direitos mencionados, uma vez que caracterizam-se pela “norma maior” a qual todas as outras Leis devem estrita e obrigatória obediência.

Em vista disso, considerando a significativa evolução e valorização de tais direitos, ditos fundamentais, passou-se a considerar ainda mais sua relevância social, principalmente nas relações de trabalho, já que anteriormente o descaso com a saúde e qualidade de vida dos trabalhadores era exponencial, de modo que, após intensas lutas por parte dos operários, atingiu-se o patamar atual dos direitos trabalhistas.

De acordo com Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho no livro *Direitos Humanos e Direito do Trabalho* (2010, p.66) os direitos fundamentais foram concebidos como direitos aplicáveis nas relações entre Estado e particulares. Todavia, essa noção mostrou-se insuficiente, já que grande parte das vezes o violador dos direitos fundamentais não é o Estado, mas sim particulares, especialmente aqueles dotados de poder econômico.

Dito isso, destaca-se que grande parte dos particulares detentores desse grande poder econômico, são proprietários de empresas, que empregam inúmeros indivíduos sujeitos de direitos e garantias fundamentais, muitas vezes inobservadas e violadas, conforme elucidam as autoras.

Nota-se, a partir disso, que a preocupação em assegurar as garantias de tais direitos retaliando sua violação, é importantíssima, sobretudo no que diz respeito à essas relações particulares, tais como as relações de trabalho, haja vista que, envolvem uma gama de direitos essenciais, tais como o direito ao trabalho seguro, salubre, entre outras garantias que visam assegurar aos indivíduos a preservação da dignidade da pessoa humana.

Indispensável considerar que o patamar alcançado atualmente referente à proteção dos trabalhadores é fruto dessa incansável luta das gerações anteriores em reivindicar um mínimo de direitos a serem garantidos a todos os seres humanos sem qualquer distinção ou discriminação. Nesse sentido, pertinente a alusão ao trecho do livro “Responsabilidade do empregador por danos à saúde do trabalhador”:

Após uma época em que gritantes abusos contra a higidez dos trabalhadores e exposição destes a elevados riscos ocupacionais caracterizavam o cotidiano das relações de trabalho, o direito à preservação da saúde e da integridade física passou a constituir prerrogativa firme de todo trabalhador alcançando patamar constitucional. (CECILIA; Silvana Louzada Lamantina, 2008, pagina 15).

Dessa maneira, considerando a relação direta entre a preservação dos direitos fundamentais com a garantia da dignidade da pessoa humana, destaca-se a necessidade de uma efetiva proteção dessas garantias nas relações sociais dos indivíduos, especialmente nas relações de trabalho, uma vez que presentes em mais da metade da vida dos seres humanos.

Em consequência das incansáveis lutas em busca de tal proteção, atualmente a própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXII,⁷ evidencia a guarda de tais garantias, sobretudo quanto a preservação da saúde e segurança dos trabalhadores.

Destarte, a previsão e garantia dos direitos essenciais são condições básicas a fim de assegurar aos trabalhadores a preservação de sua dignidade, principalmente no que diz respeito ao meio ambiente de trabalho, que deve condizer com tais previsões, assegurando a todos os

⁷ 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;

indivíduos condições básicas para o desempenho das atividades concomitantemente com a preservação da integridade dos trabalhadores.

Isso posto, necessário destacar e diferenciar a figura do meio ambiente de trabalho como direito fundamental, tal como destacam as autoras:

O meio ambiente é direito fundamental expressamente previsto no artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe que 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.

Esse direito fundamental pode ser dividido em meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente de trabalho. (PIOVESAN; VAZ, 2010, p. 69).

Com efeito, o presente estudo debruça-se sobre o meio ambiente de trabalho e suas características necessárias à preservação da saúde e da vida digna dos empregados.

O meio ambiente de trabalho saudável além de ser um direito fundamental previsto expressamente na Constituição Federal, conforme mencionado alhures, está também garantido pela Consolidação das Leis do Trabalho em diversos artigos, os quais prevêm normas de proteção aos trabalhadores, mulheres, menores, intervalos mínimos para descanso, entre outras proteções expressamente consolidadas na Legislação, cujo objetivo é justamente a garantia da dignidade à todos os obreiros a fim de se preservar inúmeros outros direitos fundamentais diretamente relacionados e influenciados pelo meio ambiente de trabalho, tais como direito à vida, a saúde, ao lazer, entre outros.

Desse modo, dentre as principais previsões destacadas na CLT, gize-se a responsabilidade do empregador para com saúde de seus empregados,

seja por normas de fiscalização ou até mesmo de redução dos riscos, a exemplo destaca-se o art. 166, caput:

Art. 166 - 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.

Nota-se, a preocupação do artigo na garantia e proteção da saúde dos empregados, de modo que, indubitável a responsabilidade do empregador quando do não fornecimento ou fiscalização do uso de tais equipamentos.

Além disso, há de se destacar a existência de inúmeros outros danos que podem decorrer do labor, ainda que não diretamente, de forma que demonstra-se necessária a análise de cada caso concreto, a se verificar se a ocorrência de tais danos se realmente decorrente da prestação do labor.

Ora, inegável que todo dano causado à saúde dos empregados e, decorrentes do ambiente de trabalho, desde que por culpa, dolo ou omissão, devem ser considerados como uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que, existindo o nexos causal entre o labor e o dano em questão, evidente que o direito fundamental à saúde, deixou de ser garantido e observado pelo empregador.

Nesse contexto, destaca Cecília:

Todo trabalhador possui precipuamente o direito a desenvolver suas atividades laborativas consoante a estrita observância das medidas necessárias à preservação de sua saúde.

Se a todo direito corresponde uma obrigação, decorre daí o dever do empregador de viabilizar essas medidas preventivas, envidando todos os esforços para que o ambiente de trabalho resulte no meio mais seguro e salubre possível. (CECILIA, 2008, p. 19).

Ademais, conforme previsto na CLT, artigo 157, inciso II, cabe às empresas instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, de modo que, eventuais danos causados em decorrência da inobservância do artigo, poderão ser reputados ao empregador e passíveis de indenização.

Soma-se ainda, o artigo 75, E, da CLT⁸, o qual prevê expressamente o dever do empregador em instruir seus empregados, gize-se, de maneira expressa, em relação às precauções necessárias à atividade objeto do labor.

Diante disso, inegável a necessidade, além do fornecimento das condições básicas para o trabalho, de orientação aos empregados quanto aos cuidados necessários à manutenção do labor, sob pena de responsabilização posterior, quando da inobservância de garantias essenciais.

Logo, não se pode olvidar a importância da garantia de tais direitos dos trabalhadores, especialmente à saúde e a dignidade, já que, conforme elucidada George Marmelstein (2008, p.66), a dignidade da pessoa humana é um valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder. Assim, impossível afastá-la das principais relações sociais existentes no mundo, tais como as relações de trabalho.

Evidente que a garantia ao meio ambiente de trabalho seguro e, principalmente, saudável, é característica indispensável a todas as relações de trabalho, já que fundamental e inerente à preservação da saúde e da vida dos trabalhadores.

⁸ Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Outrossim, gize-se que a garantia desses direitos é de responsabilidade do empregador, conforme explicitamente destacado na CF⁹, bem como em diversos artigos na CLT, uma vez que trata-se de responsabilidade do empregador a garantia à um ambiente de trabalho seguro, seguindo todas as normas de saúde, higiene e segurança para tanto, conforme supracitado, a fim de proporcionar aos seus empregados a garantia de seus direitos fundamentais.

A CLT prevê expressamente as formas de garantir tais direitos aos empregados sobretudo no artigo 200, cujo conteúdo debruça-se especialmente quanto as medidas de proteção aos trabalhadores, considerando-se as diferentes condições de trabalho, bem como os diferentes ambientes cujo labor é prestado.

Isso posto, evidente a necessidade de garantir um meio de trabalho adequado aos trabalhadores, já que, segundo mencionam Fátima Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho:

Esse patamar de direito humano fundamental ao meio ambiente equilibrado no que tange ao meio ambiente do trabalho encontra-se albergado em nossa Constituição Federal de modo geral no artigo 225, capít, e de forma específica no artigo 7º, XXII, e no artigo 200, VIII.

Como se infere dos dispositivos legais referidos, não há como negar que o meio ambiente saudável e equilibrado é um dos direitos fundamentais humanos, na medida em que ligado de forma intrínseca com a dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN; DE CARVALHO, 2010, p. 308).

Logo, evidente ser dever de todos, sobretudo do Estado e dos empregadores, a garantia aos trabalhadores da preservação de seus direitos fundamentais, especialmente quanto ao meio ambiente de

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

trabalho sadio e seguro, uma vez que trata-se de fator indispensável à manutenção da qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, de modo que, a transgressão de tais previsões devem acarretar a responsabilidade dos mesmos perante o trabalhador vitimado.

3 A responsabilidade civil nas relações de trabalho.

Inicialmente, considerando a importância da garantia dos direitos mencionados, por parte dos empregadores à seus empregados, importante elucidar as reais consequências quando da inobservância de tais questões nas relações de trabalho, isso porque, os danos causados aos empregados em decorrência desse descumprimento, podem e, na maioria das vezes, geram responsabilização trabalhista e, inclusive civil, dos empregadores que desobedecerem tais garantias.

O conceito de responsabilidade civil, segundo Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 25), decorre do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, cuja finalidade é tornar indemne o lesado, de modo a colocar a vítima na situação de outrora, na condição em que se encontraria sem a ocorrência do fato danoso.

Nesse sentido, a responsabilização civil decorre de um dano, causado ou não por culpa do agente, de modo que, objetiva reparar o prejuízo gerado ou indenizá-lo, a fim de tentar proporcionar à vítima a reestabilização de seu *satus quo ante*¹⁰.

Conforme destaca Cristino Heineck Schmitt:

Sobre a função da responsabilidade civil, assinala-se que o sentimento de justiça imanente a qualquer indivíduo faz-nos pensar que um agente causador de um dano deve necessariamente reparar o mesmo. E, através desta reparação, consubstanciada em uma indenização, tentar-se-á recompor o

¹⁰ *Status Quo Ante*: expressão latim que significa o estado em que as coisas se encontravam anteriormente.

equilíbrio jurídico econômico da vítima, entregando a esta uma restituição integral pelo prejuízo absorvido, permitindo-a regressar ao estado anterior à lesão. (SCHMITT, 2010, p. 15).

A diferenciação do dano causado ou não por dolo ou culpa do agente (negligência, imprudência ou imperícia) é imprescindível para o estudo da responsabilidade civil, uma vez que essa subdivide-se em subjetiva e objetiva, devendo ser analisada em cada caso concreto.

Assim, destaca-se que a responsabilidade subjetiva caracteriza-se pela necessidade de comprovação dessa culpa do agente transgressor, demonstrando-se que o mesmo incorreu em negligência, quando deixou de fazer algo que deveria ter feito, imprudência, quando extrapolou os limites de sua ação ou, até mesmo por imperícia, quando o dano causado por culpa do agente decorre de desconhecimento técnico para a prática do ato.

Dessa maneira, a responsabilidade subjetiva prescinde a demonstração da culpa, para que gere o dever de indenizar ou reparar o dano, por parte do agente.

Por outro lado, a responsabilidade conhecida como objetiva, não necessita da referida demonstração, de modo que a culpa é entendida como presumida, bastando apenas a existência do nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano ocasionado, conforme previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil,

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Pertinente para o momento, conceituar ainda a ideia de “Ato ilícito” conforme destacado no artigo pelo legislador e que, de acordo com Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 32), *em sentido amplo*, implica apenas na ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, em desacordo com o Direito, sem referências ao elemento subjetivo ou psicológico.

À vista disso, conforme se depreende do diploma civil, a obrigação em reparar o dano causado a outrem, no caso de responsabilidade objetiva, é obrigatório, independente da demonstração de culpa, bastando a violação do dever jurídico.

Segundo o autor:

Em sede de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ato ilícito *lato sensu*, assim, entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente.

Temos como certo que o novo Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar, independentemente de culpa. (FILHO, 2004, p. 32).

Ademais, quanto a responsabilidade objetiva refere ainda o autor Cristiano Heineck Schimitt:

Esta modalidade calcada no risco passou a ser chamada de responsabilidade objetiva, dispensando a prova da culpa, contentando-se com a verificação do dano e do nexó de causalidade. Neste sentido, um agente será punido civilmente porque está ligado a um dano, mesmo que não tenha agido com culpa. [...] (SHMITT, 2010, p. 28).

De outro lado, conceituando a responsabilidade subjetiva destaca o autor:

Quando o fundamento da reparação for um ato culposo, seja ele derivado de omissão ou ação do agente causador do dano, está-se diante da responsabilidade subjetiva, daí falar-se em teoria subjetiva, que é também a teoria clássica. Assim, a responsabilização dependerá de comprovação da atitude omissiva ou comissiva do agente [...] (SHMITT, 2010, p. 27).

A responsabilidade subjetiva exige um certo esforço da vítima ou daquele que demandará em juízo, para comprovar a existência de culpa por parte do agente, o que indubitavelmente não é algo fácil de se alcançar, especialmente nos casos em que o dano ceifou a vida da vítima.

Outrossim, para fins de um pleno entendimento quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, pertinente salientar o conceito de nexos causal que, conforme Sergio Cavaliere Filho (2004, p. 65), incide na necessária relação de causa e efeito entre o dano causado à vítima e a conduta ilícita, de modo que o prejuízo causado seja resultado desse ato.

Assim, necessária a comprovação desse liame entre causa e o efeito para fins de responsabilização.

Contextualizada a responsabilização civil, cabe ressaltar a importância e, inclusive, incidência do instituto em diversas esferas das relações sociais, sobretudo no direito do trabalho. Isso porque, comumente observa-se uma grande demanda indenizatória na Justiça Trabalhista, em decorrência de danos causados no ambiente de trabalho, seja por culpa do empregado, do empregador, ou, até mesmo, danos “esperados” em decorrência da atividade de risco objeto do labor.

Nesse sentido, conforme destaca Silvana Louzada Lamantina Cecília (2008, p. 55), o dever de o empregador indenizar seus empregados, pelos danos à saúde, causados no ambiente de trabalho, insere-se nos limites da relação trabalhista e decorre ainda, das disposições contidas no direito social.

Importante acrescentar que, genericamente, entende-se que a responsabilização civil por danos decorrentes de relações de trabalho é de responsabilidade subjetiva, ou seja, necessita da comprovação do empregado, quanto a culpa do empregador, além do nexo de causalidade entre a conduta e o dano gerado.

Sobre isso, destaca a autora:

Para aqueles que entendem inafastável a existência de culpa do empregador para que este possa ser responsabilizado pelo acidente do trabalho causador de danos à saúde do trabalhador, entendemos plenamente possível sustentar-se que essa culpa decorre da falta de controle em relação ao seu dever geral de diligência na conservação do meio ambiente de trabalho de forma que o mantenha seguro e salubre, bem como ao seu dever de zelar pela manutenção da integridade física do trabalhador. (CECILIA, 2008, p. 75).

Diante disso, entende-se que, acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, ou quaisquer outros danos causados na contratualidade empregatícia, devem estar munidos de comprovação da culpa do empregador, bem como nexo causal, para eventual reparação, isso porque, necessária a demonstração da inexistência de Equipamentos de Segurança, fiscalização, orientação, entre outras responsabilidades inerentes ao empregador e citadas no tópico anterior, a depender da atividade desempenhada.

Todavia, conforme já mencionado, tal abordagem é um tanto quanto superficial, já que, inúmeras atividades desenvolvidas pelos empregados tratam-se de atividades de alto risco, cuja ocorrência de acidentes de trabalho, ou inclusive doenças decorrentes desse, são, de certa forma esperadas, fazendo parte do risco de tal atividade, motivo pelo qual a responsabilidade nesses casos é objetiva.

Segundo Cecilia (2008, p. 70), a anatomia do risco envolve, de um lado o livre arbítrio em contraponto com a assunção de responsabilidades daquele que se lança em novos empreendimentos que envolvam certo grau de risco, de modo que, assume para si integralmente as responsabilidades pelos prejuízos ou danos decorrentes dessa ação.

Nesta questão, importante ressaltar recente decisão do Superior Tribunal Federal em Recurso Extraordinário n. 828040, a qual entendeu pelo direito do trabalhador à indenização independente da comprovação de culpa ou dolo do empregador, quando esse desempenhar atividades de risco.

Pertinente salientar a tese de repercussão geral firmada pelo STF, no sentido de entender como objetiva a responsabilização do empregador, quando a atividade implicar em elevado e habitual risco à saúde do empregado:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Destacar ainda o artigo 193 da CLT e seus incisos:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Assim, algumas atividades enquadram-se inequívocamente em tal conceito, tais como motoristas de cargas explosivas ou operadores da mineração, por exemplo, uma vez que indubitavelmente presume-se um elevado e habitual risco no desempenho de tais atividades.

Polêmico é o entendimento quanto ao tipo de responsabilidade aplicável aos casos de empregados que contraíram COVID-19 no ambiente de trabalho, isso porque a situação envolve inúmeras peculiaridades necessárias de serem analisadas no caso concreto.

Não há como olvidar que o risco de contágio do vírus em questão é variável a depender do tipo de trabalho realizado pelo empregado, bem como, do lugar onde são desenvolvidas as atividades, já que um hospital fornece um risco muito mais elevado do que o labor em um escritório, por exemplo.

Além disso, outras variáveis são determinantes quando da análise da responsabilidade do empregador, tais como a observância ou não das medidas de proteção, a garantia do meio ambiente de trabalho salubre, a culpa exclusiva da vítima, entre outras inúmeras possibilidades, necessárias para uma definição quanto ao tipo de responsabilização pelos danos decorrentes da COVID -19.

4 Da responsabilização civil por danos decorrentes da COVID-19.

Conforme amplamente demonstrado no decorrer do presente artigo, a pandemia do COVID-19 repercutiu rápida e devastadoramente em inúmeras esferas sociais, sobretudo nas relações de trabalho.

Inegável a ligeira transmissão e velocidade de contaminação ocasionada pelo vírus, principalmente em postos de trabalho, estabelecimentos comerciais, indústrias, entre outros inúmeros locais

caracterizados predominantemente pelo elevado número de trabalhadores desenvolvendo suas atividades em um mesmo local.

Ora, conforme supramencionado, desde o início da referida pandemia, grande preocupação passou a perseguir os empregadores, bem como todos os indivíduos sobre como preservar a saúde dos empregados, em contraponto com a manutenção da produtividade, frente a um vírus tão instável e prejudicial, bem como, frente aos principais modelos de labor, inegavelmente caracterizados pela aglomeração de diversos indivíduos desempenhando diferentes tarefas em um mesmo estabelecimento.

Nesse sentido, diante do elevado nível de incidência de contaminação nos referidos lugares, passou-se a refletir, tanto em âmbitos informais como nos postos de trabalho, assim como em âmbitos formais, tais como no judiciário ou até mesmo, no legislativo, sobre as consequências e responsabilidade de tal contaminação no ambiente de labor.

Indubitável tratar-se de assunto polêmico, uma vez que inúmeros são os entendimentos e correntes para proporcionar possíveis soluções ao problema, algumas entendendo ser responsabilidade do empregador os danos decorrentes da contaminação no ambiente de trabalho, outras demonstrando o equívoco de transferir tal responsabilidade ao empregador, todos os entendimentos com seu fundo de verdade e validade, porém alguns com maior simetria com o direito pátrio.

Salutar ressaltar ainda, que diversas foram as tentativas de regulamentação da referida problemática, afim de acalmar a população diante de tal insegurança, a exemplo destaca-se a Medida Provisória 927/20 que em seu artigo 29 vinculava a caracterização da contaminação pelo COVID-19 à comprovação do nexos causal entre a doença e o labor,

posteriormente suspensa em razão das diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ¹¹ e em discussão até hoje.

Outrossim, em razão dos frequentes e urgentes questionamentos, apresentou-se como fundamental uma análise mais ampla do problema, a fim de analisar elementos como culpa, nexos causal e características da atividade para caracterizá-la ou não como doença do trabalho, sobretudo para fins indenizatórios.

Nesse sentido, inúmeros são os entendimentos diante do tema quanto a responsabilização pelos danos decorrentes da COVID-19.

Há de se destacar que uma primeira e minoritária “corrente” acredita ser objetiva a responsabilidade do empregador quando da contaminação no ambiente de trabalho, independentemente de culpa do empregador. Isso porque, conforme tal entendimento, é responsabilidade do empregador a garantia de um ambiente adequado e salubre aos seus trabalhadores.

Conforme tal entendimento, toda e qualquer doença contraída no ambiente de trabalho, desde que comprovado o nexo causal entre a conduta e o resultado, configura-se como doença ocupacional, de modo que responsabiliza-se o empregador pela doença contraída, em tese, no ambiente de labor, independentemente de culpa do mesmo.

Gize-se, para fins de contextualização que doença ocupacional trata-se daquela doença desenvolvida em razão do trabalho e suas condições, nos termos do Art. 20, I e II, da Lei 8213/91. ¹²

¹¹ ADI 6342, ADI 6344, ADI 6346, ADI 6348, ADI 6349, ADI 6352, ADI 6354 (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>)

¹² 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.

Desse modo, há de se destacar que o artigo 29 da Medida Provisória 927 de 2020¹³, agora não mais vigente, buscava configurar a COVID-19 como doença ocupacional, tão somente quando comprovado o referidonexo causal entre a contaminação e o labor do empregado, ignorando o elemento culpa do empregador, para a configuração da doença contraída como ocupacional.

Ressalta-se ainda que, para configurar o dever de indenizar, ou seja, a responsabilização do empregador, há ainda de se verificar o elemento dano, uma vez que, tratando-se de covid-19 há inúmeros casos de pacientes assintomáticos, que sequer experimentaram os sintomas da doença, de modo que, evidente que diante da inexistência do dano concreto, inexistente o dever de indenizar.

Com efeito, destaca-se o comentário do livro MEDIDA PROVISÓRIA 927 DE 2020 COMENTADA ARTIGO POR ARTIGO:

[...] Quando o efeito (doença) é decorrente de uma determinada causa (conduta), diz-se que se vinculam através do nexos, que os une. Se o direito (doença) deriva umbilicalmente da causa (trabalho), há entre eles um nexos de causalidade ou, simplesmente, causalidade. Logo, é fácil notar que um é antecedente ao outro, que um dá causa ao outro, que, sem o primeiro, o segundo não ocorreria. (DE SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto. et al. MEDIDA PROVISÓRIA 927 DE 2020 COMENTADA ARTIGO POR ARTIGO. 1ed.)

Note que, dada a leitura da previsão da medida provisória, bem como do comentário acima colacionado, para fins de configurar a doença como ocupacional, bem como de responsabilizar o empregador, bastaria a comprovação do dano e do nexos causal em relação a contaminação pela doença.

¹³ Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexos causal.

Tal entendimento, apesar de suspenso posteriormente¹⁴, ainda é defendido por inúmeros doutrinadores e pesquisadores. Todavia, há de se destacar que trata-se de posição temerária, haja vista que transfere objetivamente a responsabilidade ao empregador pelos danos causados pela contaminação, gize-se quando concretos e efetivos, ainda que inexista qualquer ato ilícito (culpa ou dolo), bastando tão somente que os danos decorrentes da contaminação tenham ocorrido no ambiente de trabalho e tal fato seja demonstrado pelo trabalhador.

Cumpra esclarecer ainda que, posteriormente, o referido artigo fora suspenso posteriormente em razão do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, aos trabalhadores considerados “comuns”, cujo labor não envolva a linha de frente, para eventual responsabilização, torna-se necessária a demonstração do dano, nexos causal, mas também da culpa do empregador, que deverá ter concorrido para a produção do resultado.

Nesse sentido, indubitável que a simples demonstração do dano e do nexos causal é insuficiente para a configuração da responsabilidade civil de acordo com a decisão. Assim, necessária a existência da culpa, seja ela pela não adoção das medidas preventivas cabíveis, não fiscalização do uso de máscaras, ou inclusive pelo não afastamento daqueles trabalhadores que apresentaram sintomas da doença, entre outros fatores.

Com efeito destaca-se trecho do livro *Coronavírus e Direito à Saúde*:

As normas de segurança e saúde no trabalho devem ser rigorosamente observadas por empregadores e empregados, para que se preserve a higidez no meio ambiente do trabalho, com ênfase, quanto ao tema em estudo, para a proteção da saúde e prevenção da infecção pelo coronavírus (covid-19), cabendo à inspeção do trabalho (art. 21, inciso XXIV, da Constituição Federal

¹⁴ ADI6342: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/verTema.asp?id=152662#>

de 1988) verificar a observância das referidas disposições. (BARBOSA GARCIA, 2021, p. 46).

Outrossim, conforme cita o autor do livro mencionado acima, não há como olvidar também da previsão expressa no art. 157 da CLT¹⁵, que deve ser observada sobretudo em tempos de COVID-19, haja vista que cabe às empresas cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, instruir seus empregados, facilitar a fiscalização pelas autoridades competentes, entre outras determinações expressas na legislação que devem ser observadas, especialmente pelos empregadores de grandes e pequenas empresas.

Destaca-se também a NR 1, item 1.4.1, cuja previsão trata-se justamente das precauções a serem adotadas pelos empregadores, de modo que, prevê expressamente todas as condutas a serem adotadas, de maneira que, imprescindível sua observância, sobretudo hodiernamente, haja vista que o conteúdo de tal norma refere-se principalmente à preservação da saúde dos trabalhadores.

Conforme a decisão apresentada, não basta a simples comprovação do dano e nexo de causalidade para a responsabilização do empregador, mas também a estrita comprovação da culpa lato sensu, por parte do mesmo, sobretudo no que diz respeito às normas e determinações acima destacadas.

Imperioso destacar assim, decisão proferida pela 3ª Vara do Trabalho da cidade de Passo Fundo, pelo Juiz Marcelo Caon:

[...] em que pese o panorama geral do desenvolvimento da sua atividade econômica envolva realmente a proximidade dos trabalhadores entre si, em

¹⁵ Art. 157- Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II- instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar doenças ocupacionais; III- adotar medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV- facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

ambientes fechados, frios e úmidos, e em que pese esse ambiente ser um facilitador da disseminação viral, não há como equipará-lo a um local em que presumível e naturalmente os trabalhadores irão manter contato com o agente patogênico da COVID-19, impossibilitando a declaração denexo causal presumido e a responsabilidade civil pelo risco criado.

Além disso, e partindo agora para a pretensão sucessiva da petição inicial, que também aposta na conduta omissiva da reclamada para lhe imputar responsabilidade, o que tenho a dizer é que a prova é no sentido de que esta adotou as medidas que lhe cabiam para proteger a saúde dos trabalhadores e evitar a propagação do vírus em suas dependências, não incorrendo em culpa *in omitindo ou in viligando*. (Marcelo Caon Pereira, processo n. 00207348620205040663, 3ª Vara do Trabalho de Passo Fundo)

Gize-se que, a colacionada decisão segue justamente no sentido de que não há o que se falar em responsabilização da Reclamada, quando inexistente a comprovação do nexo causal entre a conduta e o resultado, bem como, diante da inexistência de culpa por parte do empregador, seja ela *in omitindo* ou *in viligando*, haja vista a manifesta adoção de todas as medidas de prevenção legalmente previstas, por parte da Reclamada.

Uma recente decisão¹⁶ da 6ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul, cuja sentença condenou frigorífico gaúcho ao pagamento de uma indenização no montante de um milhão de reais, em razão do descumprimento das medidas de prevenção do COVID-19.

A sentença, debruçou-se em impor à Reclamada, frigorífico JBS, a readequação de sua conduta, sobretudo no que diz respeito a implementação efetiva das medidas de prevenção, afastamento dos funcionários diagnosticados com o COVID-19, adoção de escalas de trabalho, entre outras medidas que objetivam prevenir e interromper a disseminação da doença. Ainda, entendeu o juízo pela condenação pelo dano moral coletivo, destaca-se:

¹⁶ https://www.prt4.mpt.mp.br/images/Ascom/2021/06/01/Senten%C3%9%A7a_JBS_Ana_Rech.pdf

No caso em apreço, não há dúvidas de que a inicial negligência da Requerida quanto ao cumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho é fato que caracteriza danos morais em relação aos indivíduos e, também, aos valores coletivos. Acresça-se, como fundamentado no item precedente, que mesmo com a adoção de protocolos sanitários posteriormente à eclosão e ao acréscimo dos casos de contaminação pela Covid-10 em Caxias do Sul os riscos ocupacionais biológicos se mantiveram no ambiente de trabalho da Defendente, sendo fator a ser considerado na reiteração da probabilidade de contágio pelo coronavírus, com repercussões na esfera social e não apenas ambiental localizada. (Marcelo Silva Porto, ACPCiv 0020513-04.2020.5.04.0405, 6ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul).

Note que a decisão colacionada é do juízo de primeiro grau, sendo que ainda é passível de modificação em sede recursal. Todavia, inequívoca sua importância nacional, haja vista que poderá influenciar de forma indireta, as demais empresas no sentido de adequação às normas básicas de higiene e segurança do trabalho, a fim da preservação do ambiente salubre e responsabilidade com a saúde dos trabalhadores.

Com efeito, forçoso salientar a necessidade e importância da adoção das mencionadas medidas de prevenção por parte dos empregadores, haja vista que, diante do descaso e negligência, a possibilidade de configuração do nexo causal para fins de responsabilização é consideravelmente maior.

Por fim, destaca-se ainda, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise da medida provisória acima discutida, preocupou-se também com aqueles trabalhadores habitualmente e diretamente expostos aos riscos de contaminação, o que a doutrina entende por responsabilidade civil pelo risco criado. Nesse sentido destaca-se:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6342, 6344, 6346, 6348, 6352 E 6354. DIREITO

CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. MEDIDA PROVISÓRIA 927/2020. MEDIDAS TRABALHISTAS PARA ENFRENTAMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA RECONHECIDO PELO DECRETO LEGISLATIVO 6/2020. NORMAS DIRECIONADAS À MANUTENÇÃO DE EMPREGOS E DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. ART. 29. EXCLUSÃO DA CONTAMINAÇÃO POR CORONAVÍRUS COMO DOENÇA OCUPACIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. ART. 31. SUSPENSÃO DA ATUAÇÃO COMPLETA DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS ARTS. 29 E 31 DA MP 927/2020. CONCESSÃO PARCIAL DA MEDIDA LIMINAR. 1. A Medida Provisória 927/2020 foi editada para tentar atenuar os trágicos efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia do coronavírus (covid-19), de modo a permitir a conciliação do binômio manutenção de empregos e atividade empresarial durante o período de pandemia. 2. **O art. 29 da MP 927/2020, ao excluir, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, prevê hipótese que vai de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade objetiva do empregador em alguns casos.** Precedentes. 3. Não se mostra razoável a diminuição da atividade fiscalizatória exercida pelos auditores fiscais do trabalho, na forma prevista pelo art. 31 da MP 927/2020, em razão da necessidade de manutenção da função exercida no contexto de pandemia, em que direitos trabalhistas estão sendo relativizados. 4. Medida liminar parcialmente concedida para suspender a eficácia dos arts. 29 e 31 da Medida Provisória 927/2020.

(ADI 6342 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-269 DIVULG 10-11-2020 PUBLIC 11-11-2020).

Conforme a decisão, quando tratar-se de empregado cujo labor apresente elevado risco, tais como médicos intesivistas, enfermeiros, entre outros obreiros que prestam suas atividades na linha de frente do combate à doença, presumir-se-á, em caso de contaminação, o nexos causal, ou seja, que a contaminação se deu no ambiente de trabalho, haja vista o risco das

atividades desempenhadas, de modo a responsabilizar objetivamente o empregador.

Nesse sentido, pertinente o destaque a doutrina elucidativa “Programa de Responsabilidade Civil”, que esclarece:

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou dano. (FILHO, 2004, p. 145).

Nesses casos, ao se considerar a natureza do labor, bem como a elevada exposição aos agentes nocivos da doença, o pressuposto da responsabilização civil, gize-se, nexos causal, será presumido em favor do trabalhador, de modo a facilitar o pleito pela responsabilização do empregador. Desse modo, conforme argumenta Sérgio Cavalieri Filho, no livro acima destacado, a teoria do risco profissional, sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado (146).

Todavia, necessário destacar que, ainda que aparentemente justo e adequado tal entendimento, não há como considera-lo plenamente válido e aplicável a todos os casos, isso porque, há de se destacar que, ainda que exista a elevada exposição ao vírus nesses ambientes de trabalho mencionados, não há como se descartar completamente a possibilidade da contaminação pelo vírus em ambientes externos, sem qualquer relação com o labor, de maneira que, cada caso ainda deverá ser minuciosamente analisado de forma concreta, a fim de se evitar uma responsabilização injusta ou àquele que sequer concorreu para o resultado danoso.

Considerações finais

Por fim, há de se ressaltar que o presente trabalho preocupou-se em analisar a responsabilidade civil em contraponto com o momento atual vivenciado no Brasil, sobretudo pela maioria das empresas que aqui desenvolvem suas atividades.

Inegável o impacto econômico, legislativo e principalmente jurídico que a Covid-19 ocasionou à maioria das pessoas, especialmente aos empregadores que hodiernamente deparam-se com inúmeros “limbos” legislativos, considerando o estado de exceção e calamidade em que o país se encontra, de modo a enfrentar casos e situações jamais vivenciadas anteriormente.

Em vista disso, evidente a enorme insegurança jurídica existente e os inúmeros direitos e garantias em risco quando da análise das consequências da referida doença, sobretudo nos ambientes e relações de trabalho, haja vista que, principalmente nessa esfera, tais garantias são de incontestável importância e apresentam-se em risco nas condições atuais.

Dessa maneira, incontroverso que as orientações, bem como decisões acerca do tema, especialmente da responsabilização civil devem pautar-se na Constituição Federal, levando em conta os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão.

Todavia, não há como afastar a necessidade de observação daqueles direitos previstos também à todas as Pessoas Jurídicas que aqui desenvolvem suas atividades e que, indubitavelmente também não devem ser prejudicadas sem qualquer limitação ou análise minuciosa dos casos concretos, sob pena da possível “morte” de muitas dessas empresas empregadoras de milhares de indivíduos.

Nesse sentido, o presente trabalho objetivou a pesquisa e análise da responsabilidade civil, juntamente com as consequências da doença

Coronavírus nas relações de trabalho, de maneira a apresentar as inseguranças que cercam o direito e as diferentes correntes doutrinárias existentes atualmente e que buscam sanar a maioria dessas inseguranças.

Entretanto, a referida pesquisa não objetiva o alcance de respostas certas e definitivas, haja vista que a própria situação atual não permite tal expectativa. Ressalta-se que o tema ainda terá diversas mudanças, orientações e análises, sobretudo por muitos anos ainda, de maneira que, somente a prática e a vivência real oportunizará opiniões e afirmações mais seguras em relação ao tema.

Hodiernamente e dentro de todas as limitações expostas, cabe aos pesquisadores e atuantes do direito, pesquisar e estudar maneiras de adequar as previsões e garantias legais ao estado atual em que o país e, inclusive o mundo, se encontra, de maneira a persistir na busca da preservação das garantias fundamentais, tanto aos empregados quanto aos empregadores, ambos sujeitos de direitos e deveres.

Dessa maneira, evidente a necessidade da observância e manutenção das garantias fundamentais aos empregados, especialmente no momento atual, entretanto, não se pode olvidar que tais garantias também se estendem aos empregadores e, em vista disso, a análise deve ser cada vez mais profunda, a fim de possibilitar decisões e previsões justas e equânimes à todos os indivíduos, independente da classe e do cargo que ocupam no ambiente de labor.

Assim, conforme amplamente demonstrado, a problemática apresenta-se ainda demasiadamente complexa, de maneira que, cada caso ainda é e, deverá continuar sendo, ainda por muito tempo, detalhadamente analisado, de modo a, paulatinamente, firmar-se jurisprudências e posições seguras quanto ao tema de modo a preservar as legislações vigentes e sobretudo a Constituição Federal.

Referências

CECILIA, Silvana Louzada Lamantina. Responsabilidade do Empregador por Danos à Saúde do Trabalhador: 1. Ed. São Paulo: LTr, 2008.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil: 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coronavírus e Direito à Saúde: Repercussões trabalhistas, previdenciárias e na Assistência Social: 1. Ed. São Paulo: Saravia Educação, 2021.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO Luciana Paula Vaz de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos Fundamentais: Contribuição Para Uma Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. Responsabilidade Civil: 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico Ltda., 2010.

Ministério da Saúde. Disponível em: <http://https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca> Acesso em: 23. Nov., 2020.

<http://www.stf.jus.br/portal/pauta/verTema.asp?id=152784>

https://www.prt4.mpt.mp.br/images/Ascom/2021/06/01/Senten%C3%A7a_JBS_Ana_R ech.pdf

A estabilização da tutela provisória de urgência: efeitos decorrentes da (im)possibilidade de formação da coisa julgada ¹

Daniela Teresinha Secco ²

Roberto Carlos Gradin ³

Introdução

O Estado, por meio do Poder Judiciário, tem o dever de prestar tutela jurisdicional capaz de atender às demandas judiciais em um lapso temporal razoável frente às situações em que haja conflitos. Para isso, se faz necessária a implementação de instrumentos processuais adequados, céleres e efetivos, capazes de atender de maneira dinâmica e justa às pretensões que lhe são apresentadas.

Desse modo, é imprescindível que ocorra o constante aprimoramento e o desenvolvimento de técnicas processuais que prezem pela qualidade da prestação jurisdicional, com vistas a garantir mais efetividade dos direitos assegurados no ordenamento jurídico.

Com efeito, o lapso temporal para resolução de um conflito judicial deve ser o adequado para proporcionar o equilíbrio e a ordem social, de modo que os litígios sejam decididos de maneira mais célere, contudo, sempre primando pela observância dos princípios que regem o processo

¹ Artigo científico produzido com vistas à obtenção do certificado de conclusão da graduação no curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.1.

² Aluna do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: dtsecco@gmail.com Link currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6949946132829190>

³ Orientador. 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 Link currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0551723141572265>.

e, em especial, o princípio da celeridade processual, o qual possibilita que ocorra, de forma eficaz, a distribuição da justiça entre os indivíduos que buscam, por meio de uma prestação jurisdicional, a solução de um conflito.

A necessidade de movimentação célere do processo vem ao encontro dos conflitos que demandam urgência, em que o decurso do prazo pode gerar para a parte um prejuízo ou ainda agravar um dano, em decorrência do prolongamento do processo, ocasionado pela demora processual, o que impede que o Estado cumpra, precipuamente, com o seu dever de proteção ao direito. Essas situações costumam estar mais presentes nas formas convencionais de concessão da tutela jurisdicional, pautadas pela cognição exauriente, ou seja, fundadas em juízo de certeza e que, naturalmente, demandam de um maior lapso temporal para seu julgamento.

Com vistas a garantir mais efetividade ao direito, quando se tratar de casos fundados na urgência, existem medidas processuais aptas, previstas no ordenamento jurídico-processual brasileiro. Exemplo disso é a técnica antecipatória conferida às tutelas provisórias, pela qual o magistrado pode conceder a antecipação dos efeitos da tutela final ao demandante, com base em uma análise de cognição sumária, que dispensa inicialmente o contraditório e a ampla defesa. Isso é possível quando a decisão estiver amparada em elementos que evidenciem a probabilidade do direito tutelado e a urgência, amparada pelo perigo de causar um dano maior ou ainda pôr em risco o resultado útil do processo, caso a medida não seja concedida ao tempo em que se pede.

Contudo, no cotidiano, os operadores do direito têm se deparado com uma série de questões controvertidas, ocasionadas pelas significativas inovações promovidas pela Lei n. 13.105 de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil (CPC/2015), no que tange às tutelas provisórias. Essas questões necessitam e merecem ser amplamente discutidas, tendo em vista os diferentes posicionamentos doutrinários acerca dos possíveis

efeitos jurídicos causados por sua aplicabilidade ao caso concreto, mais precisamente quando a situação de urgência é verificada antes mesmo de se iniciar o processo, a qual enseja a propositura de uma demanda que garanta a efetivação da tutela antecipada (satisfativa) antecedente e que pode vir a estabilizar-se caso o demandado não adote medida específica e apta a evitar a ocorrência de tal fenômeno.

Diante disso, este estudo faz o registro de uma breve abordagem sobre o tema das tutelas provisórias enquanto técnica processual antecipatória e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, são expostos os posicionamentos doutrinários quanto aos efeitos jurídicos da estabilização dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente após decorrido o prazo que as partes possuem para o exaurimento da cognição. Por fim, analisa-se a possibilidade ou não de incidência da coisa julgada e suas consequências processuais, a fim de despertar a reflexão e contribuir para propiciar um melhor entendimento acerca do tema frente ao caso concreto.

1 A tutela provisória como técnica antecipatória e o procedimento para concessão da tutela de urgência antecipada antecedente

Com o intuito de concretizar a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional, o legislador ordenou as tutelas de cognição sumária previstas no Livro V da Parte Geral do CPC/2015 sob o título de Tutela Provisória que é o gênero, contempladas nos artigos 294 ao 311, dividindo-a em duas espécies quanto ao fundamento: tutela de urgência e tutela da evidência.

Quanto ao seu objetivo, a tutela de urgência divide-se em cautelar (natureza acautelatória/conservativa) e antecipada (natureza satisfativa) e quanto ao procedimento, ou seja, o momento em que poderá ser requerida, classifica-se em antecedente (requerida antes de se iniciar o processo propriamente dito) e incidental (requerida no decurso do processo).

Nesse viés, observa-se que a tutela provisória de urgência ganhou especial destaque, ao ser subdividida em dois títulos procedimentais, abarcadas nos artigos 303 a 310 do CPC/2015, além de um título específico que dispõe acerca das disposições gerais que deverão ser observadas pelo demandante para sua concessão.

Por fim, à espécie de tutela provisória de evidência também reservou-se um regramento próprio, elencando uma série de hipóteses de cabimento no artigo 311, incisos I a IV, do Código de Processo Civil, que permitem ao demandante, mediante a demonstração da alta probabilidade do seu direito, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela final. Contudo, importa destacar que essa espécie de tutela provisória e, da mesma forma, a tutela de urgência cautelar, não serão o objeto central de estudo neste trabalho, dando-se ênfase especial à tutela de urgência antecipada requerida de forma antecedente, pois somente essa espécie de tutela possui aptidão para estabilizar-se. (SILVA, 2017, p. 1).

A estruturação da técnica antecipatória tem por objetivo combater a morosidade processual e está diretamente atrelada ao princípio constitucional da razoável duração do processo⁴, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de garantia fundamental pela Emenda Constitucional 45/2004, de modo a auxiliar na mais ampla efetividade, na celeridade e na economia processual e, conseqüentemente, possibilitar a solução jurídica da lide em um curto espaço de tempo, com vistas a fazer cessar o conflito social apresentado. Da mesma forma, está em consonância com o dispositivo constitucional da proteção à lesão ou

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 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.

ameaça a direito⁵ que assegura à parte o amplo, irrestrito e efetivo acesso ao Poder Judiciário.

A morosidade processual abre também espaço para o surgimento de outros conflitos nascidos e sustentados dentro da própria esfera do processo. Por conta da lentidão, ao invés de estancar o sofrimento, o processo (ineficaz) acaba criando outros. Assim urge-se ressaltar que o profissional do direito deve ter em seu mister diário um ideal a perseguir, qual seja: realçar os valores fundamentais do processo e colocá-lo à mercê da satisfação de tempestiva prestação da tutela jurisdicional, com o propósito de diminuir o negativo impacto psicológico imposto às partes (SILVA, 2004, p. 36).

Diante disso, para evitar que a morosidade processual possa acarretar tanto no perecimento do direito da parte autora como também na probabilidade de ocasionar um dano, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela final enquanto técnica processual consiste numa importante evolução promovida pelas Leis nº 8.952/94⁶ e nº 10.444/02⁷ ao Direito Processual Civil brasileiro, previstas ainda na vigência do Código de 1973.

O instituto é inspirado tanto no direito italiano quanto no francês, tendo sido inicialmente introduzido ao Código de Processo Civil de 1973 e igualmente contemplado no CPC/2015, porém com significativas modificações. Contudo, ainda na vigência do antigo código, importantes alterações foram efetivadas para possibilitar a implementação dessa técnica processual: “a lei 8.952/94 [...] introduziu os juízos de cognição sumária no âmbito do processo de conhecimento, como tentativa de

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 5º [...] XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶ Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

⁷ Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

superação do ideal racionalista⁸ que contaminou o processo civil no último século” (SILVA, 2017, p. 105).

Porém, não sendo o direito uma ciência lógica tampouco exata, e com as mudanças sociais que inevitavelmente ocorrem com o passar do tempo, faz-se necessária a desconstrução desse ideal. Por isso a implementação da técnica da antecipação da tutela é de suma importância, a fim de garantir a efetiva prestação jurisdicional à sociedade.

O principal objetivo dessa técnica é assegurar ao demandante a agilidade processual, sem que sua demora ocasione prejuízos à parte, evitando, assim, que o direito substancial se perca devido à lentidão do processo. Nesse sentido, “a simplificação das formas processuais representa indubitavelmente um meio de se alcançar um processo acessível a todos, bem como de se obter justiça mais rápida, eficaz e menos demorada” (SILVA, 2017, p. 107).

Sua aplicabilidade propicia aos demandantes um trâmite processual mais célere e eficaz, tornando mais ágil a forma da prestação jurisdicional frente aos meios tradicionais aplicados para sua concessão, o que torna possível a concretização dos princípios constitucionais que a norteiam e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, também previstos no CPC/2015, em seu artigo 4º, *caput*, que assegura às partes o direito de obter em prazo razoável a solução integral o mérito, incluída a atividade satisfativa.

Quanto à necessidade de uma movimentação mais célere do processo, o processualista Ovídio Araújo Batista da Silva afirma que:

Se o ordenamento processual entender preferível preservar suas formas convencionais de tutela jurídica, sem levar em conta a necessidade de

⁸ O ideal racionalista diz que o juiz, ao decidir frente ao caso concreto, deveria se limitar a reproduzir a vontade da lei, dispensando a interpretação.

concessão de uma tutela imediata, imposta pela urgência, então, muito provavelmente a proteção que o Estado vier a conceder, neste caso, será tardia e muitas vezes inútil, pois o direito, então exposto à situação de dano iminente, ao tempo da resposta jurisdicional já não mais poderá realizar-se praticamente por haver desaparecido seu objeto (2008, p. 6).

Portanto, a movimentação mais célere do processo como garantia constitucional vem ao encontro da técnica antecipatória que, frente às formas convencionais de concessão da tutela jurisdicional, visa a efetivar de forma mais dinâmica o direito ao autor e, principalmente, distribuir entre os litigantes os efeitos da duração do processo. Em assim sendo, prima-se pelo princípio da igualdade, uma vez que ao autor não é mais imposto suportar de forma isolada o ônus da demora na entrega da prestação jurisdicional, direcionando o interesse em agilizar o andamento do feito ao réu, pois sua inércia acarreta consequências ao processo. Logo, “a antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça” (MARINONI, 2011, p. 23).

Nesse viés, a antecipação da tutela conferida ao demandante que demonstrou a urgência em seu pedido e a probabilidade do seu direito torna possível equilibrar a distribuição do tempo de duração do processo entre as litigantes, evitando as consequências que a demora na concessão da tutela traria ao titular do direito pleiteado.

No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu. Por isso, o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas [...] (MARINONI, 2011, p. 272).

A implementação da técnica antecipatória garante aos litigantes a equânime distribuição desse tempo, evita que haja um benefício ao réu em detrimento da demora do processo, possibilita, para os casos fundados na urgência – e atendidos os requisitos condicionadores que evidenciem o *fumus boni juris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo) –, que o magistrado conceda ao autor da demanda, mediante decisão fundamentada e de forma *inaudita altera pars* (liminarmente) – ou, a depender do caso, após justificação prévia –, a antecipação do direito pleiteado, ou seja, ao bem da vida. (SILVA, 2017, p. 122).

Logo, a decisão concedida provisoriamente possibilita a produção dos efeitos da tutela definitiva, e a inércia do réu em impugnar a demanda faz presumir que o direito assiste ao autor, verificando-se a efetiva aplicabilidade do instituto e, conseqüentemente, a ocorrência do fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela, sendo facultativo, portanto, o prosseguimento da demanda de forma ordinária.

Entretanto, é importante salientar que o autor deve requerer expressamente, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício conferido no caput do artigo 303 do CPC, conforme preceitua o §5º, e, ainda, tem o ônus de aditar a petição (303, §1º, inciso I) dentro do prazo legal estipulado, a depender da modalidade de tutela de urgência que está sendo pleiteada (satisfativa ou cautelar), a fim de complementar o seu pedido antecedente com vistas a obter a confirmação jurisdicional da tutela final, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito. Ademais, caso o magistrado verifique que faltam elementos para a concessão da providência antecipatória, poderá determinar que o autor a emende (303, §6º), também sob pena de extinção sem resolução do mérito.

Assim, a tutela de urgência antecipada antecedente segue um procedimento próprio, contemplado pelos artigos 303 a 304 do CPC/2015, o qual prevê que, após sua concessão sumária e o aditamento da petição inicial pelo autor, deverá ocorrer a citação e a intimação do réu para, inicialmente, comparecer à audiência de conciliação ou de mediação, abrindo-se, a partir dessa data, o prazo para, querendo, impugnar o pleito. (SILVA, 2017, p. 123).

No entanto, caso não ocorra essa manifestação da parte contrária, com o intuito de contestar o feito e seguir ordinariamente com o processo, inaugura-se no processo o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela que fora concedida provisoriamente, num juízo de cognição não exauriente, tema sobre o qual se fará uma breve análise no título que segue.

2 O fenômeno da estabilização dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente

A possibilidade de ocorrer a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, quando concedida de forma antecedente no processo, já vinha sendo amplamente discutida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), por meio de uma comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni, José Roberto dos Santos Bedaque e Kazuo Watanabe, o qual resultou na formulação de um Anteprojeto de Lei apresentado ao Ministério da Justiça em 31/01/2007.

A partir desse Anteprojeto, o Senado Federal apresentou o Projeto de Lei nº 186/2005⁹, propondo a modificação e a inclusão de alguns dispositivos ao CPC/1973, com o objetivo de tornar definitivo o comando estabelecido pela tutela antecipada, pois, uma vez que a decisão não fosse

⁹ Ementa: modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Autoria: Senador Antero Paes de Barros (PSDB/MT)

impugnada, tornar-se-ia imutável, atingindo, portanto, o *status* de coisa julgada. (SILVA, 2017, p. 47)

Contudo, aquelas propostas não foram aprovadas, vindo a ser contempladas somente pelo CPC/2015, tendo o legislador reformulado totalmente o antigo procedimento das cautelares, agora com o título de tutela provisória, prevendo a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão somente para a tutela de urgência antecipada quando requerida em caráter antecedente, e, referente à incidência da coisa julgada, posicionou-se contrariamente ao antigo Projeto de Lei, decidindo pela impossibilidade de sua formação ante à concessão da referida tutela. (REDONDO, 2015, p. 14)

Notadamente, com o advento do CPC/2015, ocorreram diversas alterações no tocante às tutelas provisórias e, sem dúvida, uma das principais inovações, foi, sem dúvida, a possibilidade da estabilização dos seus efeitos quando o magistrado concedê-la ao demandante em conformidade com o artigo 304, caput¹⁰, sem que haja impugnação da parte contrária. Trata-se, portanto, mais especificamente, da tutela de urgência antecipada (satisfativa) nos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, ou seja, quando ela é requerida de forma antecedente no processo, consoante ao artigo 303, caput¹¹.

Portanto, preenchidos os requisitos que a ensejam, a tutela de urgência que foi antecipada em um juízo de cognição sumária tem o condão de estabilizar-se, com a conseqüente extinção do feito, pois, diante da inércia do réu ao deixar de impugnar a decisão por meio de recurso, possibilita a ocorrência de tal fenômeno. Todavia, conforme preceitua o

¹⁰ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

¹¹ Art. 303 caput do Código de Processo Civil de 2015, “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

artigo 304, §6^o¹² do CPC/2015, frente a essa decisão, não se operará o instituto da coisa julgada.

A possibilidade de estabilização dos efeitos limita sua aplicabilidade às tutelas de urgência antecipadas quando requeridas em caráter antecedente, ou seja, o autor da demanda a requer na petição antes mesmo de se iniciar o processo propriamente dito e, ainda, diante da falta de interposição do recurso cabível para atacá-la, qual seja, o recurso de agravo de instrumento, pois esse é o instrumento hábil para impugnar a decisão concedida provisoriamente, inclusive com entendimento já sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça¹³ e em decisões recentes proferidas pelos Tribunais de Justiça¹⁴. (MARINONI, 2011, p. 21).

Conforme mencionado no título anterior, mesmo a petição limitando-se ao requerimento da tutela antecipada em virtude da urgência demonstrada, o autor tem o ônus de aditar a petição inicial, sob pena de a demanda ser extinta sem resolução do mérito, conforme depreende-se no artigo 303, §1^o, inciso I, e §2^o do CPC/2015.

A implementação da estabilização tem por objetivo primordial a redução do número de processos ordinários, pois haveria a tendência de a

¹² Art. 304 [...] § 6^o. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2^o deste artigo.

¹³ Superior Tribunal de Justiça. I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido. Recurso Especial nº 1797365 RS 2019/0040848-7. Recorrente: Banco Cooperativo Sicredi S/A. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul/RS. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 03 de outubro de 2019. RB vol. 662 p. 229.

¹⁴ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nos casos em que a petição inicial se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, ausente a interposição de recurso, ocorrerá a estabilização da decisão que concedeu a tutela antecipada e o processo será extinto, conforme o previsto no artigo 304, § 1^o do CPC. Em casos tais, a vontade do réu em prosseguir com o feito para o exaurimento da cognição será irrelevante, devendo, para tanto, ser ajuizada ação própria. Apelação cível nº 1.0000.20.065159-4/001. Apelante: Fundação Educacional Minas Gerais. Apelada: Caroline Vieira Cruz. Relator: Alberto Henrique. Minas Gerais, 10 de julho de 2020.

parte contrária se conformar com aquele resultado, diante da convicção sobre a impossibilidade de sua modificação caso fosse questioná-la ordinariamente, tornando meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente.

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juíz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizem-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento (SICA, 2016, p. 236).

Nessa mesma linha, José Miguel Garcia Medina destaca que: “concedida a medida satisfativa, não tendo ela sido impugnada e extinto o processo sem que se realize cognição exauriente acerca do direito, torna-se ela estável, conservando seus efeitos enquanto não revista” (2015, p. 302).

Portanto, não havendo impugnação da parte contrária, conforme já destacado, a tutela de urgência antecedente concedida provisoriamente conservará seus efeitos até o momento oportuno, previsto na legislação processual cível, em que aquela decisão poderá ser revisitada pelas partes por meio de uma demanda específica.

A decisão que concede a tutela antecipada, caso não impugnada nos termos do caput do art. 304 do CPC/2015, torna-se estável e produz efeitos fora do processo em que foi proferida, efeitos estes que perduram, se não alterada a decisão que lhes serve de base. Trata-se da ultratividade da tutela. Há, aí, situação peculiar: a decisão não precisa ser ‘confirmada’ por decisão fundada em cognição exauriente (como a sentença que julga o pedido, após a antecipação dos efeitos da tutela). Trata-se de pronunciamento provisório, mas, a despeito disso, dotado de estabilidade, que não se confunde, contudo, com a coisa julgada (MEDINA, 2015, p. 302).

Assim, não impugnada a decisão que concedeu a tutela de urgência satisfativa antecedente, seus efeitos estabilizam-se. Entretanto, mesmo estabilizado os efeitos, as partes ainda têm a possibilidade de demandarem, através de uma ação autônoma, a qual será discutida em um juízo de cognição plena, objetivando rever, reformar ou ainda invalidar a tutela que foi antecipada e que se estabilizou, consoante ao art. 304, §2^o¹⁵, dentro do prazo decadencial de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, conforme o art. 304, §5^o¹⁶, ambos do CPC/2015.

Nesse viés, Medina salienta que “[...] o pronunciamento é provisório e estável: provisório, porque qualquer das partes pode ajuizar ação com o intuito de obter um pronunciamento judicial fundado em cognição exauriente, e estável, porque produz efeitos sem limite temporal [...]” (2015, p. 302).

Contudo, importa destacar que, decorrido o prazo bial sem que as partes tenham efetivamente se manifestado acerca daquela decisão estabilizada, em regra, não seria mais possível rediscutir o mérito da demanda, pois não há previsão legal de cabimento de alguma medida, seja recursal, seja autônoma a partir desse momento. (BONATO, 2017, p. 24)

Desse modo, depreende-se que a estabilização dos efeitos da tutela visa a dar maior efetividade ao procedimento e eficácia prática à antecipação da tutela que está sendo demandada, quando preencher os requisitos legais para sua concessão. Essa sistemática racionaliza a atuação judicial e, consequentemente, promove economia processual, frente à

¹⁵ Art. 304. [...] § 2º. Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

¹⁶ Art. 304 [...] § 5º. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

decisão que produziu um resultado prático em face do réu que, ficando inerte, conduzirá à extinção do feito sem o exaurimento da cognição.

Contudo, a perpetuação no tempo da eficácia da estabilização conduz a diversos questionamentos. Um deles relaciona-se diretamente ao princípio da segurança jurídica, uma vez que uma decisão célere prestada pelo Estado poderá colocar em xeque a segurança da prestação jurisdicional ou a pretensão de um julgamento justo. Isso tendo em vista que, conforme já mencionado, mesmo estando previsto no texto legislativo que a decisão que concedeu a antecipação da tutela de urgência não faz coisa julgada material, há quem defenda sua ocorrência, como se demonstrará adiante. (BONATO, 2017, p. 25)

Portanto, se nenhuma das partes se pronunciarem no prazo bienal, em regra, não mais é possível rediscutir o direito material objeto daquela decisão antecipatória que fora concedida em um juízo de cognição sumária.

Esse tema, contudo, é bastante controvertido na doutrina e abarca, ao menos, três posicionamentos doutrinários distintos quanto à possibilidade ou não da formação da coisa julgada material após decorrido o prazo de dois anos da extinção do processo e, conseqüentemente, a possibilidade de rediscutir o mérito da decisão estabilizada e que não fora revista em ação específica dentro do prazo legalmente previsto, conforme expõe-se a seguir, no último título deste estudo.

3 Os efeitos jurídicos da decisão estabilizada frente ao instituto da Coisa Julgada: controvérsias doutrinárias

Para possibilitar uma análise mais assertiva acerca dos efeitos que a estabilização da tutela antecipada (satisfativa) antecedente poderia assumir após decorrido o prazo bienal que as partes têm a seu dispor para intentar ação autônoma objetivando modificar a decisão estabilizada com o exaurimento da cognição e, nas controvérsias doutrinárias que cercam o

tema, faz-se necessária a abordagem de algumas breves considerações acerca do instituto da coisa julgada e suas implicações frente ao processo.

O instituto da coisa julgada está previsto no artigo 5º, inciso XXXVI¹⁷ da Constituição Federal e visa, primordialmente, à efetivação do princípio da segurança jurídica, proporcionando a estabilidade nas relações jurídicas, pois é um instrumento processual capaz de salvaguardar os direitos reconhecidos e defender a manutenção da prestação jurisdicional que foi concedida aos litigantes. (MARINONI, 2011, p. 30).

Seu conceito encontra-se tanto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁸, quanto no CPC/2015, definindo a coisa julgada material em seu artigo 502, caput como sendo “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Dessa leitura, verifica-se que sua ocorrência consiste na impossibilidade de as partes impetrarem ordinariamente qualquer instrumento com a finalidade de impugnar a decisão que transitou em julgado, de modo que, naquele processo de conhecimento em que a cognição foi exaurida, não mais se analisará o mérito do provimento.

Importa destacar que a coisa julgada possui funções processuais próprias, quais sejam, a função negativa, também chamada de imutabilidade, a qual impede a rediscussão do quanto foi julgado na decisão que transitou em julgado, e a função positiva, denominada de indiscutibilidade ou força normativa, que vincula um segundo julgador a conformar-se com aquela decisão inicial transitada em julgado. (RIBEIRO, 2018, p. 39)

¹⁷ Art. 5º. [...] XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁸ Art. 6º. [...] §3º da LINDB: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Sobre a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão judicial que declarou a existência ou não do direito e suas consequências, destacam-se os seguintes aspectos:

Tem-se, então, que a coisa julgada corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não do direito da parte que requer tutela jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de declarar a existência ou não de um direito, o seu juízo não terá força suficiente para gerar imutabilidade típica da coisa julgada. Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente, isto é, com cognição exauriente, para fazer aplicar sobre esses uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 688).

A imutabilidade que decorre da coisa julgada tem por consequência o impedimento à propositura de demanda com objeto idêntico (função negativa da coisa julgada – artigo 333, VI, §4º e 485, V, do CPC) e a vinculação dos juízes de processos futuros a tomar a decisão como premissa sempre que a situação jurídica definida despontar como questão prejudicial (função positiva da coisa julgada – art. 503 CPC/2015) (BUENO et al., 2018, p. 122).

Todavia, em casos excepcionais em que haja ofensa à coisa julgada, existe a possibilidade da decisão que transitou em julgado vir a ser objeto de revisão, porém, fora daquele processo, por meio da ação rescisória (artigo 966 e seguintes do CPC/2015), caso se verifique o cumprimento dos requisitos autorizadores previstos em lei, objetivando desconstituir aquele provimento.

Sobre a possibilidade de revisão da decisão de mérito e seu principal objetivo enquanto instrumento do processo, o seguinte posicionamento doutrinário:

[...] o ordenamento jurídico prevê instrumentos destinados a superar a coisa julgada, autorizado a apreciação da decisão de mérito que, a princípio, seria

indiscutível. [...] é ação destinada precipuamente a obter rescisão da coisa julgada formada sobre decisão judicial, permitindo a partir daí a revisão do julgado. [...] o principal objetivo da ação rescisória é desconstituir a força da coisa julgada[...] (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 631).

Feita essa síntese, convém analisar a possibilidade de incidência ou não do instituto da coisa julgada frente aos ditames impostos pelo artigo 304, §6º do CPC/2015, o qual expressa claramente a impossibilidade de formação da coisa julgada frente à decisão que conceder a tutela antecipada satisfativa antecedente não impugnada oportunamente pelo réu, pois tal dispositivo não impõe, ao menos aparentemente, uma limitação temporal indicando essa impossibilidade, o que gerou uma série de interpretações na doutrina acerca do tema. (RIBEIRO, 2018, p. 51)

Conforme já explicitado, a decisão que antecipa a tutela e que está apta a estabilizar-se é fundada em um juízo de cognição não exauriente, em que o julgador, diante da situação de urgência e da probabilidade do direito, ao conceder a demanda, antecipou ao autor os efeitos da tutela definitiva e que, diante da inércia do réu em impugná-la, estabilizou-se e conduziu à extinção do processo, sendo capaz de produzir efeitos para fora do processo.

Existem semelhanças entre os institutos da coisa julgada e da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, pois ambas possuem o condão de tornar a providência judicial concedida imutável e indiscutível. Contudo, a decisão que permitiu a formação da coisa julgada, ordinariamente, perpassou um juízo de cognição exauriente em que, ao final, houve efetivamente a declaração do direito pleiteado.

Sobre a relação entre os institutos, destaca-se que

[...] o conteúdo do provimento antecipatório de urgência estabilizado pode adquirir uma definitividade e uma incontrovertibilidade processual similar, do

ponto de vista da indiscutibilidade, mas que, não é idêntica com a preclusão máxima da coisa julgada em sentido próprio (BONATO, 2017, p. 12)

Diante disso, a problemática trazida para discussão permeia algumas divergências doutrinárias acerca dos efeitos da estabilização dos efeitos da tutela provisória satisfativa concedida em caráter antecedente e se há ou não a possibilidade de formação da coisa julgada após decorrido o prazo decadencial de dois anos sem que as partes tenham se utilizado dessa via específica, prevista pelo CPC/2015, a fim de exaurir a cognição e, ainda, referente ao cabimento ou não de uma ação, seja autônoma ou rescisória, a fim de rediscutir o direito material estabilizado. (RIBEIRO, 2018, p. 52)

Existem, no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos dois posicionamentos de estudiosos que defendem a impossibilidade de formação da coisa julgada material enquanto estáveis os efeitos que concederam a tutela antecipada antecedente e, conseqüentemente, a impossibilidade de as partes intentarem ação rescisória. Contudo, elas divergem quanto à possibilidade da propositura de uma demanda autônoma após decorrido o lapso temporal de dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo.

O primeiro grupo de estudiosos analisados (DIDIER Jr; BRAGA; OLIVEIRA, 2016; SICA, 2016) segue o posicionamento majoritário acolhido pela doutrina pátria, afirmando que, decorrido o prazo bienal, não caberia qualquer forma de impugnação, seja autônoma ou não, a fim de rediscutir aquela matéria decidida sumariamente. E reconhecem que seus efeitos seguem estabilizados até que as partes intentem a ação autônoma no intuito de rever, reformar ou invalidar aquela decisão, prevista no artigo 304, §5º, do CPC/2015, pois o fato de a tutela antecipada antecedente fundar-se em uma cognição não exauriente a torna inapta à formação da coisa julgada material.

Defendem ainda que o instituto da coisa julgada é inerente ao juízo de cognição plena em que houve manifestação da parte contrária no sentido de integrar efetivamente o polo passivo da lide em discutir ordinariamente o pleito.

O referido posicionamento condiz com a intenção do legislador em relação à tutela antecipada antecedente, cujo escopo é resolver situações específicas, pautadas na urgência e na probabilidade do direito, fazendo com que o Estado conceda à parte a antecipação dos efeitos da tutela definitiva e facultando ao demandado o prosseguimento do feito ordinariamente. Da mesma forma, defendem que os institutos da coisa julgada e da estabilidade dos efeitos da tutela antecipada não se podem confundir, embora admitam que a estabilização produzirá efeitos para fora do processo:

A estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada. [...] não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória. [...] o autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo. Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o §5º do art. 304 (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 625-626).

Ainda, referente a esse entendimento, argumentam que a coisa julgada incide sobre o conteúdo e sobre as questões prejudiciais expressa e incidentalmente decididas e não sobre seus efeitos (limites objetivos da estabilização), como ocorre na estabilização. Esse motivo impossibilita a ocorrência da coisa julgada e, conseqüentemente, qualquer

questionamento, seja ele autônomo ou por meio de ação rescisória, posterior ao prazo de dois anos da extinção do processo. Nesse caso, defendem que

[...] não se antecipa a própria tutela satisfativa (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os efeitos delas provenientes. Pela decisão provisória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu conhecimento judicial (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 601).

Contudo, ao sustentar essa perspectiva, admitem a ocorrência de uma imutabilidade própria da estabilização, pois o código não é claro na redação do seu artigo 304, §1º sobre a forma com que se dará a extinção do processo, se “com” ou “sem” resolução do mérito, contendo somente a expressão “o processo será extinto”. Porém, seria possível encaixar essa situação na hipótese de sentença terminativa (inciso X, do artigo 485), o qual inclui “os demais casos prescritos neste código”, acarretando o afastamento da incidência do artigo 502 do CPC2015 (que dispõe acerca da ocorrência da coisa julgada frente às decisões de mérito). (RIBEIRO, 2018, p. 67)

Portanto, analisados os efeitos da coisa julgada material frente ao processo, em razão da qual a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes (efeito positivo) e impedindo que o mesmo litígio seja novamente debatido judicialmente (efeito negativo), percebe-se esse último efeito também no instituto da estabilização (artigo 304, §5º). Contudo a legislação não previu expressamente que, após decorrido o prazo bienal, as partes possam ainda rediscutir o mérito daquela decisão, portanto, ela careceria do efeito positivo, logo, adquirindo uma qualificação própria, diferente da coisa julgada, impedindo as partes de

atacar a decisão por meio de ação rescisória ou qualquer outra ação, decorrido o prazo bienal.

A decisão estabilizada não parece ter a feição positiva da coisa julgada. Passados os dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se uma estabilidade qualificada, pois, embora não possa ser alterada, não se confundiria com a imunidade pela inexistência de uma feição positiva (SICA, 2016, p. 243).

Nesse mesmo viés, o tema também fora debatido oportunamente no Fórum Permanente de Processualistas Civis, editando-se o Enunciado número 33¹⁹, o qual reforçou a ideia quanto à impossibilidade de propositura de ação rescisória frente à estabilização dos efeitos da decisão, corroborando para com o entendimento deste primeiro grupo de estudiosos.

Portanto, para essa corrente doutrinária, considera-se arriscado admitir a ocorrência da coisa julgada frente à tutela antecipada concedida em um juízo de probabilidade não exauriente após decorrido o prazo bienal, pois se estará oportunizando uma discussão acerca da constitucionalidade da decisão, especialmente por vulnerar as garantias da ampla defesa e do contraditório e a própria coisa julgada.

Entretanto, um segundo posicionamento, mesmo reconhecendo a impossibilidade de ocorrência da coisa julgada e do descabimento de ação rescisória, corroborando, nesse sentido, para com o posicionamento do primeiro grupo de estudiosos, sustenta que, decorrido o lapso temporal de dois anos sem que tenha havido o exaurimento daquela matéria, ainda é possível às partes intentarem, observado o prazo prescricional ou decadencial do direito material debatido, uma ação autônoma destinada a revisitar aquela decisão. Argumentam que, caso não fosse possível propô-

¹⁹ Enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência.

la, haveria ofensa ao direito fundamental relativo a um processo justo. Sobre o direito à adequada cognição da lide, sustentam que

[...] a estabilidade da tutela antecipada antecedente não pode adquirir a autoridade da coisa julgada, que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição e a decadência). Em resumo: o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional [...] (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 229-230).

Porém, ao admitir essa possibilidade, se incorreria em tornar sem efeito o que determinou o legislador no artigo 304, §6º (segunda parte), do CPC/2015, pois esse dispositivo prevê que somente se modificam os efeitos da tutela estabilizada por meio de uma ação autônoma específica (304, §2º), a qual poderá ser proposta por qualquer das partes em até dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§5º).

Portanto depreende-se que, esgotado esse período, as partes não mais podem intentar novo pleito a fim de rediscutir a lide, tendo sido claro o legislador em restringir a possibilidade àquele lapso temporal específico, não cabendo, nesse caso, interpretação diversa ao que a própria lei quis referir.

Contrariamente a essas duas linhas doutrinárias, um terceiro posicionamento (sustenta a ocorrência da coisa julgada material decorrido o lapso temporal de dois anos da extinção do processo e, ainda, assevera a possibilidade de as partes rediscutirem aquela matéria por meio de uma ação rescisória. GRECO, 2014; REDONDO, 2015)

Segundo esse entendimento, os efeitos da coisa julgada se restringem ao interregno de tempo de dois anos da ciência da extinção do processo (304, §5º), no qual o legislador possibilitou às partes a modificação dos efeitos da decisão estabilizada por meio de ação revocatória (304, §2º) e, após decorrido *in albis* o biênio, a estabilidade se tornaria imutável e, portanto, seria acobertada pela coisa julgada material.

A referência à não formação da coisa julgada, acompanhada do advérbio ‘mas’ conectado ao trecho seguinte, que diz que a estabilidade pode ser afastada pela ação de modificação, esclarecem que a referência que o §6º faz (à inexistência da coisa julgada) restringe-se ao período em que a ação de modificação pode ser proposta, isto é, dentro dos 2 anos após a extinção do processo. Se, dentro do prazo de 2 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado o debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material (REDONDO, 2015, p. 19).

[...] passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência do direito de propor ação revocatória (§5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada (GRECO, 2014, p. 315).

Sustentam que, mesmo sendo uma decisão interlocutória, fundada em cognição não exauriente, que concedeu a tutela antecipada antecedente, [...] “ela é, inegavelmente, uma decisão de mérito, pois reconhece e concede o direito material” (REDONDO, 2015, p. 20). Portanto, a inércia do réu em impugnar o feito, além de possibilitar a estabilização da decisão, conduziria à extinção do processo com resolução do mérito (artigo 487, inciso I do CPC/15).

Se o réu não apresentar impugnação recursal, ocorre a estabilização da tutela antecedente, que gera a extinção do processo. A sentença extintiva deve ser capitulada como solucionadora do mérito (artigo 487, I). E, de acordo com o nosso conceito de cognição exauriente, ela é típica e própria de qualquer

sentença, sendo, portanto, capaz de formar coisa julgada (formal, se terminativa, ou material, se definitiva) (REDONDO, 2015, p. 21).

Ao se fazer a interpretação dos dispositivos legais relativos à tutela provisória antecipada (satisfativa) antecedente à luz desse último entendimento que defende a formação da coisa julgada após decorrido o prazo bienal, infere-se que a lei processual, ao conferir às partes um momento oportuno para modificação dos efeitos da tutela estabilizada (304, §§5º e 6º), possibilita a interpretação acerca da impossibilidade de formação da coisa julgada ser restrita somente àquele período *in albis*, o qual, inclusive, não é motivo de controvérsias doutrinárias.

O problema reside no fato de esta linha de estudiosos defender que, decorrido o prazo bienal, sem qualquer manifestação das partes (seja por meio do recurso, seja por meio de ação autônoma específica prevista no artigo 304, §§2º e 5º), haveria a ocorrência da imutabilidade e da indiscutibilidade do mérito daquela decisão, operando-se, a partir desse momento, a formação da coisa julgada material e, conseqüentemente, possibilitando às partes a propositura da ação rescisória, tão somente. (RIBEIRO, 2018, p.77)

Porém, conforme já fora salientado, ao contrário do que defende esta última corrente, a legislação é clara ao expressar a inoccorrência da coisa julgada material frente à decisão que antecipou os efeitos da tutela definitiva (304, §6º primeira parte), prevendo tão somente a estabilização dos seus efeitos, diante da inércia do réu ao deixar de impetrar o recurso em momento oportuno do processo (304, caput).

Entretanto, ao se inferir todas essas interpretações, a questão que remanesce é no sentido de entender qual foi o objetivo pretendido pelo legislador ao atribuir expressamente a impossibilidade de formação de coisa julgada da decisão que concede a antecipação da tutela, pois não há

qualquer delimitação temporal que atribua esse efeito apenas ao interregno do prazo bienal, restando a dúvida sobre qual efeito se projetaria após decorrido esse prazo, impedindo que aquela decisão estabilizada seja rediscutida a partir desse momento. (SICA, 2016, p. 236)

Para responder a esse questionamento, é necessário que se retome a discussão acerca da similaridade dos efeitos processuais advindos da coisa julgada com a técnica da estabilização, no que tange aos seus efeitos negativos (imutabilidade). Conforme já inferido neste trabalho, o legislador previu esse mesmo efeito frente à ocorrência da estabilização (304, §5º), após decorrido o prazo bienal, contudo, não fez o mesmo em relação ao efeito positivo (indiscutibilidade). (MARINONI, 2011, p. 39).

A falta do efeito positivo da estabilização da tutela antecipada propicia a discussão acerca da possibilidade de aquela decisão vir a ser reapreciada em processos futuros, situação essa sugerida por um dos grupos analisados, conforme já mencionado.

Contudo, ao se admitir essa possibilidade, a utilização da técnica da estabilização pode tornar-se ineficaz, uma vez que, mesmo transcorrido o prazo bienal, a parte interessada, sabendo que ainda pode intentar outra ação no intuito de rediscutir o feito estabilizado, faria com que o demandante da tutela perdesse o interesse em se utilizar desse mecanismo processual, portanto, seria incabível admitir-se a proposição dessa demanda autônoma sugerida.

Ademais, conforme já explicitado, o Código concede às partes a oportunidade de, dentro do prazo bienal, atacar aquela decisão estabilizada, porém, caso não haja nenhuma manifestação em relação a esse intento, os efeitos da decisão estabilizada projetam-se para fora do processo. A partir disso, assumem uma incontestabilidade própria da estabilização, incompatível com a coisa julgada e, conseqüentemente,

inviabilizam a propositura de ação, seja autônoma ou rescisória, para rediscutir o mérito, decorrido o prazo bienal. (SICA, 2016, p. 239)

Portanto o legislador, ao impor um limite temporal à inércia das partes em rediscutir o feito, qual seja, o de dois anos, findo o qual opera-se a perda do direito de modificar a decisão estabilizada, objetivou evitar a eternização de conflitos, em respeito ao princípio da segurança jurídica, tornando imutável aquela decisão a partir desse momento.

Considerações finais

Como pôde-se inferir neste estudo, a técnica da estabilização é uma das principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e suas consequências processuais são tema de inúmeros debates doutrinários, existindo diversas controvérsias acerca desse instituto. Portanto, uma simples leitura do conteúdo legislativo, sem que seja feita a devida correlação com outros institutos processuais, seria capaz de tornar ineficaz sua utilização.

Frente a isso, fez-se o registro dos diversos posicionamentos referentes a essa técnica, a fim de discorrer sobre os efeitos da estabilização da tutela após decorrido o prazo bienal previsto no artigo 304, §§2º e 5º do CPC/2015. Com isso, viabilizou-se a resposta aos questionamentos quanto à decisão que concedeu a tutela e estabilizou-se, se ela está apta ou não à formação da coisa julgada material e sobre a possibilidade da propositura de uma ação autônoma ou rescisória, esgotado o prazo bienal concedido às partes, objetivando modificar a decisão estabilizada.

Conjugando os entendimentos doutrinários explanados com as regras expressamente trazidas pela legislação processual, no artigo 304, §§2º, 3º, 5º e 6º do CPC, foi possível chegar-se a algumas conclusões.

A primeira delas é no sentido de que se concorda com a posição majoritária da doutrina que, com base no que dispõe o artigo 304, §6º, do

CPC/2015, defende que não há formação da coisa julgada material frente à decisão que concedeu a tutela provisória antecipada antecedente e estabilizou-se após decorrido o prazo bienal, pois é a eficácia da decisão (limite objetivo) que se estabiliza e não o seu conteúdo decisório, como ocorre na coisa julgada.

Consequentemente, conclui-se também que, passado o prazo de dois anos da extinção do processo, ocorre a decadência do direito de se apresentar ação autônoma no intuito de modificar a decisão estabilizada. Tendo sido concedido às partes um momento processual oportuno, possibilitando que, por meio de ação autônoma específica (304, §§2º e 5º), seja exaurida a cognição da tutela antecipada, ocorrendo, a partir desse momento, a ampliação dos limites objetivos da estabilização, impedindo as partes de impugnar aquela decisão que assumiu força normativa própria e que é denominada pela doutrina de estabilização qualificada.

Inegável é a similaridade encontrada entre os institutos da estabilização e da coisa julgada, contudo impossível admitir a ocorrência da dessa última frente a uma decisão concedida em juízo de cognição sumária, pelos motivos já elencados neste trabalho.

Posto isso, essa é posição que se mostra mais condizente com o entendimento sobre o qual o legislador objetivava, ao referendar no ordenamento jurídico brasileiro a técnica da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, inadmitindo a formação da coisa julgada material com o esgotamento *in albis* do prazo bienal.

Torna-se incabível, portanto, a rediscussão do mérito da decisão estabilizada por meio de uma ação autônoma ou ação rescisória, pois, ao se admitir tais ocorrências, estar-se-ia diante de uma efetiva inovação processual sem nenhum amparo legal, o qual afrontaria diretamente o princípio constitucionalmente protegido da segurança jurídica, que, da

mesma forma que protege as decisões proferidas em juízos de cognição plena aptas à formação da coisa julgada material, torna indiscutível e soberana a decisão estabilizada concedida sumariamente.

Referências

- BONATO, Giovanni. Estabilização da tutela de urgência no código de processo civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, vol. 273, p. 191-253, 2017.
- BRASIL. *Código de processo civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Enunciado n. 33 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Vitória: Diário Processual online. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BRASIL. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório: Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XIV, p. 296-330, 2014.

Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 03 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244, p. 167-192, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: Do CPC 1973 ao CPC/2015*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções quanto à Chamada “estabilização da Tutela Antecipada”. In: DIDIER Jr, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SILVA, Ivan de Oliveira. *A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Pillares, 2004.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil: tutela de urgência e tutela de evidência*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1797365 RS 2019/0040848-7*. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgamento: 03 de outubro de 2019. Data de Publicação DJe: 22 de outubro de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação cível nº 1.0000.20.065159-4/001*.
13ª Câmara Cível. Relator: Alberto Henrique. Data do Julgamento: 09 de julho de
2020. Data de Publicação: 10 de julho de 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno.
Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 2016.

Vulnerabilidade, assembleias e informatização: uma análise quanto ao poder constituinte e conexões políticas no século XXI

Diego de Moraes Fragoso

Introdução

Trata-se de uma pesquisa desenvolvida com o intuito de compreender em termos teóricos a convergência ética entre os diferentes indivíduos ao redor do globo para além de vias tradicionais. Quer dizer, busca-se expor que no presente contexto há uma maior possibilidade de união de subjetividades para além de suas culturas e territórios, resultando em eventos de grande impacto às estruturas estabelecidas a partir da modernidade. Objetiva-se, portanto, compreender esse fenômeno partindo de um olhar estrutural, levando em conta as problemáticas inerentes a essa reflexão.

Nessa perspectiva, em um primeiro momento, demonstram-se os impasses que surgem de modo inerente ao desenvolvimento do estado, uma vez que este se dá a partir do núcleo generalizante do sujeito de direito. Dessa forma, indo-se ao cerne da impossibilidade imediata de uma união entre os humanos, explorando a partir desse marco a limitação da potência, que é característica à essência do poder constituinte (aqui tomado em um sentido negriano) e seu ímpeto democrático – levando aqui democracia em termos absolutos para além do marco da democracia liberal.

Não obstante, leva-se em consideração que no atual contexto da humanidade há um aumento imprescindível de crises e contradições

circunstanciando existências ao redor do globo. Ou seja, isso faz com que inúmeros se sintam vulneráveis a condições e a realidades que vão muito além de suas próprias perspectivas e possibilidades de solução. Ademais, tendo em vista as condições incontornáveis de constrangimento ético colocadas pelo advento e disseminação da participação da humanidade no terreno intocável por vias tradicionais do estado: os meios cibernéticos.

Ocorre que esse cenário de constrangimento ético possibilita uma conexão nunca antes estabelecida dentre diferentes subjetividades ao redor do globo, um momento histórico ímpar, portanto. Ou melhor, expõe-se que agora há como unir lutas em busca de condições de existência para além dos limites e marcos ideológicos estabelecidos através do estado moderno e seus consequentes signos povo e nação. Isto é, o texto caminha para além destes.

Tem-se, dessa forma, estabelecido em termos fáticos a colocação de uma união constituinte em um não-lugar, que antes de ser todos os lugares, inicia a convergência de expressões pelos meios virtuais. Nessa linha, distanciando-se dos controles estatais e decorrentes máquinas ideológicas separativas que implicam na noção de que todos os humanos seriam diferentes a partir de condições impostas territorialmente. Hodiernamente, pois, demonstra-se com clareza que não há como fugir de uma conexão com o Outro.

Em outro sentido, essa produção busca atacar também a dificuldade de estabelecer um debate hoje – principalmente em meios jurídicos – tendo em vista esse cenário e, em decorrência, a problemática de pensar soluções meramente a partir das lentes constitucionalistas que enxergam o direito como um fim, uma fronteira final, pois. Fato que o torna algo puramente metafísico em separação das condições empíricas. Em outras palavras, o presente trabalho salienta a impossibilidade de sanar conflitos e sofrimentos existências do humano a partir da criação de efeitos

hipotéticos para além das causas. Aqui reiteram-se as causas, oferecendo perspectivas capazes de abraçar melhor as condições em que a humanidade se encontra.

Portanto, por fim almeja-se aguçar maiores pensamentos críticos sobre as soluções dadas nos dias de hoje, dando espaço a uma análise que enxergue a humanidade para além de signos e conceitos genéricos. Em outras palavras, almeja-se expor um arcabouço teórico – a partir das concepções críticas de poder constituinte e vulnerabilidade – capaz de compreender melhor a potencialidade da união humana no presente, possibilitando perspectivas políticas para nosso século.

1. Problemática dos limites

Há a noção generalizada de que povo e nação seriam conceitos preestabelecidos, isto é, colocar-se-iam anteriormente a qualquer tentativa de compreensão (ou crítica) que envolvesse o estado. Disso resultariam conclusões a fim de abarcar dentro desses conceitos as diferentes expressões que envolvem o humano.

Entretanto, fazer isso seria pressupor algum efeito positivo desconsiderando a causa. Não há, pois, como logicamente trabalhar um impasse deixando de lado suas variáveis e condicionantes. Nesse sentido, a fim de compreender o motivo da dificuldade de se estabelecer vínculos éticos efetivos dentre as diferentes subjetividades do mundo, necessita-se avançar à exposição do que constitui o cerne da problemática: o sujeito de direito.

De uma perspectiva crítica, conclui-se que o sujeito de direito apenas se apresenta plenamente a partir do desenvolvimento e avanço das trocas mercantis. Ou seja, trata-se ele do indivíduo investido de juridicidade para que seja passível de figurar em contrato, sendo este mediado e assegurado por um terceiro necessário que se apresenta como estado – que se dá e é

legitimado mediante normas jurídicas. Disso resulta o seguinte pensamento de Mascaro:

Tratando de modo simbolístico, se os Estados do mundo rasgam as diretrizes da Constituição, que é a norma de mais alta hierarquia jurídica do direito positivo, não rasgam, no entanto, as diretrizes do Código Civil. O núcleo da forma-sujeito se mantém como razão estrutural de preservação da forma-mercadoria, o que é também a razão estrutural de preservação da própria política estatal (Mascaro, 2013, p. 48).

Ocorre que essa forma nuclear de sujeito implica no fato de que os diferentes indivíduos (agora juridicizados) sejam unificados sob um manto específico que se estabelece num signo conhecido como nação. Isso implica que no estado só possam existir formas generalizadas da expressão das diferentes subjetividades que dentro de seu território se encontram.

Nesse ínterim, consequentemente e como meio de tomar para si o reconhecimento, os sujeitos apresentam-se como povo. Este signo que, deveras genérico tal qual a nação, possui suas características, costumes e cultura própria. Povo que representaria, por conseguinte, o espírito do estado, os sujeitos de direito existentes no pacto que deu razão à existência dessa organização jurídica.

Urge-se, em contrapartida, essa identificação delimitadora como forma capaz de vincular pela tradição os agentes da reprodução econômica ao estado em que se encontram. Dá-se, desse modo, legitimidade à própria existência da organização estatal, uma vez que agora é constituído por signos (povo e nação) estabelecidos reiteradamente em seu território. Há, dessa maneira, uma categoria que estabelece um critério de pertencimento ao indivíduo que ali se encontra agora representado.

Não obstante, esse modo limitativo do conceito nação-povo opera além da esfera interna do estado. Ou seja, o que ocorre é que essa

identificação generalizada é necessária para estabelecer os limites globais de presença dos determinados povos. Haverá, em decorrência desse processo, locais delimitados para expressões então generalizadas de subjetividade.

Como resultado desse processo, coloca-se cada povo em oposição e comparação com o povo constituinte de outro estado – e até daqueles que não o possuem – quando necessário para assegurar a própria existência dessa organização (seja econômica, territorial ou até cultural). Tal fato resulta no apagamento dos vínculos éticos existentes entre os seres, que são naturais às diferentes subjetividades ao redor do globo dado que todos compartilham da experiência de ser um humano.

Outrossim, faz-se importante pautar que os diferentes grupos que não se veem como parte do povo-nação tendem a buscar tutelas por vias institucionalizadas a fim de “legalizar” a sua existência, tornando-se parte dos signos. Dessa forma, irão requerer reconhecimento a partir das barreiras delimitadas pelo estado, sendo que este os reconhecerá até o momento em que for conveniente. Isto é, possuirão reconhecimento, contudo apenas no limite em que convir à própria garantia e legitimidade da existência da organização estatal.

Isso ocorre, por exemplo, quando se está diante de expressões de movimentos requerendo direitos. Nesses momentos, os agentes enxergam pela via institucionalizada uma maneira de reivindicar a própria existência de modo livre. Ou seja, pensam que será a partir dos meios estatais – norma jurídica – que encontrarão o fim de seu sofrimento existencial. Contudo, apesar da legitimidade democrática dessas lutas, a simples tutela normativa não gera os efeitos reais requeridos, levando posteriormente a uma sobrecarga melancólica quanto à vida.

Ressalta-se que isso não quer dizer que há algum problema inerente ao reconhecimento de direitos a minorias, por exemplo. Acontece que

quando se alcançam esses direitos representam-se momentos positivos de vitória às lutas dos marginalizados. Todavia, não se alcança verdadeiro impacto na estrutura, sendo que ocorre a replicação da mesma lógica institucionalista produtora e legitimadora da organização estatal. Ora, dá-se razão à existência deste, como se fosse a instância última recorrível em busca do exercício da liberdade de viver.

No mesmo sentido, encontra-se a crença, em um sentido quase religioso, de que um governante poderá atuar em período estrito, dando solução às problemáticas que forem do interesse dos atacados. Acredita-se de modo geral que se há uma disparidade equitativa entre diferentes individualidades, sejam em critérios econômicos ou até quando a falar de preconceitos – que estruturalmente são problemas uníssomos –, uma agenda específica a solucionará para sempre. Apaga-se, assim e por vias institucionalizadas, o ímpeto de responsabilização conjunta, bem como o nexó ético que poderia efetivamente unir as subjetividades em busca de uma exigência por soluções factíveis.

Além disso, faz-se importante pautar que aqueles que deliberadamente se enxergam como povo – por critérios de classe, tendo em vista que se entendem como os sujeitos que constituem a força econômica do estado – tenderão a rechaçar qualquer grupo distinto em um espaço/território que compreende ser seu pela narrativa já posta e estabelecida por intermédio de ações costumeiras.

Vê-se esse fenômeno, por exemplo, quando se está a falar dos reiterados casos de racismo (como uma maior expressão evidente desse fenômeno, em que pese o preconceito se reitere contra inúmeras comunidades minoritárias em representação) que existem apesar de toda tutela normativa já oferecida para este grupo da sociedade historicamente marginalizado. Faz-se evidente, portanto, que não é possível pensar que por vias institucionalistas decorrentes do sujeito de direito – parte do

estado-nação – podem-se quebrar os vínculos que tecem a própria organização social estatal. Isto é, necessita-se identificar as diferentes expressões em luta a partir de uma mesma sintonia.

Torna-se cristalina, por fim, a imprescindibilidade de se ir além do núcleo sujeito de direito e seus corolários nação e povo para estabelecer conexão entre as diferentes expressões do ser que constituem a humanidade. Precisa-se, por conseguinte, de uma categoria teórica capaz de abarcar as diferentes expressões além de espaços definidos e em oposição às diferenças ideológicas concebidas pelos signos genéricos impostos aos humanos.

1.1 Poder constituinte para além dos limites

Daí tornar-se deveras interessante o conceito de Poder Constituinte em Antonio Negri como ferramenta capaz de estabelecer vínculo às subjetividades para além dos limites traçados pelo estado-nação. Trata-se desse poder de algo expansivo, absoluto e singular. Ainda, não é genérico, visto que parte das diferentes expressões que constituem a multidão (e não o povo). Ou seja, não há como delimitá-lo em completo.

Nesse sentido, a literatura negriana estabelece que essa compreensão de poder constituinte vai de encontro às teses constitucionalistas que o interpretam a partir de concepções institucionalizadas de povo e nação. Quer dizer, o poder constituinte não possui um lugar, residindo com a multidão em um não-lugar geral. Sua existência, por conseguinte, pressupõe a o próprio nascimento do Estado moderno.

A partir dessa perspectiva, dialoga com o conceito de democracia – compreendida como teoria do governo absoluto – em oposição ao constitucionalismo que por intermédio de suas conclusões institucionalizadas é a prática de limitação da democracia. Ou seja,

[...] o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que esse é compreendido em uma sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática (Negri, 2015, p. 01).

Importante pautar que, em que pese o estado contrapor o absoluto do poder constituinte pela institucionalização da multidão como povo, será a potência desse poder que assegurará a sua existência. Em outras palavras, necessita a organização estatal da limitação da expressão absoluta do poder constituinte, não a extinção; por isso os signos (povo e nação) como mecanismos de manifestação do poder constituinte balizado juridicamente a partir dos interesses do estado.

Enfim, “se o povo é sujeito do poder constituinte, somente pode sê-lo na medida em que se submete a uma organização preliminar capaz de exprimir sua essência” (NEGRI, 2015, p.28). Dessa forma, existirá sempre o poder constituinte por entre os estados e pessoas, em que pese estar restringido por formas genéricas. Reside aí a possibilidade constante de convergência dentre a multidão, apesar da quebra da expressão desta em territórios delimitados.

Dito isso, atesta-se que não há como pensar em uma possibilidade de conexão ética entre as diferentes subjetividades que constituem a humanidade como um todo a partir de conclusões institucionalizadas, leia-se supor que há como unir todos os estados a fim de um bem comum. Afirmar isso seria contraditório e ilógico, pois.

Ocorre que não é possível separar os signos povo e nação de seu histórico limitado e mediado pelo estado a partir do sujeito de direito. Isso porque, claro e como demonstrado, tratam-se de conceitos irmãos e decorrentes do mesmo fenômeno. Daí necessário pensar qual seria o fio

que pode aguçar a essência absoluta do poder constituinte, e da multidão, esta que, por consequência, encontra-se esquarterada pelos territórios a partir do genérico povo/nação.

Ou melhor, trata-se aqui de pensar uma solução – ainda que remota – às infinitas problemáticas que rondam aqueles que lutam pelo direito de existir, uma vez que não há como reiterar noções contraditórias e absurdas. De outro modo, busca-se propor algo não institucionalizado que ofereça condições palpáveis às diferentes subjetividades (aqui colocadas como multidão) se encontrarem livremente no não-lugar que, na verdade, é todo o lugar.

O humano, nessa perspectiva, não deveria possuir cultura ou imagem definitiva. Não há o povo. Há seres. Expressões que existem e convivem em comum. Pleitear a possibilidade de viver uma vida a partir de todas as vidas que se implicam é o início da quebra à estrutura que pouco possibilitou vias de compromisso ético entre a humanidade. Busca-se, partindo disso, uma tese a fim de estabelecer uma democracia real e absoluta.

2. Assembleias, o que significam?

Nesse ponto cabe iniciar a construção fática das proposições aqui em tela. Quer dizer, agora resta expor os modos de expressão do poder constituinte em diferentes sentidos, objetivando um fio de união entre as diferentes expressões das subjetividades, teorizando, por conseguinte, uma possibilidade factível de união ética dentre os indivíduos. Chega-se, pois, ao terreno concreto das discussões políticas: as assembleias.

Antes de tudo, ressalta-se que assembleia aqui significa o momento em que diferentes humanos se colocam em conjunto em um espaço público a fim de reivindicar algo que possuem em comum. Salienta-se, ademais, que há inúmeras formas de expressão das assembleias.

Nesse íterim, em um primeiro momento, e conforme as compreensões de Judith Butler, o simples ato de se reunir em conjunto e, por conseguinte, a assembleia, não é intrinsecamente bom. Em outras palavras, não é pela simples apresentação de um grupo de indivíduos expressando algo em conjunto que se está diante do ápice democrático para o sentido adotado neste trabalho.

Pelo contrário, há a possibilidade de sujeitos se encontrarem a fim de propósitos exatamente contrários à democracia. Exemplo disso está no recente caótico evento de tomada do Capitólio nos EUA por uma porção enorme de apoiadores do então presidente Donald Trump¹.

Tendo em vista esse evento, salienta-se o quanto foi simples a tomada da “Casa da Democracia” pelo grupo, em oposição à extrema presença de uma polícia militarizada quando dos protestos decorrentes da morte de George Floyd². Ou seja, claramente há um tratamento diferente das forças do poder público perante os dois eventos, tornando-se impossível desconsiderar esse fato explícito nessa análise.

Por isso, questiona-se quais formas de assembleia poderiam de fato representar valores democráticos e, portanto, relacionar-se plenamente – e positivamente para os fins dessa análise – com o conceito negriano de poder constituinte. Isso levando em conta que é necessário apresentar a existência de um fio que une a potência do poder constituinte para atingir o propósito teleológico: união ética dos seres em virtude de um bem comum geral além dos limites supracitados. Em outras palavras, ação ética desterritorializada para além das gerais medidas institucionalistas.

Então, de antemão, retoma-se a problemática quanto à concepção de povo e nação decorrentes da organização do estado. Dessa maneira, abre-

¹ <https://exame.com/mundo/invasao-do-congresso-americano-ganha-manchetes-em-todo-o-mundo/>

² <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/06/01/protestos-tomaram-ao-menos-140-cidades-dos-eua-apos-morte-de-george-floyd>

se a possibilidade de chegar à construção de uma noção em relação à manifestação de determinadas assembleias – e aqui estando a tomada do capitólio – a partir dos impasses inerentes a esses signos.

Ou seja, evidentemente deveras complexo o fenômeno que fez com que indivíduos se insurgissem, tomando o espaço de simbolismo litúrgico da “democracia” norte-americana. Entretanto, evidentemente tal evento deu-se a partir da noção de que aqueles que tomavam o espaço compreendiam-se como O Povo. Dessa maneira, estando legitimados em seu consciente a realizar o ato. Vê-se isso no constante uso de símbolos patrióticos pelos adeptos presentes no evento.

Dessa forma, esse momento de assembleia nada mais é do que um resultado lógico de um evento que possa ter implicado em uma sensação de ameaça para aqueles que se compreendem como povo-nação, aliando-se a todo o aparato ideológico posto. Nesse entendimento, consequentemente, há inúmeros acontecimentos que poderiam ocasionar a sensação de ameaça; porém claro é que a origem da tendência radical do grupo reside no coração da construção do estado moderno. Isto é, no núcleo originário do sujeito de direito e nos seus decorrentes signos povo e nação tratados previamente.

Nesse sentido, pode-se diferenciar as assembleias entre aquelas que exprimem o resultado da ideologia decorrente do estado das demais que exprimem a existência daqueles que, para os critérios do estado-nação, não fazem parte, ou seja, assembleias performativas.

Claramente, também, deve existir algo que motiva aqueles que se unem em assembleia para além do povo-nação. Há, portanto, assembleias absolutas, que se comunicam de modo direto com o nuclear indefinível da potência presente no poder constituinte. Modos, então, de se ir além, implicando em perspectivas de superação das barreiras ideológicas que não mais são suficientes para lidar com os conflitos do séc. XXI.

2.1 Vulnerabilidade

É possível entender, a partir dessas visões, que o conceito capaz de tecer algo capaz de unir aqueles que se reúnem em assembleia para além dos limites e imposições institucionalistas do estado-nação resume-se em uma palavra: vulnerabilidade. Cabe, pois, destrinchar esse conceito aberto a fim de dar razão à sua proposta para a construção desse texto.

Dito isso, importante expor quais são as gerais – e institucionais – noções do que é a vulnerabilidade, antes de apresenta-la como algo positivo, como ferramenta de abertura de uma potência de ação constituinte através do estabelecimento de nexos éticos dentre os seres. Sendo assim, a vulnerabilidade tende de modo generalizado a ser apreendida de uma forma passiva, quer dizer, tende a maioria a observar esse fator como algo a ser reparado, uma vez que fere o bem comum.

O vulnerável, pois, seria um ser passivo de pena, visto como se fosse algo a menos, olhado de longe como estranho. Conclusão essa que desconsidera que há uma proximidade entre os sujeitos tidos como vulneráveis e aqueles que são ditos privilegiados – normalmente a partir de critérios econômicos.

Não há, em um primeiro olhar, qualquer revés nessa situação. Contudo, excluir a possibilidade de aqueles estabelecidos em existências vulneráveis se apresentarem politicamente de forma positiva é extremamente contrário à própria compreensão de democracia aqui adotada. Butler, pois, demonstra bem como se dá esse processo, especialmente a partir das lentes jurídicas:

A noção de vulnerabilidade funciona aqui de duas maneiras: para atingir uma população (moral neoliberal) ou para protegê-la (direitos humanos), o que significa que o termo tem sido usado para estabelecer uma lógica política

restritiva de acordo com a qual ser o alvo e ser protegido são as duas únicas alternativas (Butler, 2018, p. 158).

Nessa linha de pensamento, exclui-se qualquer tendência potente de uma forma política da vulnerabilidade até em assembleia. Diminui-se, em consequência, a possibilidade de maior impacto de aqueles que não estão como parte e nunca foram em critérios estruturais. Daí ir-se além de apenas sujeitos postos em assembleia por algo que ameaça a noção de veras ideológica de pertencimento a um espaço específico.

A questão que deve ser levada em conta, na verdade, é que quando se está a falar de vulnerabilidade considera-se que o que está em discussão é o próprio direito de viver uma vida vivível, nas palavras da autora em questão. Assim, o que está se tratando é de algo que toca o núcleo existencial do sujeito, estabelecendo a ligação direta entre o que toca o espaço de potência das subjetividades.

Discutir vulnerabilidade é, por conseguinte, discutir a própria vida dos sujeitos. É ir àquilo que o estado-nação – em que pese buscado por inúmeros teóricos – não foi capaz de garantir: a dignidade da pessoa humana³. Não há dignidade a nenhum ser enquanto tiver de preencher critérios específicos para existir.

Ou seja, importante perceber que quando se está a falar de vulnerabilidade fala-se em humanidade. Afinal, o ser humano em si é a única criatura capaz de raciocinar e perceber a imensidão em que se encontra. Entende, pois, que sua existência é garantida pela existência de inúmeras outras coisas. Mais do que isso: percebe que uma simples ação é capaz de encerrar com sua possibilidade de existir. Exemplo disso está na

³ Inciso III do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil prevê que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado.

crise geral ocasionada pelo vírus da COVID-19, algo tão pequeno, mas que possibilitou um impacto sem precedente nas relações humanas.

Por óbvio, caso existisse maior possibilidade de união ética dentre os diferentes sujeitos para além dos limites do estado, o impacto dessa pandemia (ainda presente no momento em que esse texto está sendo escrito) seria inúmeras vezes menor. Ressalta-se, quanto a isso, a declaração do diretor-geral da OMS ressaltando que não fosse a concentração de vacinas em poucos países –consequentemente os economicamente e tecnologicamente mais fortes – todos os idosos e profissionais da saúde até então (24/05/2021) já poderiam ter sido vacinados⁴.

Por isso faz-se notório que quando indivíduos se unem em assembleia para protestar diante do assassinato de um vulnerável – vide a morte de George Floyd – se está diante de um precedente incontornável que não pode de forma alguma ser solucionado pela prisão do sujeito executor do crime ou talvez algum dispositivo legal sancionado pelas vias institucionais. A questão é, pois, estrutural, endêmica, e, assim como um vírus, não respeita quaisquer limites territoriais ou jurisdicionais.

A vulnerabilidade, então, tende a assumir protagonismo e a tomar caráter de potência, convergindo em ações políticas. Estabelecendo-se, dessa forma, como critério capaz de unir as expressões subjetivas que lutam por existir em uma mesma sintonia, renegando, pois, as ilusórias táticas institucionais, cansativas e repetitivas de obstrução do poder constituinte.

Dessa forma, há uma união entre as noções de Antonio Negri quanto ao poder constituinte, bem como da construção teórica de Judith Butler quando procura algum critério para ir além do povo:

⁴ <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2021/05/24/oms-distribuicao-de-vacinas-e-escandalo-de-desigualdade-e-perpetua-a-pandemia.htm>

[...] mas considere que a ideia desse sujeito corporal individual de direitos pode não capturar o sentido de vulnerabilidade, exposição e até mesmo dependência que é sugerido pelo próprio direito e que corresponde, eu sugeria, a uma visão alternativa de povo. Em outras palavras, se aceitamos que parte do que constitui um corpo (e, no momento, essa é uma afirmação ontológica) é a sua dependência de outros corpos e redes de apoio, então estamos sugerindo que conceber corpos individuais como completamente distintos um do outro não está, de forma alguma, certo (Butler, 2018, p. 143/144).

Esse critério, portanto, capaz de abarcar as expressões constituintes para além dos limites das ideologias do estado-nação pode ser retirado de Negri, tendo-se, pois, a multidão como signo que abraça toda a potência constituinte dos vulneráveis. Assim, em um exercício dialético de implicação entre as noções de ambos autores, resulta uma concepção capaz de unir em critérios éticos as subjetividades não como povo (que se limita a espaços reduzidos), mas no não-lugar da multidão, que por sua vez parte é uníssona a partir da vulnerabilidade, em que pese as inúmeras expressões do ser que nela estão contidas.

Cumpre, ademais, explicar definitivamente quem seriam os vulneráveis. Afinal, não faria sentido propor isso como algo que vai além dos limites antepostos, sendo que em si poderia ser um critério limitador. Nesse sentido, pode Butler ser novamente importante à exposição, uma vez que a autora enxerga a vulnerabilidade como um fator existencial inerente ao próprio humano.

Em outras palavras, entende-se vulnerável o humano porque depende radicalmente da existência do outro e também de todas as relações e processos que acontecem ao mesmo tempo, possibilitando sua existência (Butler, 2018). Ou seja, entre os humanos não poderia haver conseqüentemente qualquer critério hierárquico e diferenciador, como se uma vida importasse mais do que outra.

Entender esse fato gera a percepção de que todas as vidas, por mais longe que estejam no globo, são iguais em valor. A partir disso, qualquer ação contrária à legítima existência de um sujeito em outro local do mundo tende a gerar sobrecarga ética àqueles que não aceitam que algo assim possa ocorrer.

Todos os humanos, portanto, e de inúmeras maneiras estão e são vulneráveis, tratando-se os fatos trazidos, pandemia da COVID-19, bem como os atos posteriores ao assassinato de George Floyd, de exemplos evidentes e atuais. Outrossim, denota-se que a discussão estabelecida aqui é por um grito pela existência daqueles que foram sufocados e não puderam gritar por reforma das condições de existência dos sujeitos. Não apenas George Floyd, como também os inúmeros mortos pela COVID-19 ecoam um *I can't breathe*.

A partir dessas percepções, tem-se estabelecido o *modus operandi* de uma possível união da multidão e de sua potência constituinte capaz de propor ações entre diferentes territórios e espaços. Isto é, a possibilidade de trazer as diferentes subjetividades à tona em seu não-lugar, estabelecendo uma hipótese de um exercício democrático absoluto quando diante do testemunho de um constrangimento da existência do Outro.

Dito isso, dá-se como vencida, em termos teóricos e fáticos, a discussão de superação dos limites postos a uma união ética dentre as subjetividades, ou em termos negrianos, estabelecimento puro da Multidão como potência constituinte. Não obstante, ainda resta deveras importante trabalhar o espaço em que essa multidão vulnerável ativamente se une sem fronteiras.

Ou seja, busca-se pensar de que modo um ser se sente eticamente constrangido pelo sofrimento de outro em outro local e atinja outros indivíduos ao mesmo sentimento. Isto é, quais seriam então as pontes que unem as potências?

3. A Internet, caminhos de união constituinte

Há hoje, diferentemente de outros momentos da história, maneiras capazes de estabelecer conexões reais entre distintas subjetividades que se compreendem como vulneráveis ao redor do globo. Intersecciona-se, por conseguinte, diferentes expressões para além do desejado limite às lutas estabelecido pelo estado-nação. Dessa maneira, se está diante de um cenário capaz de transbordar com a potência constituinte os instrumentos utilizados pelo estado a fim de dificultar a expressão pura do poder constituinte.

Resulta-se que apenas pode existir efetivo constrangimento ético do ser quando há uma exposição do sofrimento do Outro sem intervenções de terceiros que o possam utilizar para propósitos ideológicos. Quer dizer, só há a presença de alteridade pura – aqui necessária para os termos de união da Multidão – quando há conexão direta entre todos os seres.

Ou seja, importante pautar o mecanismo de exposição que demonstra que há uma vulnerabilidade de todos aqueles que se submetem a sentir o impacto de testemunhar a dor do “diferente” – entendendo diferença nos termos ideológicos expostos. Fato esse que torna todos que se inserem nesse fenômeno, por interesse ou não, conseqüentemente vulneráveis, resultando em constrangimento ético inevitável.

Nessa linha, a partir desse mecanismo há a possibilidade de se estabelecer a união real a partir do fato de todos os humanos se perceberem como vulneráveis e interdependentes. Apenas nessa perspectiva é que poderá existir efetiva organização global de lutas para além de saídas institucionalizadas, em busca de conquistar uma dignidade resultada da potência positiva daqueles que lutam e gritam por uma vida vivível.

Butler, nesse diapasão, percebe que não há como não se sujeitar a um constrangimento ético quando diante do sofrimento de outro ser. Quer dizer, não há como fugir da dor de perceber que uma criatura que habita o mesmo mundo sofre sem razão. Dá-se como possível e incontornável, portanto, a conexão dentre aqueles que enxergam o cristalino da vulnerabilidade através da dor. Pensando a respeito dessa situação especial, a intelectual estabelece:

No entanto, me parece que alguma coisa diferente está acontecendo quando uma parte do globo, moralmente ultrajada, se insurge contra as ações e os eventos que acontecem em outra parte do globo, uma forma de indignação moral que não depende do compartilhamento de uma língua ou de uma vida em comum baseada na proximidade física. Nesses casos estamos testemunhando e colando em prática a própria atividade de laços de solidariedade que emergem através do espaço e do tempo (Butler, 2018, p. 112).

Dessa incapacidade de deixar de lado o constrangimento a partir da dor do Outro, cabe ressaltar o momento histórico ímpar que todos vivenciamos: a era da informatização e, não obstante, a internet. Esta que faz com que muitos (evidente que ainda há inúmeros que a ela não possuem acesso) estejam presentes de modo ativo e imediato, sendo assim não colocando limite à troca de informações. A internet, pois, é a ferramenta que possibilita da melhor maneira aquilo que Butler chama de correntes globais:

Em resumo, estamos desesperados para uma imagem da mídia que oprime pode nos levar não à paralisia, mas a uma situação (a) de comoção, em que agimos precisamente porque somos afetados, e (b) de estarmos ao mesmo tempo lá e aqui e, de diferentes maneiras, aceitando e negociando a multilocalidade e a temporalidade cruzada por conexões éticas que podemos chamar de correntes globais (Butler, 2018, p. 117).

Com clareza, essa falta de limites característica aos meios cibernéticos já implicou em problemáticas, especialmente quando diante dos escândalos envolvendo a *Cambridge Analytica* e o uso de dados a fim de favorecer atores político-partidários⁵. Contudo, essa quebra de status-quo pode ser encarada para essa análise como algo positivo, isto é não há como pressupor uma limitação do cibernético a fim de preservar a democracia – jaz aqui outra saída institucionalista e inocente, característico à uma noção de defesa de uma “democracia” limitada, liberal, pois.

Ocorre que através da limitação dessa rede estaria se respondendo uma própria limitação, que é natural à democracia liberal. Isto é, com ou sem internet, com ou sem *Fake News*, existiria real incapacidade em dialogar diretamente com os anseios da multidão, dados os signos nação e povo e seu caráter limitado trabalhados anteriormente.

A questão é que a característica do poder constituinte em seu maior grau é ser desterritorializado, não podendo ser cerceado de maneira completa. Tendo em vista, o cibernético permite pela primeira vez na história grande quantidade de pessoas presentes compartilhando visões e expondo a dor daqueles que sofrem e reivindicam por direitos de uma existência digna, em que pese os resultados de categorias ideológicas herdadas consequentemente da problemática inerente ao estado moderno liberal.

Quer dizer, nunca antes poderia alguma pessoa no hemisfério sul ter acesso contínuo àquilo que está ocorrendo na Palestina. Toma-se como exemplo disso o vídeo de uma menina de 10 anos reiterando as inúmeras dores que convive por se encontrar numa zona de conflito – o que

⁵ <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>

surpreendeu vários indivíduos ao redor do globo por ela parecer surpreendente madura⁶, fato consequente do cenário caótico que habita.

Dessa forma, pela declaração da expressão subjetiva de um ser em um lugar impactou-se todo o globo para além de limites territoriais. Está-se diante, assim, de uma conexão entre as vulnerabilidades, o que é fato incontornável porque a dor de perceber sofrimento de um inocente é insanável.

Nesse sentido, cumpre fazer menção a Piérre Levy, que no início dos avanços das tecnologias da informação pensara sua possibilidade positiva dos indivíduos tomarem do estado para si o controle das informações – fato que não se deu de modo absoluto e perfeito (*Fake News*); mas que não está de todo errado, uma vez que é a primeira vez que há um terreno, apesar de não físico, em que as inúmeras subjetividades podem convergir para além de qualquer tentativa dos agentes institucionalizados limitarem a união.

Pode-se apresentar, então, o meio digital como o primeiro não-lugar que a potência constituinte da Multidão pode se estabelecer. Evidente que não se restringirá a ela, sendo que se sinaliza aqui para a possibilidade de conexão das experiências humanas de modo ilimitado.

Ainda, o conceito de hipertexto em Levy reflete bem o quanto uma informação que constrange eticamente um indivíduo é capaz de atacar outros tantos. Isso porque a informação por não ser mediada é passível de ser alterada por cada subjetividade e, em que pese isso possa compromete-la, existe também a união das perspectivas daqueles que compartilham a informação que os constrange existencialmente. Quanto ao hipertexto:

⁶ <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2021/05/18/menina-de-10-anos-reflete-sobre-destruicao-em-gaza-nao-merecemos-isso.htm>

A metáfora do hipertexto dá conta da estrutura indefinidamente recursiva do sentido, pois já que ele conecta palavras e frases cujos significados remetem-se uns aos outros, dialogam e ecoam mutuamente para além da linearidade do discurso, um texto já é sempre um hipertexto, uma rede de associações (Levy, 2010, p. 45).

Nesse momento, por conseguinte, está posto o terceiro ponto do tripé capaz de aguçar a potência constituinte: poder constituinte, vulnerabilidade e internet. Jungindo todos esses fatores têm-se como resultado a imprescindibilidade de uma análise real do poder constituinte e seu poder/potência no séc. XXI. Mais do que isso: existem já movimentos não territorializados de união de subjetividades para além dos signos impostos pela tradição estado-nação.

Estamos diante de um imperativo ético que é impossível fugir, hoje não há como estar em sociedade deixando de lado o poder comunicativo das redes. Se possuímos medo desta a regulando definitivamente nada resolverá. Quer dizer, devemos perceber seu papel como ferramenta de união da potência da multidão em assembleia, reconhecendo, pois, sua capacidade de conectar vulnerabilidades nunca antes testemunhada.

A humanidade nunca foi tola. Sempre existiram momentos em que as incongruências levaram a grandes ações populares. Toma-se como exemplo disso a revolução dos escravos no Haiti⁷, que apesar de todas as condições difíceis impostas pelos colonizadores, uniram-se porque perceberam não ser sustentável o discurso liberal pós Revolução Francesa com a imposição de um regime vil na ilha.

Partindo dessa perspectiva, salienta-se novamente que há modelo institucionalista capaz de reverter o quadro. Em outras palavras, de nada adianta continuar a persistir em perspectivas que pressupõe

⁷ <https://blogdaboitempo.com.br/2012/02/01/a-maravilhosa-revolucao-haitiana/>

consequências para além da causa, acreditando religiosamente que apenas um texto frio ou política pública poderá quebrar uma estrutura que é formada reiteradamente a partir de uma lógica problemática.

Pois bem, fato é que a revolução digital possibilita sim outro local para além de vias delimitadas de as subjetividades se estabelecerem. Também não é inverdade que esse espaço possibilitou o encontro de inúmeros com perspectivas doentias de realidade. Ou seja, a *internet* possibilita que grupos antidemocráticos dialoguem, o que é de fato perigoso.

Entretanto, assim como o levantado a respeito das assembleias, nunca haverá mesmo patamar de potências entre aqueles que se colocam em um espaço a partir da compreensão de sua vulnerabilidade, unindo-se a partir da própria experiência de existir, reivindicando-a em condições dignas, e os que lá estão em virtude de ideológicas perigosas, mas pouco sustentadas quando diante de constrangimentos reais.

Democracia, pois, não está em temer o perigoso, mas sim em expô-lo e confrontá-lo a partir de perspectivas reais. Nesse caminho é que o espaço virtual está mais próximo do não-lugar digno da potência do poder constituinte. Ressaltando, portanto, que quando as subjetividades se compreendem como vulneráveis exercendo sua existência em conjunto para além de limites, toma-se o espaço de qualquer grupo antidemocrático através de ações performativas.

Os meios virtuais, portanto, permitem que as assembleias, vinculadas pela compreensão de sua vulnerabilidade para além dos limites do estado-nação, unam-se em um único espaço. Tendo-se, por conseguinte, o estabelecimento da multidão, performativamente, em contraposição a qualquer manifestação de sujeitos que dialogue com os conceitos deveras ideológicos que se distanciam das compreensões democráticas puras. Isto é, toca-se de modo performativo a potência absoluta do poder constituinte,

abrindo caminho a perspectivas novas de formações políticas para o futuro da humanidade.

Considerações finais

Torna-se cristalina a imprescindibilidade de estabelecer um debate real para compreender a sinalização para uma era além das perspectivas tradicionais. Ou seja, não há como tentar tocar a realidade de nosso mundo do séc. XXI partindo de noções ultrapassadas que não conseguem dialogar com o que está ocorrendo, bem como com as tecnologias e relações novas que interpassam pelos humanos.

Desse modo, quando ao questionar-se sobre o estado é necessário também perceber que aquele sujeito de direito abstrato que o embasa – aqui tomando os pensamentos de Mascaro – não mais é capaz de segurar o ímpeto constituinte de criação que atravessa o mundo. De outro modo, não há como segurar o genérico povo em um local específico, uma vez que já dialoga com inúmeras partes do mundo, mesmo que de modo não direto, mas por contato virtual.

Nesse sentido, há um rompimento imediato dos limites, providenciando maior espaço para o escapamento do poder constituinte pelos buracos que agora se abrem na carcaça estatal. Essa potência constituinte, por conseguinte, é o motor da história, sendo imprescindível leva-la em consideração quando em uma compreensão da atualidade.

Mais do que isso, a concepção de que todos os habitantes da terra são vulneráveis e que, portanto, tendem a ser uníssonos, em que pese seus caracteres peculiares, demonstra que há algo novo ocorrendo. Isso porque a era da informação em que a humanidade se encontra estabelece mecanismos contínuos de constrangimento ético dentre as subjetividades do mundo, vide as redes sociais e sua relação contínua com o conceito de hipertexto.

Ademais, no que diz respeito à vulnerabilidade, fez-se evidente seu papel quando se tratou das assembleias e suas características diferentes, assinalando aquelas que – por tomarem a vulnerabilidade como ação positiva – representam a potência absoluta do poder constituinte e, por conseguinte, não do povo; mas sim da multidão. Quer dizer, rompe-se qualquer tentativa de limitar a potência do poder constituinte por mecanismos tradicionais, dando espaço a uma tendência de conexão entre as subjetividades insuperável a partir de perspectivas que não compreendem o atual fenômeno.

Não obstante, o desenvolvido nessa pesquisa dá um conjunto de fatores capaz de ajudar no debate atual da compreensão dos movimentos políticos em tela. Ademais, coloca-se além da busca de limitar ou esperar que esse fenômeno seja limitado, uma vez que tal fato seria impossível. Não há agora como parar a conexão entre a humanidade e suas expressões, afirmar isso não é trabalho de ideologias, mas sim de uma análise desenvolvida a partir da estrutura e peculiaridades que o hoje oferece.

Portanto, urge-se tomar a coragem de pensar além de vias institucionalizadas para perceber a imprescindibilidade e a força do momento histórico que vivenciamos. Apenas assim pode-se pensar em uma perspectiva real, atual, e não a partir de lentes do passado que não resolvem ou ao menos possibilitam perceber o mundo por vias de fato. Enfim, agora não há como voltar atrás, a multidão já começou a dar as mãos. Estado, nação e povo sangram e a humanidade começa a esboçar, diante de sua união em uma vulnerabilidade ativa, um leve – mas revolucionário – sorriso.

Referências

- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma Política**. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.
- NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.
- BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o Futuro do Pensamento na era da informática. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- GODOY, Denyse. **Invasão do Congresso americano ganha manchetes em todo mundo**. Meio virtual. Disponível em: <https://exame.com/mundo/invasao-do-congresso-americano-ganha-manchetes-em-todo-o-mundo/>. Acesso em: 05. Jun.2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Meio virtual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05. Jun.2021.
- DUARTE, Luiza. **Caso George Floyd desencadeia protestos em pelo menos 140 cidades nos EUA**. Meio virtual. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/06/01/protestos-tomaram-ao-menos-140-cidades-dos-eua-apos-morte-de-george-floyd>. Acesso em: 05. Jun.2021.
- MARINHO, André OMS: **distribuição de vacinas é escândalo de desigualdade e perpetua a pandemia**. Meio virtual. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2021/05/24/oms-distribuicao-de-vacinas-e-escandalo-de-desigualdade-e-perpetua-a-pandemia.htm>. Acesso em: 05. Jun.2021.
- BBC. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. Meio virtual. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso>

politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml. Acesso em: 05. Jun.2021.

UOL. **Menina de 10 anos reflete sobre destruição em Gaza: "Não merecemos isso"**.

Meio virtual. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2021/05/18/menina-de-10-anos-reflete-sobre-destruicao-em-gaza-nao-merecemos-isso.htm>. Acesso em: 05. Jun.2021.

SADER, Emir. A maravilhosa revolução haitiana. Meio virtual. Disponível em:

<https://blogdaboitempo.com.br/2012/02/01/a-maravilhosa-revolucao-haitiana/>. Acesso em: 05. Jun.2021.

Uma análise acerca da Prisão Preventiva sob a perspectiva do *standard* de fundamentação ¹

*Douglas de Oliveira Pereira*²
*Linara Silva*³

1 Introdução

A prisão preventiva como instituto processual tem enorme relevância. Contudo, ao mesmo tempo em que se caracteriza como ato legal do Estado para levar ao cárcere o acusado sem haver sentença penal condenatória transitada em julgado, guarda em sua essência, várias contradições. A formação da culpa após o devido processo é pressuposto elementar para que o indivíduo tenha sua liberdade restringida e cumpra a pena no cárcere. Por isso é que, em face da prisão preventiva, corre-se o risco da medida significar um cumprimento antecipado de pena ou ser imposta de modo ilegítimo, de encontro à presunção de inocência.

O decreto legítimo dessa medida, portanto, requer a superação de vários filtros e também a verificação de requisitos e fundamentos legais com base nos elementos fáticos do caso concreto para demonstrar os indícios de existência do delito e de perigo gerado pela liberdade do acusado.

É fato que, para a prisão preventiva ser decretada, se faz necessária a prolação de decisão judicial por autoridade competente. A fundamentação,

1 Artigo científico produzido como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção de grau junto a Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

2 Graduando do curso de Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 169004@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7658670454812889>.

3 Linara Silva. Advogada, Mestre em Direito, Pesquisadora, Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. E-mail: linara@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7114771715454815>.

ou também motivação, é indispensável para que a decisão tome forma e seja cumprida. A partir de elementos fáticos analisados diante das regras legais do Processo Penal é que ocorre o juízo de deliberação da necessidade da medida. Assim, pode acontecer de eventual deficiência de fundamentação tornar ilegal a restrição de liberdade do acusado, uma vez que a forma legal do ato não foi observada.

Com efeito, em decorrência dessa problemática evidencia-se a importância de critérios balizadores do conteúdo decisório. Em momento passado, o problema relativo à decisão de decretação da prisão preventiva carecia de suporte. À vista disso, indiscutível a demanda no sentido de se estabelecer critérios objetivos para nortear a fundamentação, fazendo-a ser pautada por parâmetros passíveis de verificação a fim de possibilitar o controle do ato judicial.

Por conseguinte, a Lei nº 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, introduziu mudanças no Código de Processo Penal. O artigo 315, do referido diploma, passou a contar com o § 2º, que estabeleceu um rol destinado a regular a fundamentação de qualquer decisão. Logo, tal dispositivo é indubitavelmente aplicável no que diz respeito à deliberação sobre a prisão preventiva, motivo pelo qual, novos contornos são traçados sobre o referido instituto a partir do grau de fundamentação da decisão que passou a ser objetivamente exigido, fazendo-se necessária a perquirição da questão.

2 Prisão preventiva em face dos vícios de fundamentação

Inobstante a prevalência dos Princípios da Jurisprudência e da Presunção de Inocência⁴, a prisão cautelar comporta justificativa como

⁴ Sendo a jurisdição entendida como a necessidade de ordem judicial fundamentada para se decretar a prisão preventiva e a presunção de inocência como a conduta negativa do juiz ao não considerar o acusado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao mesmo tempo em que mantém uma conduta positiva ao tratá-lo como inocente (LOPES JUNIOR, 2006, p. 186 e 206).

medida drástica em conformidade com a proporcionalidade⁵ (FERRAJOLI, 2002, p. 444). Dessa forma, sendo a prisão cautelar gênero, a prisão preventiva exsurge como espécie na medida em que “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual” (NUCCI, 2020, p. 937).

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão preventiva está disciplinada entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal, podendo ser decretada pelo juiz mediante provocação da autoridade policial, Ministério Público, querelante ou assistente, em qualquer fase da persecução penal. Cumpre salientar que “o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 910). E, para atender às regras do devido processo, no caso de decretação da prisão preventiva, é imperioso o preenchimento de seus requisitos e fundamentos legais.

Nessa linha, o Código de Processo Penal dispõe que a segregação cautelar será imposta com fundamento na ordem pública, na ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado, conforme preconiza o artigo 312. Deve ainda haver a incidência de alguma das hipóteses de admissibilidade dispostas nos incisos do artigo 313 do Código de Processo Penal, a saber: ser crime doloso punido com pena máxima superior a quatro anos, ser o acusado reincidente, ou ser a prisão para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência em crimes de violência doméstica ou familiar.

⁵ Entendida como a ponderação pelo juiz entre a magnitude da imposição da prisão preventiva e a finalidade a ser buscada, baseando-se pelos elementos do caso concreto (LOPES JUNIOR, 2006, p. 211).

Tratando-se de uma medida tipicamente cautelar que tem por finalidade o desenvolvimento regular do processo e a aplicação do *jus puniendi* (BADARÓ, 2008, p. 389), a prisão preventiva deve preencher os requisitos e fundamentos relativos às demais medidas cautelares, consistentes no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis* (CUNHA, 2020, p. 267). Para a constrição da liberdade do acusado deve existir o cometimento de um delito, sendo necessário um juízo de probabilidade quanto à prova da existência do fato típico e dos indícios suficientes de autoria para, assim, concretizar o *fumus comissi delicti* enquanto requisito (LOPES JUNIOR, 2006, p. 200). Contudo, o preenchimento deste requisito não é capaz de, isoladamente, autorizar a deliberação sobre uma eventual prisão preventiva. Imprescindível é a integralização com o fundamento da medida cautelar, isto é, o *periculum libertatis*, composto pelo risco atual que o estado de liberdade do acusado pode gerar ao desenvolvimento do processo relativamente à produção de provas ou ao exercício da função punitiva pela possibilidade de frustração (LOPES JUNIOR, 2006, p. 201).

Outrossim, existe a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, motivo pelo qual o juiz deve destacar a imprescindibilidade da constrição da liberdade do acusado e a insuficiência da imposição de outras medidas menos gravosas, conforme artigos 282, § 6º, e 319, ambos do Código de Processo Penal, não se olvidando que, aplicada alguma das medidas elencadas no rol do dispositivo e havendo descumprimento pelo acusado, poderá ser decretada a prisão preventiva, a teor do artigo 312, § 1º, do mesmo diploma legal.

Destarte, resta notório que a deliberação sobre o decreto de prisão preventiva passa por vários filtros, haja vista que, além da análise da sua admissibilidade, requisitos e fundamentos, é indispensável o exame de eventual aplicabilidade de outras medidas menos gravosas, uma vez que preservam o estado de liberdade do acusado. Isso tudo é resumido pelo

termo *ultima ratio*, o qual norteia a essência da medida cautelar em estudo ao passo que deve ela representar a última das opções a serem concretizadas.

Necessária também a fundamentação do decreto preventivo. Entendido como o ato de motivar decorrente do Princípio da Fundamentação, objetiva o cumprimento de dois propósitos, consoante ensina Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2012, p. 161). O primeiro diz respeito ao processo em si, porquanto a fundamentação possibilita às partes conhecerem a *ratio decidendi* e, a partir daí, exercerem os atos processuais que entenderem cabíveis para a satisfação de seus interesses buscados no processo. O segundo propósito relaciona-se com a função político-axiológica da decisão, visto que esta é dirigida não somente às partes, como também à sociedade.

Ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade legal de fundamentação teve seu marco com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2006⁶. Com efeito, a *ratio decidendi*, enquanto exposição das razões de decidir, é imprescindível ao exercício da jurisdição na medida em que a decisão dirige-se não apenas às partes que figuram no polo ativo e passivo do processo, mas também ao conjunto social que colhe os reflexos do pronunciamento judicial.

Por outro lado, deve-se reconhecer a deficiência de fundamentação. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2012, p. 163) aponta que as possibilidades de vícios consistem na ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. A ausência de motivação representa o vício de maior gravidade, podendo ser uma

6 Art. 93. [...] 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.

ausência total ou parcial, sendo esta a mais comum e caracterizada pela omissão do julgador em se manifestar sobre determinado ponto que exigia explanação no corpo da decisão. A motivação contraditória, por outro lado, ocorre quando os fundamentos não guardam compatibilidade entre si, ou seja, são antagônicos, o que não se admite, haja vista que são pressupostos da fundamentação a coerência lógica e a clareza da decisão.

Já a motivação implícita detém certa complexidade conceitual que, no entanto, não configura óbice para identificá-la. Isso porque, segundo o autor, surge da compreensão de que a decisão abarcou todas as teses levantadas, isto é, embora apenas algumas teses tenham sido explicitamente discorridas, compreende-se que as outras foram analisadas implicitamente tendo em vista que o acolhimento de algum ponto da tese torna desnecessária a análise de outro ponto logicamente não acolhido. Dessa maneira, “[...] é necessário que haja entre as questões efetivamente resolvidas e implicitamente resolvidas uma relação de implicação necessária” (BADARÓ, 2012, p. 164).

Finalmente, a motivação *per relationem*, como disciplina Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2012, p. 166), envolve decisões que se relacionam entre si pela remissão de uma à outra. A decisão que se vale da motivação *per relationem*, em realidade, não origina nenhum novo conteúdo quando inexistem novos fatos no processo, apenas faz referência à motivação lançada em decisão anterior. Por isso é que se relacionam entre si, cabendo tal forma de motivação em determinados casos quando as alegações das partes são as mesmas já feitas em manifestação anterior.

A experiência, por sua vez, demonstra que muitas vezes a prisão preventiva é decretada de forma desarrazoada e sem respaldo nas circunstâncias fáticas que envolvem o caso, não comportando satisfatoriamente o grau de fundamentação exigido. Veja-se a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, mediante a qual a prisão

preventiva pode ser decretada para garantia da ordem pública ou econômica e ainda para conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal. Esses fundamentos devem ser analisados conforme a cautelaridade e instrumentalidade inerente à medida imposta, isto é, se de fato possuem relação com a tutela do processo (LOPES JUNIOR, 2020, p. 906).

Inicialmente, cabe destacar os fundamentos que são legitimamente cautelares para, depois, concentrar críticas àqueles que carecem de tal característica. A segregação cautelar para conveniência da instrução criminal aparece como primeiro fundamento devidamente cautelar para justificar a imposição da prisão preventiva, buscando, segundo Rogério Schietti Machado Cruz (2011, p. 202), resguardar o desenvolvimento do Processo Penal no tocante à instrução probatória. Como fundamento de caráter cautelar também está a necessidade da prisão processual para assegurar a aplicação da lei penal. Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 1001) registra que o que se busca é garantir a finalidade útil do processo.

Por outro lado, o artigo 312 do Código de Processo Penal traz fundamentos que não se vinculam à tutela do processo. Relativamente à garantia da ordem pública, a doutrina é unânime em afirmar que não apresenta caráter cautelar e instrumental, pois não guarda relação com o processo. Pelo contrário, consiste em uma “pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social” (GOMES FILHO, 1991, p. 68).

Também é compreendida como uma forma de antecipar a pena, posto que, diferentemente do caráter de cautelaridade, não busca conservar um estado de fato a fim de garantir o desenvolvimento do processo e a satisfação da tutela jurisdicional (BADARÓ, 2008, p. 392). Imperioso reconhecer que o aprisionamento do acusado como forma de antecipação da pena é uma realidade concreta que advém da cultura

inquisitória e da banalização da prisão preventiva, problemas culturalmente enraizados (LOPES JUNIOR, 2020, p. 928).

Por conseguinte, denota-se a falta de objetividade do termo ligado à ordem pública, atribuindo sobremaneira ao juiz o preenchimento do conceito e ampliando de forma desmedida as possibilidades fáticas que comportariam tal fundamento. Não por outro motivo que Alexandre Moraes da Rosa (2004, p. 149, grifo do autor), ao analisar a redação do artigo 312 da legislação processual penal, cunhou o termo “anemia semântica” para designá-la:

A tentação ‘criminológica’ de ‘Defesa Social’, ou seja, de julgar o acusado e não a hipotética conduta, escorrega – via *(in)consciente* – na cadeia de significantes previstos na lei, até poque [sic] a legislação utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ para acomodar matreiramente em seu universo semântico, qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos [...] e valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. De fato, àquele que conhece um pouquinho da estrutura lingüística [sic] pode construir artificialmente tais pseudo requisitos, cuja falsificação – pressuposto –, diante da contenção, será inverificável. Em outras palavras, se deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 672) arremata com precisão a crítica, apontando que ordem pública trata-se de uma expressão sem consistência e de conceito indeterminado, tendo justificativas dissociadas do Processo Penal, sendo que o recheio dessa lacuna “[...] fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões”.

Não se desconhece o fato de que alguns crimes evidentemente repercutem no meio social, em razão muitas vezes da excessiva cobertura midiática⁷, seja pela gravidade da conduta do agente criminoso ou pelos detalhes do caso, gerando na população um anseio pela resposta estatal, a qual toma forma através das instituições que buscam responder à altura e manter sua credibilidade. Casos de crimes hediondos praticados com requintes de crueldade, de crime organizado ou de violência doméstica e familiar, entre outros, atraem naturalmente a rápida resposta estatal para a salvaguarda dos bens jurídicos lesionados.

No entanto, isso não significa que a intervenção penal deve se sobrepor aos direitos e garantias individuais a fim de atender à defesa social (CARVALHO, A.; CARVALHO, S. 2002, p. 19). A decretação com base na garantia da ordem pública, embora tentadora por representar uma resposta estatal imediata a ser tomada pelas instituições em linha de frente⁸, possui diversas facetas desconectadas da característica de cautelaridade, além de buscar atingir as finalidades da pena e servir como um mecanismo de segurança pública, o que não admite-se em sede de prisão cautelar.

Ademais, o Código de Processo Penal traz outro fundamento que também guarda em sua essência dilemas conceituais. Trata-se da garantia da ordem econômica. Edilson Mougenot Bonfim (2007, p. 487) explica que esse fundamento foi introduzido pela Lei n.º 8.884/1994, denominada Lei Antitruste e já revogada pela Lei n.º 12.529/2011, que em seu artigo 86

7 Pertinente a insurgência de Tourinho Filho (2010, p. 673): “E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a ‘perturbação da ordem pública’, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia...”.

8 Conforme Aury Lopes Jr. (2020, p. 928) destaca: “A dimensão simbólica de uma prisão imediata – que a cautelar proporciona – acaba sendo utilizada para construir uma (falsa) noção de ‘eficiência’ do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser ‘excepcional’ torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares”.

alterou o artigo 312 do Código de Processo Penal para acrescentar a garantia da ordem econômica como fundamento da prisão preventiva.

Aury Lopes Jr. (2020, p. 1014) destaca a imprecisão desse fundamento, porquanto atrai a intervenção penal quando, na verdade, as sanções comerciais e administrativas à pessoa jurídica são as que melhores asseguram a proteção do sistema econômico-financeiro, sendo que as medidas assecuratórias de sequestro e indisponibilidade de bens são consideradas mais úteis do que a prisão preventiva.

Sendo assim, resta clara a compreensão de que os fundamentos relativos à garantia da ordem pública e econômica carecem de cautelaridade, sendo empregados de modo significativo para a decretação e manutenção da prisão preventiva, resultando em deficiência de fundamentação. Esta, por sua vez, é tida por nulidade absoluta, constituída por um defeito referente à inobservância da forma prevista legalmente para a prática do provimento (CUNHA, 2020, p. 311), sendo prevista no rol do artigo 564 do Código de Processo Penal, acrescentado por meio da Lei n.º 13.964/2019⁹. Diante desse cenário, denota-se que houve a necessidade de inovação legislativa para conferir maior racionalidade e objetividade aos critérios legais de fundamentação, o que se sucedeu com a Lei n.º 13.964/2019.

3 Decreto preventivo e seu conteúdo a partir da exigência de um padrão de fundamentação legalmente previsto

A Lei n.º 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, instituiu diversas reformas na legislação processual penal. Entre estas, se tem o estabelecimento de critérios de maior objetividade na fundamentação de decisões judiciais, sejam interlocutórias, sentenças ou acórdãos. Assim, a

⁹ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

nova redação do artigo 315 do Código de Processo Penal¹⁰, ao dispor situações nas quais considera-se que a decisão não alcança a devida fundamentação, é de grande valia ao atendimento dos princípios e garantias processuais penais.

Tendo em vista que a alteração do artigo 315 ao Código de Processo Penal é tida por recente, a interpretação de seus incisos pode gerar divergência. Isso porque se trata de um rol exemplificativo. Em que pese seja um dispositivo novo no Processo Penal, fato é que a redação do artigo 315, § 2º, é idêntica à redação do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil¹¹. Ocorreu, portanto, uma importação literal do dispositivo que tem

10 Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

11 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

origem no Direito Processual Civil, sendo que, nas legislações processuais precedentes, não havia outro igual (ALMEIDA; SOUSA, 2017, p. 251).

Antes da reforma trazida pela Lei n.º 13.964/2019, a redação do artigo 315 do Código de Processo Penal asseverava meramente que a decisão relativa à prisão preventiva deveria ser motivada¹², sendo uma redação proveniente da Lei n.º 12.403/2011 que introduziu uma série de dispositivos referentes às medidas cautelares. Entretanto, a redação do supracitado artigo era ao máximo repetição de conteúdo dos artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Desse modo, a doutrina apontava, à época, a necessidade de aplicação do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, ao Processo Penal. Conforme lecionam Marcos Vinícius Pinto e Américo Bedê Junior (2019, p. 319), destacando a comparação entre os Processos Civil e Penal:

Tem-se, então, o seguinte cenário: o Código de Processo Civil [...] previu norma que impõe maior rigor ao juiz quando do ato de motivar, ao passo que o processo penal permaneceu omissivo em relação ao ponto. Em outras palavras, o processo civil prevê mais garantias aos jurisdicionados que o processo penal que, via de regra, tutela bens jurídicos mais caros ao direito e tem como possível consequência a grave imposição de pena privativa de liberdade. Essa desproporção de tratamento se revela inadequada, pois, o Direito Processual Civil, por lógica, não pode prover mais garantias que o Direito Processual Penal. No mínimo, para que não se adote aqui posição de superioridade, tanto cá quanto lá devem existir garantias equivalentes.

De todo modo, fato é que o Código de Processo Penal passou a contar com a mesma redação legal a partir da reforma introduzida pela Lei n.º 13.964/2019, conforme relatado anteriormente. Aury Lopes Jr. (2020, p.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

12 Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei 12.403/2011.)

1009, grifo do autor) aduz que foi estabelecido um “[...] *standard* elevado de qualidade da fundamentação das decisões [...]”, que confere grande progresso ao processo penal porque, além de ser exigida fundamentação satisfatória e idônea, impõe sanção ao descumprimento da regra. Tomando emprestado o termo destacado pelo autor, pode-se concluir que o decreto preventivo deve atender a um verdadeiro *standard* de fundamentação exigido pelo artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal.

Exposto o cenário de criação da norma, cabe discorrer sobre o conteúdo que se extrai propriamente do rol exemplificativo do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal. Inicialmente, o inciso I do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, traz a assertiva de que a decisão não deve apenas fazer alusão a determinado ato normativo sem contextualizá-lo com a matéria decidida¹³. Aqui, pode-se entender que resta vedada a aplicação de qualquer dispositivo legal sem a devida vinculação com o caso posto. A mera indicação, transcrição ou paráfrase do dispositivo pelo juiz, deixando de justificar sua incidência, ou seja, a subsunção do fato à lei, não se presta para atingir a fundamentação constitucionalmente exigida.

É a situação da decisão que decreta a prisão preventiva, ao alegar apenas estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade e fundamentos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, o que autorizaria a imposição da medida. Tratam-se comumente de decisões padronizadas referenciando os dispositivos legais e utilizadas desmedidamente em inúmeros casos.

No entanto, o Processo Penal pressupõe análise individualizada de cada caso nas suas especificidades. Logo, além da indicação e interpretação dos dispositivos, deve o juiz fazer uma ponte de justificação com os elementos fáticos a fim de comprovar a existência do *fumus comissi delicti*

13 [...] I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

e do *periculum libertatis* com base nos requisitos e fundamentos da prisão cautelar. Caso contrário, a decisão restará viciada por verdadeira ausência de motivação diante da impossibilidade de conhecimento da *ratio decidendi*.

O inciso II, do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, por sua vez, dispõe que conceitos jurídicos indeterminados não devem ser utilizados sem justificação perante o fato concreto¹⁴. Primeiramente, vale consignar que, nesta hipótese, estão abarcados termos e expressões de conteúdo conceitual vago, motivo pelo qual “[...] permitem que sejam disciplinadas inúmeras situações, [impondo] ao juiz um ônus argumentativo maior para justificar a sua incidência aos casos concretos” (JORGE; SANTANNA, 2020, p. 97).

No caso da prisão preventiva, não é difícil encontrar onde residem os conceitos jurídicos indeterminados de maior relevância, pois dispostos no artigo 312 da legislação de Processo Penal. Entre os fundamentos da prisão cautelar do referido dispositivo, a garantia da ordem pública ou econômica aparece como conceito jurídico indeterminado utilizado de modo mais flexível. Isso porque compreende situações de gravidade do delito, periculosidade do agente, cessação da reiteração delituosa e defesa social. Contudo, todas essas situações estão desconectadas do caráter cautelar e instrumental da prisão preventiva e não visam tutelar o processo e, tampouco, assegurar a aplicação da lei penal.

Em que pese essa constatação, não se pode olvidar que a garantia da ordem pública ou econômica como fundamento ainda consta no texto legal, o que leva à necessidade de justificação diante do fato concreto, isto é, o porquê de tal fundamento ser suscitado perante o contexto fático, ônus que incumbe exclusivamente ao juiz. Diante disso, preferível é que a

14 [...] II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

fundamentação da decisão se baseie na eventual verificação de imprescindibilidade da medida para salvaguarda da instrução criminal ou aplicação da lei penal, pois verdadeiramente cautelares.

Ademais, o inciso III, do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, apresenta hipótese corriqueira no que diz respeito ao decreto prisional, porquanto, rechaça a prolação de decisões que veiculam motivação padronizada¹⁵. Não se desconhece que a atividade jurisdicional compreende a análise de diversos processos e que, por isso, objetivando também a celeridade processual, decisões previamente minutadas são utilizadas em determinados casos sem incorrer em vício dado que se tem a análise satisfatória do fato concreto.

Contudo, em muitos outros casos, os motivos expostos na decisão trazem pouca ou quase nenhuma contextualização com o fato. Em razão disso é que se considera que os motivos se valeriam para fundamentar quaisquer decisões, violando, assim, o dever de fundamentação, bem como o contraditório e a ampla defesa. Logo, essa forma de motivação “[...] está para as partes, assim como os recursos padrão estão para o órgão julgador. Se é inadmissível, por ausência de dialeticidade, o recurso que não ancora sua impugnação no caso concreto, também é inadmissível a motivação que o ignora” (JUNIOR; PINTO, 2019, p. 324).

Prosseguindo, o inciso IV, do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, também não considera fundamentada a decisão que se furta de discorrer sobre os argumentos capazes de infirmarem a conclusão adotada pelo juiz¹⁶. Muitas vezes, se tem a utilização de motivação implícita consistente na ausência de expressão da razão decisória, porém, mesmo

15 [...] III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

16 [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

assim, houve deliberação pelo juiz (BADARÓ, 2012, p. 166). A questão passa pela consideração de que, no caso da prisão cautelar que representa medida de constrição da liberdade do acusado antes da sentença penal condenatória, o *standard* de fundamentação é maior, o que leva à obrigação de exame de todos os argumentos, visto que se destinam, invariavelmente, a convencer o juízo da desnecessidade da medida imposta, ou por outro lado da sua necessidade quanto à autoridade que a requereu.

Por fim, os incisos V e VI do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, trazem hipóteses que dizem respeito ao sistema de precedentes, jurisprudência e enunciados de súmulas. É defeso ao juiz motivar apenas com base nesses meios sem indicar os fundamentos e vinculá-los ao caso concreto. Igualmente, o não acolhimento de precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula apresentado pela parte requer que o juiz demonstre distinção em relação ao caso apreciado ou superação do entendimento¹⁷. Rogério Sanches Cunha (2020, p. 296) aduz que, “decisões que se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos retratam, na realidade, pseudofundamentação [...]”. Também assevera o autor que o não acolhimento de precedente vinculante requer a indicação das divergências com o caso que “[...] tornam inadequada essa aplicação (*distinguishing*), ou, em sendo competente para tal, que indique a superação do entendimento anterior (*overruling*), ou a limitação de sua abrangência (*overriding*)” (2020, p. 297, grifo do autor).

17 [...] V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Por conseguinte, denota-se que tais comandos aplicam-se melhor ao Processo Civil que trata não apenas do sistema de precedentes persuasivos, como também obrigatórios. Seja como for, no que diz respeito à decisão que decreta o aprisionamento provisório, devem ser considerados os precedentes persuasivos, jurisprudência e súmulas apresentados pelas partes, competindo ao juiz verificá-los diante do caso *sub judice* para concluir sobre eventual aplicabilidade, fundamentando nesse sentido.

A Lei n.º 13.964/2019 também trouxe outra modificação no que diz respeito à prisão preventiva, especificamente seu tempo de duração. Trata-se do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal¹⁸. Tem-se a definição do prazo de revisão da medida por decisão fundamentada do órgão que a decretou. Tal prazo é de noventa dias, de maneira que, após transcorrido, sem haver revisão da necessidade de manutenção, a prisão torna-se ilegal. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, sedimentou entendimento de que a extrapolação do prazo nonagesimal não implica automática revogação da prisão cautelar, de maneira que o juízo competente deve ser compelido a examinar a manutenção da medida¹⁹.

18 Art. 316. [...]

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

19 PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019). COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONTRACAUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO. RESGUARDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA DE PRISÃO PREVENTIVA. NECESSÁRIO EXAME DE LEGALIDADE E DE ATUALIDADE DOS SEUS FUNDAMENTOS. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUSPENSÃO REFERENDADA. [...] 5. Tese fixada no julgamento: “A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.” (STF - SL: 1395 SP, Relator: LUIZ FUX (Presidente), Data de Julgamento: 15/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 04/02/2021).

Embora a interpretação da Corte Superior em sentido contrário ao que dispõe o texto legal, a determinação de um prazo máximo para exame de necessidade da medida é fundamental ao atendimento da provisionalidade. A discussão abre-se, por outro lado, à motivação da decisão. Poderia haver motivação *per relationem* conforme decisão que originalmente decretou a prisão cautelar. Porém, o melhor caminho é que a decisão periódica que examinar sua necessidade se pautar pelo *standard* de fundamentação legalmente exigido a fim de demonstrar que o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* continuam presentes a legitimar a prisão.

4 A aplicação do Princípio da Fundamentação pelos Tribunais: uma análise jurisprudencial no Processo Penal

Faz-se necessário, por fim, apontar o panorama jurisprudencial acerca da aplicação do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, sendo imperioso destacar que tal dispositivo elenca um rol exemplificativo de comandos do dever de fundamentação, de modo que, à vista disso, pode surgir eventual dissonância jurisprudencial de aplicação.

Inicialmente, no que diz respeito ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se, conforme ementas colacionadas, que alguns dos *Habeas Corpus* impetrados têm ordem denegada sob o argumento de que a fundamentação do decreto preventivo é idônea conforme o dispositivo legal exige. Por conseguinte, fica evidenciada uma posição comedida do Tribunal gaúcho nesses julgados quando provocado sobre a violação do *standard* de motivação, porquanto, lança mão de uma análise genérica da

regra legal²⁰, inclusive concluindo pela sua não aplicação no caso de revisão nonagesimal²¹.

Em outro caso, todavia, ao ser provocado sobre a violação do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, o Tribunal gaúcho motivou a manutenção da segregação cautelar destacando a distinção do caso em relação aos precedentes invocados pela defesa²². Dessa forma, percebe-se que a aplicação do comando legal de fundamentação é feita de múltiplo modo tendo em conta a natureza exemplificativa do rol, entendendo-se pelo

20 *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. INVIABILIDADE. [...] Motivação idônea à manutenção da prisão, que se revela necessária, suficiente e adequada, inviabilizando sua substituição por medidas previstas no artigo 319 do CPP. QUESTÕES FÁTICO-PROBATÓRIAS. ANÁLISE. INVIABILIDADE. Inviável o enfrentamento de questões fático-probatórias sob pena de supressão de instância e desvirtuamento da sumariedade ínsita à via mandamental. *FUNDAMENTAÇÃO*. SUFICIÊNCIA. Inocorre ofensa aos regramentos insertos nos artigos 93, inciso IX, da CF/88 e 315 do CPP se a autoridade apontada como coatora motivou sucinta, porém suficientemente, as razões pelas quais decretou a prisão preventiva do paciente. [...] *ORDEM DENEGADA*. (*Habeas Corpus* Criminal, Nº 70084317833, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 29-07-2020)

21 *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. AUSÊNCIA DE *FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTÉM A PRISÃO*. INOCORRÊNCIA. A remissão a *fundamentos* preexistentes, quando o Juízo se manifesta nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, não caracteriza ausência de *fundamentação*, mas uma síntese válida de situação que já foi abordada e se considera intocada. Assim, se os mencionados *fundamentos* não têm relação com o decurso do tempo, a legalidade e constitucionalidade de sua invocação, para a manutenção de custódia preventiva, não pode ser questionada apenas com base na longevidade do decreto prisional. ART. 315, § 2º, DO CPP. INAPLICABILIDADE. O art. 315, § 2º, do CPP se aplica aos casos de decretação, substituição ou denegação de prisão, e não de manutenção de medida já decretada. Caso em que, ademais, a remissão aos *fundamentos* do decreto prisional não se enquadra em qualquer das hipóteses elencadas nos incisos ali previstos. CONTEMPORANEIDADE DA PRISÃO. É contemporânea a medida constritiva cautelar quando sua decretação ocorreu em momento que havia recentidade nos crimes imputados – de natureza permanente – e, para além disso, os seus *fundamentos* permanecem atuais. *ORDEM DENEGADA*. UNÂNIME. (*Habeas Corpus* Criminal, Nº 70084985159, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em: 11-05-2021)

22 *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. Análise conjunta dos elementos colacionados que demonstra o *fumus delicti* e o *periculum libertatis*, bem como a necessidade e adequação da prisão preventiva, de acordo com o art. 282, inciso II, do CPP. Incabível a substituição por cautelares diversas previstas no art. 319 do mencionado Estatuto. Paciente que, em liberdade, representa risco à ordem pública, manifesta a gravidade concreta da conduta em tese praticada. *EXTemporANEIDADE DO DECRETO CONSTRITIVO*. REJEIÇÃO. Não há falar em *ausência* de contemporaneidade do *decisum*, visto que ausente alteração da situação fática e presente a necessidade de acautelamento da ordem pública ante a gravidade concreta do injusto e o risco de reiteração delitiva, inexistindo mácula ou ilegitimidade na prisão. Precedente do STJ. *NULLIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO*. *DISTINÇÃO DO PRECEDENTE INVOCADO*. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DO *DISTINGUISHING*. Inocorrência de hipótese de ofensa ao que dispõe o inciso VI do § 2º do artigo 315 do Código de Processo Penal. Precedentes invocados que não se aplicam em face das peculiaridades do caso em concreto. *Distinguishing* observado. *EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA*. INOCORRÊNCIA. Considerado regular o trâmite do processo na Comarca de origem, não há falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo. Aplicação do postulado da razoabilidade. [...] *ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, DENEGADA*. (*Habeas Corpus* Criminal, Nº 70084367028, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 29-07-2020)

alcance de motivação da decisão quando, em realidade, se está diante da ausência.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, demonstra posição mais diligente ao avaliar a fundamentação do decreto de prisão preventiva e a eventual violação ao *standard* exigido. Como exemplo da decisão proferida em Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 656425/RS, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca e julgado pela Quinta Turma em 11 de maio de 2021, considerou-se que, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva apoiada apenas em suposições desconectadas do caso concreto, sob o fundamento da ordem pública, sem a devida individualização e demonstração do *periculum libertatis*, constitui fundamentação inidônea²³.

Veja-se que, nesse caso, o decreto prisional foi considerado genérico e, por essa razão, pode ser subsumido na hipótese do inciso III do artigo

23 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. GRAVIDADE ABSTRATA. PRIMARIEDADE. MEDIDAS CAUTELARES. ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Agravo regimental contra decisão monocrática que não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, para revogar a prisão preventiva do agravado, por fundamentação inidônea, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares, a critério do Juízo de primeiro grau. 2. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 3. O exame de ofício do constrangimento ilegal indica que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva não apresentou qualquer motivação concreta e individualizada, em relação ao paciente, apta a justificar a necessidade e a imprescindibilidade da segregação; não indicando qual seria o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Violação do disposto nos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, alterado e incluído, respectivamente, pela Lei n. 13.694/2019. 5. A necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociadas de quaisquer elementos concretos que indicassem a necessidade da rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a medida extrema, notadamente diante da pequena quantidade de droga apreendida em poder do paciente (5 porções de cocaína - 4g) e da sua primariedade, embora com o corréu tenham sido apreendidas 114 pedras de crack (28g), 142 porções de maconha (215g), 197 pinos de cocaína (171g). Constrangimento ilegal configurado. 6. Ausência de ilegalidades na decisão agravada. Impossibilidade de reforma. 7. Agravo regimental conhecido e não provido. (AgRg no HC 656.425/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021)

315, § 2º, do Código de Processo Penal, que considera carente de fundamentação a decisão que empregar motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra decisão. Ou seja, não houve a análise satisfatória dos elementos fáticos a fim de balizar a imposição da medida a partir dos fundamentos legais. Assim, a Corte Superior entendeu pela violação do *standard* de fundamentação para revogar a prisão preventiva com entendimento que reflete as posições defendidas no presente estudo.

Com efeito, em outros casos o Superior Tribunal de Justiça também entendeu pela violação do disposto no artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal²⁴²⁵, restando demonstrada a relevância da motivação

24 HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS (1,0693 KG DE MACONHA) E CORRUPÇÃO DE MENORES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. CONSEQUÊNCIAS DESSES NA SOCIEDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O decreto preventivo deve, nos termos do art. 315 do CPP (redação dada pela Lei n. 13.964/2019), ser concretamente fundamentado em fatos novos ou contemporâneos a justificar a medida extrema, sendo inidônea a empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso ou a referência a motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. 2. No caso, a despeito de apresentar prova da existência do delito e indício suficiente de autoria, o decreto preventivo não apontou elementos concretos de receio de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado à ordem pública, apenas tecendo considerações sobre a gravidade abstrata dos delitos e as consequências desses na sociedade, carecendo, assim, de fundamento apto a consubstanciar a prisão. Precedentes. 3. Não é idônea a fundamentação que decreta o encarceramento provisório do acusado com base tão somente na gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como em argumentos genéricos, sem indicar nenhum elemento concreto a demonstrar que, efetivamente, o recorrente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública, a instrução criminal, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal (RHC n. 118.360/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/12/2019) 4. Ordem concedida, confirmando a medida liminar, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente nos Autos n. 0032656-93.2020, da 1ª Vara Criminal, da Infância e Juventude e das Execuções Fiscais da comarca de Lavras/MG, facultando-se ao Magistrado singular determinar o cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão. (HC 616.996/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 10/05/2021)

25 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assumam natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP). 2. Deve, ainda, ficar concretamente evidenciado, na forma do art. 282, § 6º do CPP, que, presentes os motivos que autorizam a segregação provisória, não é suficiente e adequada a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) menos invasivas à liberdade. 3. O Juiz de primeira instância - embora tenha aludido à apreensão de grande quantidade de droga, o fez ao analisar a existência de prova de materialidade e indícios de autoria - apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do CPP, sem indicar motivação suficiente para decretar a prisão preventiva, uma vez que se limitou a afirmar que "a prisão cautelar ainda se revela necessária à garantia da ordem pública, tratando-se, ao menos por ora, do meio adequado a impedir a reiteração criminosa (art. 282, § 6º do CPP)". De fato, o Juízo de direito mencionou apenas a necessidade de garantir a ordem pública, a existência de prova da materialidade e indícios da autoria delitiva, dados que não constituem elementos suficientes para demonstrar a acentuada periculosidade do réu ou

mediante critérios objetivos calcados na exigência de qualidade decisória com o fito de cumprimento do dever constitucional e atingimento das finalidades da motivação. A regra processual analisada, portanto, forma uma importante base na avaliação do decreto preventivo e, quando aplicada no grau máximo do *standard* de fundamentação, serve de mecanismo para a efetivação das garantias processuais, afirmando o devido processo legal.

Imperioso considerar a existência de prisões preventivas impostas de modo desarrazoado e sem motivação suficiente, de maneira que a medida não representa a *ultima ratio* e tampouco evidencia o caráter cautelar esperado. Como mecanismo de confronto a esse cenário surge o *standard* de fundamentação do artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, que a partir de seu rol estabelece critérios pelos quais se considera que o decreto preventivo não está fundamentado.

Tem-se, então, que o pronunciamento judicial precisa ser “[...] calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 995). Isto posto, o decreto preventivo deve fugir à banalidade composta por redações padronizadas que permitem reproduções em séries para diversos casos, onde, portanto, não se tem a análise concreta dos elementos (CUNHA, 2020, p. 296).

Assim, o panorama jurisprudencial revela a atenção dos Tribunais em relação à deficiência de fundamentação do decreto preventivo a partir da inobservância do *standard* de fundamentação. Considerando que o dispositivo analisado possui rol exemplificativo, indubitável eventual

maior reprovabilidade da conduta. 3. Recurso provido, confirmando a liminar, para tornar sem efeito o decreto de prisão exarado em desfavor da paciente e do corréu, nos termos do art. 580 do CPP, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, conforme o art. 319 do CPP.(RHC 121.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020)

divergência de entendimento jurisprudencial, sendo necessário o acompanhamento constante da problemática a fim de se definir possíveis novos contornos em face da decisão de decretação da prisão preventiva.

Considerações finais

A partir do presente estudo compreendeu-se que a prisão preventiva, como espécie da prisão cautelar, é admitida como medida drástica em conformidade com a proporcionalidade, sem violar os imperativos da Jurisdicionalidade e da Presunção de Inocência, mas importando em elevado grau de intervenção penal em face do acusado a fim de resguardar a persecução penal para finalidade de satisfação da tutela jurisdicional. Para a decretação dessa medida, indispensável o preenchimento dos requisitos e fundamentos legais com o fito de comprovar o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, conforme artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Sendo uma medida que, *prima facie*, ofende o direito fundamental à liberdade, deve ser decretada apenas quando presentes seus requisitos e fundamentos e ausente a eficácia de outras medidas cautelares menos gravosas, tudo por força do Princípio da Fundamentação. Caso contrário, isto é, não havendo o preenchimento das condições fáticas e jurídicas, inviável a decretação da prisão preventiva, sob pena de, diante da sua ilegitimidade, caracterizar grave ofensa aos direitos fundamentais do acusado. E, assim, reconhecidos são os vícios que maculam a fundamentação do decreto prisional, resultando na ausência da *ratio decidendi* e na banalização da prisão preventiva.

Daí que, o artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 13.964/2019, é de grande relevância à problemática. Assim, a partir da análise tecida, conclui-se que foi estabelecido um *standard* de fundamentação mediante rol de comandos negativos. O decreto prisional

que estiver motivado de modo a incorrer em alguma das hipóteses elencadas restará viciado e não atenderá ao comando constitucional inserido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Busca-se a partir desse *standard* evitar a incidência dos vícios de motivação. Igualmente, pretende-se que o conteúdo lógico-argumentativo da decisão seja satisfatório em grau elevado não apenas para se furtar dos vícios, como também para atingir as finalidades da decisão.

Com efeito, indubitável que o disciplinamento de regras objetivas tem como fruto a qualidade de fundamentação do decreto preventivo. A exigência de um *standard* a ser observado possibilita de melhor maneira o controle da qualidade decisória e evita os vícios de motivação. A partir disso, suprimem-se os espaços para subterfúgios empregados como justificação da medida que acabam por banalizá-la ao arrepio da presunção de inocência. Isto posto, pode-se dizer que o aprimoramento legal tem como efeito a mudança do paradigma anteriormente delineado, conforme depreende-se das ementas jurisprudenciais colacionadas, que indicam o comportamento dos tribunais em responder de modo satisfatório à provocação de vício de fundamentação do decreto preventivo.

Referências

- ALMEIDA, Roberto de Oliveira; SOUSA, Mônica Teresa Costa. Fundamentação das decisões judiciais no CPC 2015 e o Superior Tribunal de Justiça: uma análise do mandado de segurança nº 21.315/DF. **Revista da AJURIS**. v. 44, n. 142, p. 246-264, jun. 2017. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/685>>. Acesso em: 10 abril 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prisão Preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, p. 381-408, jan./dez. 2008.

Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811/70419>>.

Acesso em: 3 out. 2020.

_____. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista dos Tribunais Online**. v. 5, p. 159-181, jun. 2012. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepagecrumbaction=recreate&stnew=true&crumblabel=Home&areaofinterest=wibrHome>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084317833**, Oitava Câmara Criminal. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre: Julgado em: 29 de julho de 2020. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084317833&codComarca=700&perfil=o>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084985159**, Segunda Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre: Julgado em: 11 de maio de 2021. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084985159&codComarca=700&perfil=o>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70084367028**, Oitava Câmara Criminal. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre: Julgado em: 29 de julho de 2020. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta->

processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084367028&codComarca=700
&perfil=0>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 656.425/RS**, Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: Julgado em 11 de maio de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100966405&dt_publicacao=14/05/2021>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 616.996/MG**, Sexta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília: Julgado em 04 de maio 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002595145&dt_publicacao=10/05/2021>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.695/SP**, Sexta Turma. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília: Julgado em 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903657496&dt_publicacao=23/06/2020>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JORGE, Flávio Cheim; SANTANNA, Vinícius de Souza. Fundamentação das decisões judiciais: razões, interações com outras garantias, requisitos mínimos e controle.

Revista dos Tribunais Online, vol. 302, abr. 2020, p. 89-110. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepagecrumbaction=recreate&stnew=true&crumblabel=Home&areaofinterest=wlbrHome>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

JUNIOR, Américo Bedê; PINTO, Marcos Vinícius. A aplicação do art. 489, § 1º, do CPC ao processo penal. **Revista dos Tribunais Online**, vol. 152, fev. 2019, p. 315-346. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepagecrumbaction=recreate&stnew=true&crumblabel=Home&areaofinterest=wlbrHome>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como *bricolage* de significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A análise do *Airbnb* e sua regulamentação jurídica no Brasil ¹

Eduarda Giacomolli²
Nadya Regina Gusella Tonial³

1 Introdução

O presente trabalho visa analisar o instituto do *Airbnb* para compreender sua natureza jurídica e regulamentação no Brasil. Justifica-se a importância e atualidade do tema, visto que a economia compartilhada revela-se uma tendência nos dias de hoje, no âmbito mundial, pois traz comodidade e simplicidade aos usuários, exemplo disso é a introdução no mercado das plataformas da *Uber* e do *Airbnb*. Desse modo, por não haver algo definido é necessário examinar os efeitos jurídicos dessas relações e as opções disponíveis para encontrar a que melhor se adapte, ao cotidiano de mudanças da tecnologia.

Em especial, delimita-se a investigação na plataforma *Airbnb*, observando que oferece preços baixos e diversidade de lugares para hospedagem, traz a possibilidade de reservar sem maiores burocracias demandadas em hotéis, o que proporciona conforto para quem está viajando, seja a negócios ou a passeio. Em contrapartida, por ser algo recente e desconhecido gera insegurança jurídica aos usuários. À luz dessa realidade, assenta-se a problemática da pesquisa, em que se indaga: a

¹ Artigo científico produzido na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso III, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS, no ano de 2021.

² Acadêmica do nível IX do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 169829@upf.br.

³ Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI.

plataforma do *Airbnb* pode ser entendida como um contrato de locação ou de hospedagem? Ou ainda cria um terceiro gênero que precisa ser regulamentado no ordenamento brasileiro?

Assim, utilizando o método hermenêutico e a técnica de pesquisa bibliográfica, objetiva-se compreender a história, a realidade de atuação do *Airbnb* no mundo e sua introdução no Brasil, bem como analisar em qual modelo jurídico esta plataforma se encaixa no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, inicialmente, analisa-se o contexto da economia compartilhada, bem como o surgimento do *Airbnb* no mundo e no Brasil; após são estudados os contratos de locação por temporada e hospedagem, pois guardam relação com o *Airbnb*; e por fim, apresenta-se a discussão sobre a natureza jurídica do *Airbnb* e a possibilidade de os condomínios edilícios proibirem o uso de suas unidades para tal finalidade.

2 A economia compartilhada e o surgimento do *Airbnb* no mundo e no Brasil

Cada vez mais a tecnologia se encontra presente na vida das pessoas, vive-se na sociedade da informação. Em especial, o celular é a principal fonte para a evolução de aplicativos que auxiliam a rotina, seja pessoal, seja profissional. Assim, esses aparelhos possuem ferramentas que trazem a simplicidade e a praticidade para o trabalho, vida familiar ou lazer o que resulta na alta adesão de seus termos de uso, como por exemplo a *Uber* e o *Airbnb*.

As relações contratuais mudam, constantemente, e novos métodos surgem e são recepcionados pelos usuários, como por exemplo a economia compartilhada. Segundo Ferreira, a economia compartilhada ou “Consumo Colaborativo”, “Economia de Partilha”, “*Peer-to-Peer*

Economy”⁴, dentre várias outras nomenclaturas “é a forma de dividir o uso ou a compra de serviços por aplicativo, construindo a partilha de recursos humanos e físicos, possibilitando uma maior interação entre pessoas” (2017, p. 41).

Porém, a ideia de compartilhamento de bens e serviços não é novidade, a única mudança foi sua forma, utilizando tecnologias que modificaram esse processo. A economia compartilhada iniciou em 1995 com os sites *eBay* e *Craigslist*, e no ano de 1999 com o *Couchsurfing*, fundado com o intuito de interligar viajantes com as pessoas que ofereciam seus quartos e sofás para pernoite (GURGEL, 2017, p. 9-10).

Na concepção de Gurgel, após a crise econômica de 2008-2009 que ocorreu a expansão desse modelo de compartilhamento, pois se tornou uma opção para quem perdeu seu emprego ou teve redução salarial e, ainda, para recém graduados que não tinham entrado no mercado de trabalho. No Brasil, o crescimento da Economia Compartilhada aumentou após 2013, quando o site do *Airbnb* teve sua plataforma lançada no país (2017, p. 10).

Nessa linha, Fernandes, professor e gerente de projetos do Centro de Empreendedorismo e Novos Negócios da Fundação Getúlio Vargas (FGV-CEEN), aduz “que a economia compartilhada nada mais é que o velho conceito de emprestar coisas e compartilhar custos, algo que as pessoas fazem a milhares de anos.” Explica que, a diferença é que, atualmente, a tecnologia das informações e as redes sociais deram uma cara nova para esse empréstimo. Contudo, adverte que o verbo “emprestar” nem sempre é o mais usado na economia compartilhada, por esse motivo, existem várias críticas as *startups* que o usam como modelo, mas lucram sem compartilhar algo com os usuários, como por exemplo a *Uber* e o *Airbnb*.

⁴ Tradução livre: “Economia ponto a ponto”.

Assim, surgiram outros dois termos *sharewashig* e *ridewashing*, este último para empresas de transporte, significam “revestir de outro significado” o compartilhamento ou a carona (2020).

Todavia questiona-se: para que serve a economia compartilhada? Para diminuir gastos de produção e ou serviço que são utilizados por dois ou mais indivíduos, além da redução do impacto ambiental, uso consciente e mais oportunidade de acesso a bens e serviços (CONSUMO COLABORATIVO, 2020). Sua popularidade decorre da junção de fatores como a preocupação com a sustentabilidade, desejo dos indivíduos fazerem conexões sociais, diversificar a fonte de renda e reduzir os custos de transações (GURGEL, 2017, p. 10). Assim, uma pesquisa feita pela empresa americana de consultoria, *Pricewaterhouse Coopers- PwC*, demonstrou que,

os pilares da economia de compartilhamento são: a plataforma digital que conecta a capacidade extra à demanda; oferta de simples transações em vez da propriedade, nas áreas de: aluguel, empréstimo, mera inscrição ao uso, revenda, troca e doação; formas de consumo que promovem interações sociais; experiências que envolvem conexões emocionais; a compreensão que essa economia é baseada na confiança; repensa o valor da troca; e o desejo de menos conflito (GURGEL, 2017, p. 11).

Além disso, Pereira, Jereissati e Bezerra afirmam que o fenômeno da economia compartilhada possui quatro pilares de sustentação: consumo colaborativo, que tem por objetivo a obtenção de produtos e serviços por meio de permuta, aluguel, empréstimo, negociação, *leasing*, revenda e troca; a produção colaborativa consiste em grupos ou redes de pessoas que colaboram para criar, produzir ou distribuir produtos; aprendizado colaborativo, que se desenvolve em experiências de aprendizado abertas a qualquer pessoa que trocam fontes e conhecimentos com o objetivo de

aprenderem juntos; e financiamento colaborativo, consiste em financiamento, empréstimo e investimento oferecido fora das tradicionais instituições financeiras (2018, p. 06).

Logo, todas as pessoas são potenciais clientes desse recurso, desde os vizinhos que compartilham ferramentas tocando a campainha do outro, quanto aqueles que usam a internet para buscar pessoas que emprestem as ferramentas. Os exemplos mais conhecidos de economia compartilhada são o *Airbnb* e a *Uber*, respectivamente, com atuação no ramo de hospedagem e de transporte. Mas, ainda, existe o *Bliive*, uma plataforma que permite a troca de tempo livre; a *PetRoomie* uma espécie de *Airbnb* para pets; e o *Bike Anjo*, que ensina a andar de bicicleta pela cidade. Qualquer pessoa pode dispor desses recursos, empresas que dividem a compra de helicóptero para seus funcionários, ONGs, governos (CONSUMO COLABORATIVO, 2020).

No Brasil, a economia compartilhada foi introduzida como meio de compartilhamento de bicicletas, carros, espaços de trabalhos, hospedagem e caronas, além dos sites de trocas de produtos e serviços e de plataformas de financiamento e produção coletiva (GURGEL, 2017, p. 12-13).

Além do lado positivo e das vantagens, também existem os riscos em utilizar esse recurso de economia compartilhada, visto que não existe uma fiscalização relativa aos padrões de segurança e higiene. Tomando por exemplo, o *Airbnb* verifica-se que, os hotéis possuem fiscalização pelo Corpo de Bombeiros quanto às normas de segurança, presença de extintores e portas de fugas. Já quem utiliza seu imóvel particular para compartilhamento não está sujeito a mesma regularização exigida e a proteção de órgãos públicos, isso traz insegurança e é motivo de desconfiança dos possíveis hóspedes (CONSUMO COLABORATIVO, 2020).

Fundado em São Francisco, na Califórnia, o *Airbnb* começou em um apartamento na cidade, quando ocorreu a realização de uma conferência de *design* e todos os hotéis estavam lotados. *Nate Blecharczyk*, 31 anos, *Brian Chesky*, 33 anos e *Joe Gebbia* de 33 anos já tinham como aspiração a construção de um negócio que mudaria a forma das pessoas pensarem uma viagem. Durante essa conferência, *Chesky* e *Gebbia*, necessitando de um dinheiro extra ofereceram colchões de ar, no chão da sua casa para os visitantes, ao preço de U\$ 80 dólares à noite. Foi a partir disso que, surgiu o *Air Bed & Breakfast*, um mercado “*peer-to-peer*” que veio para facilitar a procura de locais com preços acessíveis para hospedar pessoas durante conferências, festivais de música, entre outros (SCHNEIDER, 2018, p. 8).

Atualmente, o *Airbnb* facilita o acesso a mais de dois milhões de propriedades no mundo, dos mais variados tipos, como: casa na árvore, ilhas particulares, castelos, casa de férias em mais de 34 mil locais diferentes do globo e outros. Ainda, podem ser locadas casas ou apartamentos inteiros ou apenas um cômodo (SCHNEIDER, 2018, p. 8). A proposta do negócio é fornecer contato com culturas diferentes e participar de experiências únicas, em que o usuário pode alugar um castelo por uma semana ou um apartamento por um dia, prezando, sempre pela interação social gerada no contato entre hóspede e proprietário, para criar conexões (GURGEL, 2017, p. 16-18).

As partes no *Airbnb* devem estar confortáveis com a ideia de que as pessoas que vão se hospedar, ou, de outro lado, a casa que irão “alugar” são de confiança, o que torna a plataforma mais complexa que qualquer outro mercado *peer-to-peer*⁵ como *eBay*⁶ ou *Etsy*⁷. Desse modo, a empresa

⁵ Tradução livre: “pessoa para pessoa”.

⁶ O *eBay* é um dos sites de vendas (comércio eletrônico) mais populares do mundo (EBAY, 2021).

⁷ O *Etsy* é um dos maiores sites de compras dos EUA e comercializa, especialmente, produtos feitos à mão (ETSY, 2021).

tem por objetivo utilizar ferramentas digitais para criar uma conexão cara-a-cara, algo que transmita confiança e segurança, como visualização e aprovação de perfis para os anfitriões e convidados, revisão e avaliação do imóvel, compartilhamento de experiência e firmeza nos pagamentos. Para isso, propõe a passagem por três etapas para o reconhecimento: a primeira, consiste em fornecer cópia de documento emitido pelo governo, ou a resposta de perguntas pessoais; a segunda traz a vinculação da conta do *Airbnb* com um perfil *online* como *Facebook*, caso não possua essa conta é necessário fazer uma mensagem em vídeo; e terceira, utilizar uma foto de perfil e ter dados para contato como e-mail e telefone (TABORDA, 2016, p. 36).

Embora existam essas ferramentas de segurança disponibilizadas, para comprovação de que a pessoa é quem diz ser, Taborda relata um caso que ocorreu entre um hóspede e uma anfitriã, que retornou de férias após um mês e encontrou sua casa destruída. Após esses episódio, a empresa introduziu uma garantia de U\$ 50 mil dólares para proteger os anfitriões e suas propriedades de possíveis danos causados pelos hóspedes (2016, p. 36).

Quanto ao procedimento do *Airbnb*, verifica-se que, para proceder a locação, o anfitrião anuncia seu imóvel na plataforma com suas condições e os hóspedes que se interessam por este anúncio, entram em contato com o próprio anfitrião, consultam a disponibilidade e efetuam o pagamento (SCHNEIDER, 2018, p.10), que pode ser realizado através de cartão de crédito ou débito e no Brasil tem a opção de ser via boleto bancário. Todavia, o pagamento só será liberado para o anfitrião depois de 24 horas do horário do *check-in*. Ainda, o usuário pode cancelar sua reserva a qualquer momento, antes ou durante a viagem, ficando a cargo do anfitrião determinar o reembolso (GURGEL, 2017, p. 18).

Quando as partes fazem e aceitam a reserva, é celebrado entre si um contrato. Salienta-se que, o *Airbnb* não participa dessa tratativa, mas, cobra uma taxa de serviço para manter a plataforma em funcionamento, tal valor pode variar entre 3% a 5% para o anfitrião e 5% a 15% para o hóspede (GURGEL, 2017, p. 18).

No que tange ao prazo, a proposta da plataforma é justamente de locação de curta duração, sendo voltada a turistas e viajantes, semelhante a locação por temporada⁸ que não pode ultrapassar o prazo de 90 (noventa) dias (SCHNEIDER, 2018, p. 22). Conforme artigo 48, da

No Brasil, o *Airbnb* passou a ser utilizado em 2012, porém brasileiros que tiveram contato com a plataforma fora do país já haviam começado a disponibilizar seu espaço em 2009. No ano de 2014, mais de 100 mil hóspedes ocuparam a plataforma durante a Copa do Mundo, sendo 6% das reservas feitas por brasileiros. Já em 2015, o *Airbnb* se tornou fornecedor oficial de acomodações durante as Olimpíadas de 2016, devido a parceria firmada com o Comitê Organizador dos Jogos, totalizando 80 mil hóspedes (GURGEL, 2017, p. 23).

Contudo, algumas cidades do Brasil proíbem a locação de quartos ou casas, como é o caso de Caldas Novas, em Goiás. Nesse município existe a Lei Complementar Municipal nº 99/2017 que trata deste tema, junto com a Lei do Turismo nº 11.771/2008 e a Lei do Inquilinato nº 9.245/91 (SCHNEIDER, 2018, p. 10).

Afora isso, observa-se que o *Airbnb* é uma ótima alternativa para os locadores de lucrar, pois podem alugar somente um cômodo de seu imóvel ou a casa inteira. De outro lado, também é uma excelente oportunidade para os locatários, visto que diminui de seus gastos. Em sentido contrário,

⁸Artigo 48 da Lei nº 8.245/91: "Considera - se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel" (BRASIL, 1991).

essa forma de acomodação atinge um setor da econômica, ou seja, os hotéis, que têm sua lotação diminuída (TEIXEIRA; MALDONADO, 2018, p. 2).

Por este motivo, o setor hoteleiro considera essa plataforma como uma concorrência desleal, pois deixa de pagar taxas, não segue as mesmas exigências que os hotéis convencionais (como necessidade de alvará de funcionamento, inspeção dos bombeiros, contas comerciais para água e luz) e não consta no cadastro de pessoa jurídica que atua no setor de turismo. Compreendem que, não há problema na plataforma existir e funcionar, porém deve haver isonomia na cobrança de impostos e normatização perante o Ministério do Turismo (GURGEL, 2017, p. 24).

O crescimento desta plataforma no Brasil se dá pela facilidade de divulgar o imóvel e a baixa burocracia, pois não existe um instrumento formal para finalizar o negócio, apenas a reserva no aplicativo e comprovante de pagamento (SCHNEIDER, 2018, p. 9). Logo, o *Airbnb* se constitui em uma empresa facilitadora que proporciona às pessoas viagens menos onerosas, incentivando, cada vez mais, que as pessoas venham a viajar (TEIXEIRA; MALDONADO, 2018, p. 2).

Portanto, a modernidade, a praticidade, os preços baixos e a diversidade que estão presentes no *Airbnb* são os principais pontos positivos para que esta plataforma se transforme no futuro do mercado de turismo, além disso, é uma ótima oportunidade para criar uma renda extra aos proprietários. Essa ferramenta valoriza a relação entre pessoas, o que representa um grande diferencial, afinal no *Airbnb* tudo é tratado entre anfitrião e hóspedes, sem formalidades que, muitas vezes, são impostas na reserva de quarto de hotel. Desse modo, relevante compreender a natureza jurídica do *Airbnb* e no que se assemelha aos contratos de locação e de hospedagem.

3 Os contratos de locação e hospedagem no Brasil

Os contratos envolvem um acordo de vontades entre duas ou mais partes que visam adquirir, modificar ou extinguir direitos. Os contratantes podem celebrar convenções previstas em lei, denominadas de contratos típicos, ou nos termos do artigo 425 do Código Civil, estipular contratos atípicos, desde que cumpridas as normas do ordenamento civil. A partir disso, pretende-se discutir a natureza contratual do *Airbnb*, mostrando-se necessário, previamente, analisar em quais contratos típicos esta plataforma pode se encaixar, em especial os de locação e de hospedagem. Passa-se, então, a fazer um paralelo entre esses contratos e a utilização de imóvel residencial denominada *Airbnb*.

A locação, nas palavras de Tartuce, é “contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração, compromete-se a fornecer à outra, por certo tempo, o uso de uma coisa não fungível, a prestação de um serviço, ou a execução de uma obra determinada” (2020, p. 438). A locação de um bem imóvel, encontra-se regulada no Código Civil, artigos 565 a 578, e na Lei n. 8.245/91, mais conhecida como Lei do Inquilinato, que disciplina a locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais.

Com relação ao prazo, de acordo com a plataforma *Airbnb*, o prazo não pode ultrapassar 90 (noventa) dias, já o prazo da locação residencial pode chegar até 30 (trinta) meses e inclusive ser renovado (SCHNEIDER, 2018, p. 10), conforme previsto no artigo 46 da Lei do Inquilinato, *in verbis*:

Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. § 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato. § 2º Ocorrendo a prorrogação, o

locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação (BRASIL, 1991).

A Lei do Inquilinato, também, regula locações por temporada de até 90 (noventa) dias, porém, se direcionando aos inquilinos e não hóspedes. A locação de imóvel por temporada tem como finalidade o lazer, realização de cursos, tratamentos de saúde, entre outros. Nos termos da Lei n. 8.245/91, exige forma contratual escrita e prazo determinado, não aceitando que a convenção seja verbal (VENOSA, 2021, p. 31).

Já, para o *Airbnb* não é necessário contrato escrito, todavia o anfitrião pode solicitar ao hóspede que assine um contrato, que contenha os termos e condições divulgados antes da reserva. Em caso de recusa, pode haver solicitação do cancelamento da reserva. O próprio *Airbnb* informa que não pode intervir na política do contrato⁹. Diferente do contrato de locação por temporada, que exige esse instrumento para reconhecer os direitos cabíveis, nos termos da Lei do Inquilinato e do Código Civil (SCHNEIDER, 2018, p. 23)

Conforme dispõe o artigo 1º da Lei do Inquilinato¹⁰, o aluguel de imóvel urbano se regula por esta lei, já as outras modalidades serão reguladas pelo Código Civil e leis especiais. Dentre essas hipóteses de locações de imóveis não são disciplinadas pela Lei n. 8.245/91, estão os *apart-hotéis*. Explica Souza que

⁹ AIRBNB. **Central de Ajuda**. 2021. Disponível em: <https://www.Airbnb.com.br/help/article/2824/posso-pedir-aos-h%C3%B3spedes-para-assinarem-um-contrato>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁰ O artigo 1º da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, conhecida como Lei do Inquilinato dispõe que: “A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em *apart-hotéis*, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades” (BRASIL, 1991).

[...] tais locações são por prazos curtos para atender a necessidades emergenciais ou esporádicas, e se caracterizam, assim, por uma acentuada rotatividade. Ou então, tais locações decorrem de interesses de trabalho ou de lazer, ou para atender a uma situação familiar específica do locatário (2020, p.18).

Além disso, para que se caracterize como *apart*-hotel, é necessário que ele tenha autorização do poder público para funcionar como tal. Nesse caso, será aplicada a legislação de atividade turística, com necessidade de registro na Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo - EMBRATUR, e sua administração, obrigatoriamente, deverá ser por uma empresa hoteleira. A locação das unidades, mesmo sendo de pessoas naturais, serão administradas por esta (SOUZA, 2020, p.18).

Os *apart*-hotéis devem colocar à disposição dos hóspedes alguns serviços, como: fornecimento de refeições, limpeza diária, arrumação da unidade, portaria, mensageiros, entre outros. As unidades a serem utilizadas para tal finalidade pertencem a diversos proprietários, que autorizam o administrador a se relacionar com terceiros, ou seja, os hóspedes, porém, não há impedimentos para que a unidade seja administrada pelos próprios donos, não alterando a finalidade (VENOSA, 2021, p. 28-29).

Quanto à locação por temporada da Lei do Inquilinato, vê-se que a mesma é, assim, qualificada pela causa transitória que enseja a locação, ou seja, qualquer motivo temporário pode ensejar essa espécie contratual. Assim, Scavone Junior, defende que o *Airbnb* se trata de uma modalidade de locação por temporada, e não de hospedagem, sendo regida pela Lei do Inquilinato, mais especificamente pelos artigos 45, 48 e 50. Explica que, não é relevante como o contrato foi celebrado, pois é costumeiro os imóveis serem ofertados através de plataformas e aplicativos na internet (2021, p. 1342).

Nesse sentido, ressalta-se o julgamento do Recurso especial 1.819.075, em que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar questões pertinentes ao *Airbnb* compreendeu que: a) não se trata de contrato de hospedagem, pois a Lei nº 11.771/2008 exige que alguns serviços sejam prestados, diferentemente da locação; b) o aplicativo *Airbnb* faz parte da economia de compartilhamento; c) existe destinação residencial a terceiros, mediante pagamento, caracterizando-se como locação por temporada; d) na jurisprudência do STJ há existência de normas restritivas impostas pelos condomínios, mas é ponderada pelos critérios de razoabilidade e legitimidade em face do direito de propriedade; e) a locação feita pelo *Airbnb* é mais segura para ambas as partes, pois há registro de transações financeiras, dados pessoais de todos que irão permanecer no imóvel (SCAVONE JUNIOR, 2021, p. 1343).

Assim, verifica-se que, a Lei do Inquilinato apenas limitou um prazo máximo de 90 (noventa) dias para a locação por temporada, porém não mencionou um prazo mínimo, pois na época da promulgação da mesma, não havia previsão de mudanças na tecnologia, que alavancariam o mercado de locações. Portanto, se não passar desse prazo legal estipulado, a locação é considerada por temporada, aplicando-se a Lei do Inquilinato (SOUZA, 2020, p. 240).

Por outro lado, a hospedagem tipificada na Lei nº 11.771/08, também conhecida como Lei Geral do Turismo, está direcionada aos hotéis. No artigo 24 do mencionado diploma legal é possível encontrar os requisitos necessários, para que os hotéis possam ter o cadastramento em órgãos competentes, *in verbis*:

Os meios de hospedagem, para obter o cadastramento, devem preencher pelo menos um dos seguintes requisitos: I - possuir licença de funcionamento, expedida pela autoridade competente, para prestar serviços de hospedagem, podendo tal licença objetivar somente partes da edificação; e **II - no caso dos**

empreendimentos ou estabelecimentos conhecidos como condomínio hoteleiro, flat, flat-hotel, hotel-residence, loft, apart-hotel, apart-service condominial, condohotel e similares, possuir licença edilícia de construção ou certificado de conclusão de construção, expedidos pela autoridade competente, acompanhados dos seguintes documentos: a) convenção de condomínio ou memorial de incorporação ou, ainda, instrumento de instituição condominial, com previsão de prestação de serviços hoteleiros aos seus usuários, condôminos ou não, com oferta de alojamento temporário para hóspedes mediante contrato de hospedagem no sistema associativo, também conhecido como pool de locação; b) documento ou contrato de formalização de constituição do pool de locação, como sociedade em conta de participação, ou outra forma legal de constituição, com a adesão dos proprietários de pelo menos 60% (sessenta por cento) das unidades habitacionais à exploração hoteleira do empreendimento; c) contrato em que esteja formalizada a administração ou exploração, em regime solidário, do empreendimento imobiliário como meio de hospedagem de responsabilidade de prestador de serviço hoteleiro cadastrado no Ministério do Turismo; d) certidão de cumprimento às regras de segurança contra riscos aplicáveis aos estabelecimentos comerciais; e e) documento comprobatório de enquadramento sindical da categoria na atividade de hotéis, exigível a contar da data de eficácia do segundo dissídio coletivo celebrado na vigência desta Lei. § 1º Para a obtenção do cadastro no Ministério do Turismo, os empreendimentos de que trata o inciso II do caput deste artigo, caso a licença edilícia de construção tenha sido emitida após a vigência desta Lei, deverão apresentar, necessariamente, a licença de funcionamento. § 2º O disposto nesta Lei não se aplica aos empreendimentos imobiliários, organizados sob forma de condomínio, que contem com instalações e serviços de hotelaria à disposição dos moradores, cujos proprietários disponibilizem suas unidades exclusivamente para uso residencial ou para serem utilizadas por terceiros, com esta finalidade, por períodos superiores a 90 (noventa) dias, conforme legislação específica (BRASIL, 2008, grifou-se).

Na análise do artigo supracitado, podem ser encontrados pontos em que o *Airbnb* não se enquadra na hospedagem, como: não é necessária licença para funcionamento do *Airbnb*; e não há como uma pessoa física

adquirir essa licença para tal (com exceção do município de Caldas Novas, em Goiás). Contudo, o inciso II traz à tona uma polêmica, quando faz menção a “*flat, flat-hotel, hotel-residence, loft, apart-hotel, apart-service* condominial, condohotel e similares”, pois mesmo que o *Airbnb* seja considerado como residência, esse inciso abre portas para que a plataforma seja interpretada como hospedagem turística (SCHNEIDER, 2018, p. 28).

Desse modo, explica Scavone Junior que “para que se caracterize contrato de hospedagem os serviços prestados devem ter caráter de contraprestação, pois assim ocorre em hotéis e hospedarias” (2021, p. 1353).

Ainda, a Portaria nº 100, de 16 de junho de 2011, do Ministério do Turismo, em seu artigo 7º¹¹, diferenciou sete tipos de meios de hospedagem, entre eles, o “CAMA E CAFÉ: hospedagem em residência com no máximo três unidades habitacionais para uso turístico com serviços de café da manhã e limpeza, no qual o possuidor do estabelecimento reside”. Observa-se que, o tipo de hospedagem cama e café poderia se enquadrar para receber o *Airbnb*, porém, a plataforma não

¹¹ Artigo 7º da Portaria nº 100, de 16 de junho de 2011 do Ministério do Turismo: “Os tipos de meios de hospedagem, com as respectivas características distintivas, são: I – HOTEL: estabelecimento com serviço de recepção, alojamento temporário, com ou sem alimentação, ofertados em unidades individuais e de uso exclusivo dos hóspedes, mediante cobrança de diária; II – RESORT: hotel com infraestrutura de lazer e entretenimento que disponha de serviços de estética, atividades físicas, recreação e convívio com a natureza no próprio empreendimento; III – HOTEL FAZENDA: localizado em ambiente rural, dotado de exploração agropecuária, que ofereça entretenimento e vivência do campo; IV – CAMA E CAFÉ: hospedagem em residência com no máximo três unidades habitacionais para uso turístico, com serviços de café da manhã e limpeza, na qual o possuidor do estabelecimento reside; V – HOTEL HISTÓRICO: instalado em edificação preservada em sua forma original ou restaurada, ou ainda que tenha sido palco de fatos histórico-culturais de importância reconhecida; VI – POUSADA: empreendimento de característica horizontal, composto de no máximo 30 unidades habitacionais e 90 leitos, com serviços de recepção, alimentação e alojamento temporário, podendo ser em um prédio único com até três pavimentos, ou contar com chalés ou bangalôs; e VII – FLAT/APART-HOTEL: constituído por unidades habitacionais que disponham de dormitório, banheiro, sala e cozinha equipada, em edifício com administração e comercialização integradas, que possua serviço de recepção, limpeza e arrumação. *Parágrafo único.* Entende-se como fatos histórico-culturais, citados no inciso V, aqueles tidos como relevantes pela memória popular, independentemente de quando ocorreram, podendo o reconhecimento ser formal por parte do Estado brasileiro, ou informal, com base no conhecimento popular ou em estudos acadêmicos” (BRASIL, 2011).

obriga o anfitrião a oferecer os serviços de café da manhã e limpeza (SCHNEIDER, 2018, p. 25).

Portanto, observa-se que o *Airbnb* é alvo de grandes discussões e que sua natureza jurídica assemelha-se, em parte, com o contrato de locação e, também, com o de hospedagem. Contudo, por se tratar de uma realidade contratual recente, não há uniformidade para identificar em qual modelo se encaixa essa relação. Com isso, importante compreender as polêmicas existentes e as possíveis perspectivas de solução.

4 A natureza jurídica do *Airbnb*: sua relação com os condomínios edilícios e perspectivas

A difusão do uso da plataforma *Airbnb* trouxe várias polêmicas ao mundo jurídico, entre elas as que envolvem sua natureza jurídica, bem como a possibilidade dos condomínios edilícios aceitarem ou proibirem a utilização da mesma em seu ambiente.

Com isso, necessário conceituar o condomínio edilício, visto que representa a forma de moradia de grande parte das pessoas que residem em cidades maiores. Assim, o “condomínio edilício é definido como o conjunto de propriedades exclusivas em uma edificação considerada unitária, com áreas comuns que se vinculam às unidades autônomas” (SCAVONE JR, 2021, p. 883). Para que o condomínio possa determinar as relações jurídicas entre os habitantes, é necessário que haja a instituição de condomínio, prevista no artigo 1.332 do Código Civil, que além de discriminar as unidades autônomas, áreas comuns e privativas, também estabelece as regras de convívio entre os moradores (SCAVONE JR, 2021, p. 886).

Destaca-se que, nas relações condominiais, o coletivo está acima do particular, ou seja, mesmo existindo direitos próprios (como o direito de propriedade) dos condôminos, que residem e compartilham o espaço comum, justamente por estarem convivendo com mais pessoas, os seus

interesses particulares devem estar alinhados com os coletivos (SCHNEIDER, 2018, p 14). Assim, a grande discussão entre os condôminos é, justamente se a unidade autônoma poderá ou não ser utilizada para outros fins a não ser o residencial.

Com relação a matéria o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 4ª Turma, julgou em abril de 2021, o Recurso Especial nº 1.819.075/RS¹², que discutia essa possibilidade de proibição por convenção de condomínio do uso de plataforma *Airbnb* naqueles imóveis com destinação residencial. O julgamento ocorreu por maioria (três votos contra e um a favor), havendo divergências entre os Ministros da Corte (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

De um lado, o relator ministro Luis Felipe Salomão, foi voto vencido. Sustentou “não ser possível a limitação das atividades locatícias pelo condomínio residencial porque as locações via *Airbnb* e outras plataformas similares não estariam inseridas no conceito de hospedagem, mas, sim, de locação residencial por curta temporada”. Desse modo, “não poderiam ser enquadradas como atividade comercial passível de proibição pelo condomínio”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Em sentido contrário, o Ministro Raul Araújo, abriu divergência e com voto vencedor, negou o provimento ao recurso justificando que “a relação jurídica analisada é atípica, assemelhando a contrato de hospedagem. O que não pode ser admitido, em face da convenção condominial, é a alteração do contrato típico em convento, a qual restou evidenciada pela prova dos autos”. Nesse caso, a convenção de condomínio

¹² Ementa Resp. 1819075 / RS: “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO EDÍLIO RESIDENCIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. LOCAÇÃO FRACIONADA DE IMÓVEL PARA PESSOAS SEM VÍNCULO ENTRE SI, POR CURTOS PERÍODOS. CONTRATAÇÕES CONCOMITANTES, INDEPENDENTES E INFORMAIS, POR PRAZOS VARIADOS. OFERTA POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS ESPECIALIZADAS DIVERSAS. HOSPEDAGEM ATÍPICA. USO NÃO RESIDENCIAL DA UNIDADE CONDOMINIAL. ALTA ROTATIVIDADE, COM POTENCIAL AMEAÇA À SEGURANÇA, AO SOSSEGO E À SAÚDE DOS CONDÔMINOS. CONTRARIEDADE À CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO QUE PREVÊ DESTINAÇÃO RESIDENCIAL. RECURSO IMPROVIDO. [...]”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

previa expressamente o uso das unidades com finalidade, exclusivamente, residencial. (SCAVONE JR, 2021).

Tendo como base a decisão do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que os usuários que moram em condomínio e que pretendem disponibilizar seu espaço no *Airbnb*, devem consultar a convenção de condomínio para verificar se esta permite esse tipo de “hospedagem”. Caso esteja expresso que as unidades serão destinadas apenas para o uso residencial, não será permitido para outra finalidade.

Contudo, mediante a convocação de uma assembleia extraordinária (artigo 1.355 do Código Civil), que é destinada a deliberar sobre assuntos de interesse dos condôminos, a convenção poderá ser alterada (SCAVONE JR, 2021, p. 976). Desse modo, necessária a aprovação por meio de 2/3 dos votos dos condôminos, caso a pauta seja a alteração na destinação do edifício ou da unidade imobiliária e ainda a necessária unanimidade dos condôminos, nos termos do artigo 1.351 do Código Civil (DANELUZZI; MATHIAS, 2019, p. 11).

Todavia, se a convenção for omissa, ou seja, não proíbe e nem permite o uso das unidades para a plataforma *Airbnb*, existe o entendimento de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo¹³

no sentido de que, caso o imóvel tenha sido locado e o proprietário multado, referida multa não pode subsistir, uma vez que locar o imóvel para temporada, por curto espaço de tempo, ainda que por locação diária por meio do *Airbnb* não desqualifica a natureza residência da utilização do imóvel, nem implica em descumprimento da destinação residencial imposta pela convenção de

¹³ TJSP. Apelação Cível nº 1117942-37.2017.8.26.0100, Rel. Claudio Hamilton, 25ª C, j.16/5/2019. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, PROCEDENTE A RECONVENÇÃO - Falta de fundamentação da sentença Inocorrência - Locação por temporada por meio do site *Airbnb* que não desnatura a utilização da unidade condominial com destinação residencial - Restrição que, embora decidida em assembleia, não está prevista expressamente na convenção, o que invalida a aplicação de multa - Discussão acerca do cabimento da limitação e vícios da assembleia que ultrapassam a pretensão autoral - Razões acolhidas para julgar procedente a ação e improcedente a reconvenção, invertidas as sucumbências - Sentença modificada. Recurso provido, rejeitada a preliminar (DANELUZZI; MATHIAS, 2019, p. 16).

condomínio. Em conclusão, consta da decisão que eventual restrição prevista fora daquele documento não valida a multa imposta (DANELUZZI; MATHIAS, 2019, p. 16).

Do mesmo modo que foi analisado o condomínio e suas peculiaridades, observa-se que o direito de propriedade, também está envolvido diretamente com a discussão da proibição do uso de uma unidade autônoma para a locação via *Airbnb*. O direito de propriedade está positivado na Constituição Federal, como direito fundamental, positivado no artigo 5º, inciso XXII. Já à luz do artigo 1.228 do Código Civil representa um direito real, em que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

O proprietário pode exercer esses direitos utilizando ou usufruindo das coisas em todas as formas possíveis, respeitando os limites impostos em razão de restrições administrativas, de vizinhança e pela conformação imposta pela função social. Não se pode dizer que o proprietário possui poderes ilimitados para utilizar do jeito que bem entender, mas, que pode utilizar a coisa em seu todo dentro do bem-estar social e dentro de suas limitações. Também, o direito de propriedade se caracteriza por ser exclusivo (artigo 1.231 do Código Civil), estando na oponibilidade *erga omnes*, meio pelo qual o proprietário exclui ou impede a ingerência de terceiros (DANELUZZI; MATHIAS, 2019, p. 8)

A conexão entre a plataforma do *Airbnb* e o direito de propriedade se manifesta entre o interesse individual e concreto do proprietário, utilizando consciente e racionalmente da propriedade, à medida que fornece hospedagem a preços mais acessíveis as pessoas. Ao proporcionar seu imóvel para que outras pessoas utilizem, acaba por tornar o direito de propriedade útil para o interesse próprio, mas também, para interesse de outros, para proveito e bem-estar da sociedade. O proprietário faz uso

legítimo de seu direito e dá a sua propriedade, uma finalidade social resultando em um interesse econômico (DANELUZZI; MATHIAS, 2019, p. 9).

Com isso, verifica-se a polêmica que envolve o *Airbnb* e sua natureza jurídica, que apesar de algumas decisões¹⁴ ainda não está pacificada e definida.

Neste sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.431/2016¹⁵ e outro no Senado Federal PL nº 748/2015¹⁶, ambos com o mesmo objetivo: alterar a Lei nº 8.245/91, na seção que dispõem sobre o aluguel por temporada.

¹⁴ As autoras Daneluzzi e Mathias (2019, p. 16-17) apresentam algumas decisões que abordam as polêmicas e discussões envolvendo o *Airbnb*: “CONDOMÍNIO EDILÍCIO. Ação de procedimento comum proposta por condômina contra condomínio, buscando que este permita o acesso de qualquer pessoa autorizada aos seus apartamentos, declarar nula deliberação tomada em assembleia de alteração de regimento interno, julgada improcedente - Segundo a convenção, os edifícios que constituem o condomínio possuem natureza exclusivamente residencial - Convenção condominial que é dotada de força cogente e obriga a toda a coletividade condominial, devendo os condôminos se comportar com respeito e obediência a ela - Locação de unidades condominiais por temporada através de plataforma de hospedagens online (*Airbnb, booking* e afins) - Situação que autorizaria a locação, não fosse a evidente intenção da autora, em anúncio publicado, de oferecer a terceiros frequência a um clube - Característica não residencial - Sentença mantida Recurso improvido, com observação. (TJSP. Apelação nº 1067304- 03.2017.8.26.0002. Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, 32ª C. j. 24/4/2019).”

“Condomínio - Ação de obrigação de não fazer com pedido de tutela de urgência - Decisão de Primeiro Grau que concedeu a tutela de urgência para fim de que o condomínio requerido se abstenha de multar o requerente pelo recebimento de visitas em sua residência, que caracterizam locação temporária inferior a 180 dias, sob pena de multa a ser oportunamente fixada - Pretensão de locação do imóvel do autor em qualquer modalidade, inclusive 'online' por temporada (*AIRBNB*) - Convenção Condominial que veda tal prática ao dispor que as unidades autônomas possuem destinação residencial - Utilização de imóvel residencial com contornos de hotelaria, em condomínio, configurando-se, tal modalidade, na prática, uma atividade com fins comerciais - Alta rotatividade de pessoas no condomínio que altera a rotina e a segurança do local, não se vislumbrando, por ora, restrição ao direito de propriedade, mas sim, medida proibitiva e protetiva do interesse geral dos moradores. Decisão reformada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 2257026-11.2018.8.26.0000, Rel. José Augusto Genofre Martins, 31ª C., j.11/3/2019).”

“Apelação - Ação de obrigação de não fazer - sentença de procedência - unidade condominial que passou a ser locada por curta temporada através de plataformas digitais - situação que se assemelha a hotelaria e hospedaria - característica não residencial - convenção condominial e regimento interno que preveem a finalidade estritamente residencial - impossibilidade do tipo de locação pretendida pelo autor - sentença reformada - recurso provido.(Apelação nº1027326-50.2016.8.26.0100, Rel. Cesar Luiz de Almeida, J. 15.10.18).”

“APELAÇÃO CÍVEL Interposição contra sentença que julgou procedente ação de obrigação de não fazer e improcedente a ação ordinária conexa. Imóvel residencial que passou a ser oferecido para locação por meio do site *Airbnb.com.br*. Situação que se assemelha à hotelaria e hospedaria. Característica não residencial.

Observação da cláusula quarta, parágrafo único, da Convenção do Condomínio, e do artigo 1.336, IV, do Código Civil. Honorários advocatícios majorados, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015. Sentença mantida.” (Apelação nº 1001165-97.2017.8.26.0510, Rel. Mario A. Silveira, J. 27.8.2018)”.

¹⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2116195>

¹⁶ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1241165>

O Projeto de Lei nº 6.431/16 prevê o acréscimo do artigo 48-A na Lei do Inquilinato, com o seguinte texto:

Art. 48-A. A locação para temporada realizada por meio de sítio eletrônico ou plataforma congênere sujeita-se às disposições desta Seção. Parágrafo único. Caso se verifique, no município em que se situe o imóvel, a instituição de tributo cujo fato gerador seja a locação para temporada, competem ao sítio eletrônico ou à plataforma congênere a apuração, a retenção e o pagamento do valor respectivo, devendo tal importância ser discriminada em separado, para ciência do locatário.

A justificativa para a criação deste artigo é baseada na mudança incontestável que as novas plataformas e modelos econômicos estão impondo à sociedade e ao Estado. Assim, fica na esfera de competência do Legislativo permitir ou não esse exercício de atividade econômica, dando segurança para ambas as partes envolvidas e garantindo o pagamento dos impostos desta atividade (GURGEL, 2017, p. 60).

Já o Projeto de Lei do Senado Federal, tem como objetivo alterar o artigo 48 da Lei do Inquilinato. O Projeto tem a seguinte redação:

Art. 1º O art. 48 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações: I - O atual parágrafo único passa a §1º, com a seguinte redação: "§1º No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, caso o locatário solicite, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram."(NR) II - São acrescentados os seguintes §§ 2º e 3º: "§ 2º Não descaracterizam a locação para temporada: I - O oferecimento de imóveis residenciais para locação, em todo ou em parte, por meio de sítios eletrônicos ou aplicativos, observados o disposto no caput; II - A cobrança, em apartado, de valores como indenização das despesas com limpeza. § 3º O locador que prestar qualquer serviço regular de hospedagem deverá obter os cadastros do Ministério do Turismo e os demais cadastros previstos em lei.

Esse projeto apresenta como justificativa, as modificações que o mercado sofre pelas tecnologias *peer-to-peer*, o que altera o mercado turístico do Brasil com conexões mais diretas entre anfitrião e hospede, além de aumentar as opções de destinos (GURGEL, 2017, p. 61).

Essa proposta do Senado tem como objetivo prevenir a multiplicação de hotéis ilegais anunciados via plataformas eletrônicas, pois não entende como locação por temporada, ofertas de unidades que prestem serviços semelhantes ao de um hotel, mas que não incluem taxa de limpeza. Da mesma forma, tem como objetivo atrair mais turistas com suas acomodações a preços acessíveis, fazendo com que as pessoas tenham mais uma fonte de renda (GURGEL, 2017, p. 61).

Portanto, após analisar as propostas acima citadas, pode-se concluir que o Legislativo entende o *Airbnb* como meio de locação, pois ambas as propostas visam alterar a Lei do Inquilinato. Apesar de haver decisões judiciais favoráveis ou não a plataforma *Airbnb*, e projetos de lei a respeito desta, ainda, é e será objeto de grandes discussões no meio jurídico.

Considerações finais

Ao analisar a natureza jurídica da plataforma *Airbnb* verifica-se a relevância da temática que se encontra vinculada a economia compartilhada, que representa uma tendência da sociedade moderna, seja para a interação entre as pessoas, seja para o fomento do setor econômico.

Assim, vê-se que o *Airbnb* surgiu das novas tecnologias da informação, com intuito de trazer praticidade e melhores preços para locações temporárias. Seu aparecimento aconteceu nos EUA e a propagação do negócio, por meio de recursos digitais, cresceu e se espalhou pelo mundo. No Brasil, a utilização da plataforma iniciou em 2012 e conquistou grande aceitação. Assim, pelo *Airbnb*, disponível em aplicativo, é possível reservar o uso temporário de um imóvel, mediante

pagamento. Logo, o *Airbnb* é uma empresa facilitadora do encontro daqueles usuários que querem disponibilizar imóveis para serem locados e daqueles que precisam do local para se hospedar, tudo de modo mais econômico e prático.

A par disso, verifica-se que o *Airbnb* se assemelha, com os contratos de locação por temporada e de hospedagem, contudo com eles não se identifica na totalidade. O primeiro é regulado pela Lei do Inquilinato, Lei n. 8245/91, mas não pode ser aplicada ao *Airbnb*, em face da diferença do prazo de duração e, ainda, por detalhes técnicos e peculiaridades próprias da plataforma. Quanto à hospedagem é regulada pela Lei n.11.771/08, que disciplina o turismo no Brasil. Do mesmo modo, o *Airbnb* não se encaixa nessa espécie, visto que não existe obrigatoriedade de qualquer registro no Ministério do Turismo.

Ainda, verifica-se a discussão que exsurge da possibilidade ou não do condômino de disponibilizar a sua unidade na plataforma *Airbnb* e com isso destinar uma finalidade de interesse econômico. Alguns defendem que só poderá acontecer, se a convenção de condomínio permitir, pois ela tem soberania para se posicionar acerca do tema. Contudo, em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser possível. Tal decisão revela um retrocesso, pois não caminha na esteira da economia compartilhada e do fomento do desenvolvimento econômico decorrente das tecnologias digitais.

Em resposta à problemática, constata-se que o *Airbnb* não se encaixa nos contratos típicos de locação por temporada e de hospedagem, embora tenha características de ambos. Ele se constitui em um terceiro gênero de utilização temporária remunerada de imóvel, representando um contrato atípico, visto que não regulado em lei. Com isso, frente a sua popularidade e crescimento contínuo, necessária a análise e aprovação dos Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados e Senado Federal,

para alterar a Lei do Inquilinato, visto que melhor regularia o *Airbnb*, em virtude do estilo de uso do mesmo, ser mais próximo a locação por temporada.

Portanto, fundamental que haja a regulamentação do *Airbnb*, em especial para proteger o direito das partes envolvidas na relação e trazer segurança jurídica. Sem isso, poderá haver um declínio no mercado da economia compartilhada, trazendo prejuízos para o desenvolvimento social e econômico.

Referências

BRASIL. **Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008.** Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico; revoga a Lei no 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei no 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei no 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11771.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. 1991. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 8 dez. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 100, de 16 de junho de 2011.** Institui o Sistema Brasileiro de Classificação de Meios de Hospedagem (SBClass), estabelece os critérios de classificação destes, cria o Conselho Técnico Nacional de Classificação de Meios de Hospedagem (CTClass) e dá outras providências. Disponível em: <http://antigo.turismo.gov.br/portaria-n-100-de-16-de-junho-de-2011> Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Notícias**. 2019. Disponível em:<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relator-vota-pela-impossibilidade-de-que-condominios-proibam-locacoes-de-curta-temporada-via-Airbnb.aspx> Acesso em 08 abr. 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1819075 / RS**. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 20 mai. 2021.

CONSUMO COLABORATIVO. 2020. Disponível em: <https://consumocolaborativo.cc/o-que-e-economia-compartilhada/>. Acesso em: 4 dez. 2020.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero; MATHIAS, Maria Lígia Coelho. O sistema *Airbnb* e sua relação com o direito de propriedade e condomínio edilício. **Revista Argumentum**. Marília/SP, V. 20, N. 2, pp. 625-650, Mai.-Ago. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1142/722>. Acesso em 09 mai. 2021.

EBAY. Disponível em: <https://www.ebay.com>. Acesso em: 02 mai. 2021.

ETSY. Disponível em: <https://www.etsy.com>. Acesso em: 02 mai. 2021.

FERNANDES, René José Rodrigues. O que é economia compartilhada. **Consumo Colaborativo**, 2020. Disponível em: <https://consumocolaborativo.cc/o-que-e-economia-compartilhada/>. Acesso em: 4 dez. 2020.

FERREIRA, Márcio Alcino Almeida. **Economia Alternativa: Feiras e Airbnb** na cidade do Porto. 2017. Dissertação (Mestrado em Riscos, Cidades e Ordenamento do Território) - Faculdade de Letras, Universidade do Porto, Porto, 2017. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/108855?mode=full>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

GURGEL, Camila. **A intervenção e regulação estatal sobre o serviço oferecido pelo Airbnb no Brasil**. 2017. Monografia (Curso de Especialização em Direito Administrativo) - Programa de Pós Graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais

Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/5719>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JEREISSATI, Catherine Santa Cruz; BEZERRA, Mário de Quesado Miranda. Impacto do modelo de negócio do *Airbnb* no mercado de hospedagem: autonomia privada, internet, economia colaborativa e as novas fronteiras do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 119/2018, p. 269 – 294, set./out. 2018. Disponível em: <http://rt.com.br/?sub=login>. Acesso em: 8. Dez. 2020.

PERES, Tatiana Bonatti; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Lei Do Inquilinato**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário**: Teoria e prática. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Airbnb e plataformas eletrônicas de disponibilização de imóveis para locação**: análise do Resp. 1.819.075. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/23/Airbnb-e-plataformas-eletronicas>. Acesso em: 23 abr. 2021

SCHENEIDER, Kathrin Stefanny. **Panorama conceitual e jurídico dos contratos de locação AIRBNB**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiterana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20777>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Lei do Inquilinato Comentada**: Artigo por artigo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TABORDA, Rita Forte Caldas Ramos. **Economia de partilha e os casos de referência AIRBNB, Uber e Boatbound**. 2016. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: <http://www.unirio.br/cch/escoladeturismologia/pasta-virtuais-de-docentes/camila-maria-dos-santos->

moraes/turismo-e-internet/os-casos-do-Airbnb-uber-e-boatbound. Acesso em: 05 de dezembro de 2020

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio; MALDONADO, Gregory Tonin. Por que as leis que limitam a atuação do *Airbnb* nos Estados Unidos seriam incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro? **Revista dos Tribunais**, v. 987/2018, p. 365-385, Jan. 2018. Disponível em: <http://rt.com.br/?sub=login>. Acesso em: 8. Dez. 2020.

VENOSA, Silvio De Salvo. **Lei Do Inquilinato Comentada**: Doutrina e prática. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

O trabalho do preso na administração pública: possíveis (in) constitucionalidades

*Gabriela Santos Bortolini*¹
*Maira Angélica Dal Conte Tonial*²

Introdução

O presente artigo tem como tema principal o trabalho do preso na administração pública. A importância do tema volta-se a elencar a condição de dignidade humana, educativa e produtiva ao trabalho do condenado e às legislações inerentes ao tema.

Os direitos fundamentais são indispensáveis não somente para o apenado como para qualquer outro cidadão. Em relação aos direitos fundamentais dos detentos é assegurado aos presos o respeito, a integridade física e moral, desta forma podendo citar como um exemplo à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos direitos fundamentais brasileiros, e para a sua ressocialização os mesmos devem ser preservados ainda que seja condenado a pena máxima.

O cumprimento do direito social ao trabalho é essencial para que a reincidência não venha a tornar-se recorrente, tendo em vista, que, a superlotação dos presídios e o grande número de mortes e doenças tem sinalizado que, são problemas que impedem que o Sistema Prisional cumpra com a reabilitação social dos detentos.

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, e-mail 161240@upf.br.

² 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>

Diante destas situações internas nos presídios acabam por se tornar um estímulo onde o preso busca a sua própria maneira de chamar atenção do Estado e das mídias, em uma tentativa de resolução dos seus problemas, constituindo facções criminosas que internamente recrutam presos provisórios recém-chegados e que estão esperando julgamento e ensinam como sobreviver neste ambiente onde tudo é novo e incomum. Desta forma, por exemplo, se um encarcerado não é de fato um criminoso de alta periculosidade acaba, por consequência, se tornando propenso à marginalidade por estar em contato constante com aqueles que cometeram crimes hediondos. Um detento preso por homicídio qualificado em contato direto com outro detento preso por roubo, o detento de maior periculosidade tende a ser mais agressivo, não dando opções de segurança para o detento de baixa periculosidade, resultando no seu ingresso na facção buscando por proteção.

Em razão das situações problemáticas elencadas, questiona-se: O trabalho prisional como prática de benefícios não somente aos detentos, mas para o poder público e à sociedade em geral realmente é uma política de reinserção social?

O presente artigo objetiva-se a examinar o direito ao trabalho do preso, explorando, de modo geral, os direitos e deveres do mesmo, tanto quanto as possíveis inconstitucionalidades do programa no Sistema Prisional Brasileiro.

A metodologia aplicada ao artigo classifica-se como uma pesquisa bibliográfica, pois para seu desenvolvimento, utilizou-se de livros e artigos com a finalidade de fortificar a argumentação.

O trabalho prisional

O trabalho é o principal fator de reajustamento social e, segundo a Lei de Execução Penal, conforme consta em seu artigo 28³, representa um dever social e condição de dignidade humana, que tem finalidade educativa e produtiva.⁴ Tal dever foi pensado e desenvolvido para beneficiar não somente o encarcerado como também as empresas que apesar de remunerarem os detentos, aproveitam-se dos custos mais baixos devido à mão de obra barata. Ainda que seja altamente lucrativo para as empresas, a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XLVIII⁵ mesmo estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, o cumprimento da pena se dará em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo.

Atualmente existem dois tipos de trabalho prisional, o trabalho intramuros e extramuros; a diferenciação de um para o outro se dá pelo local do trabalho e da sua recompensa. O trabalho intramuros é oferecido dentro das próprias prisões, e se efetiva como serviços gerais, e sendo mais vigiado pelos próprios oficiais, sua recompensa é somente a remição de pena visto que trata-se de um trabalho voluntário, como forma de indenização à sociedade pelo crime praticado.

No que concerne ao trabalho extramuros, este será concedido pelo Juiz da Vara de Execução Penal ao preso que cumpre pena no regime semi-aberto. Nesta modalidade de trabalho o preso necessita sair das imediações para laborar, por exemplo, em uma fábrica nas imediações da prisão, e a

³ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

⁴ CAPELETI, Celia Regina. Trabalho prisional: da previsão legal à realidade carcerária brasileira. 2009.

⁵ “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:

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;”

retribuição será em dinheiro direcionado diretamente para uma conta bancária de uso pessoal e intransferível do detento para quando alcançar a liberdade usufruir deste para reintegrar-se na sociedade até estabelecer-se em outro emprego.

1.1 Natureza jurídica

O Brasil em 1824, com a sua nova Constituição, começava a reformar o seu sistema punitivo que anteriormente baseava-se em açoites, queimaduras e torturas para aqueles os quais cometessem algum delito, e desta forma aboliam-se as penas cruéis e ficava determinado que o padrão das prisões fosse um ambiente limpo, seguro, e bem arejado, também havendo casas para a separação dos condenados conforme a natureza e gravidade do crime cometido.

Com o Código Criminal do Império em 1830 as penas são introduzidas no Brasil e divididas em duas formas, sendo elas a prisão simples e a prisão com trabalho, sendo esta submetida a pena perpétua.⁶ Entretanto, notava-se dificuldades para a implantação desta pena coligada com o trabalho. A própria Constituição que vigorava em 16 de Dezembro de 1830, em seu artigo 49⁷ previa que na falta de prisões que dispunham dessas comodidades, as penas de prisão de trabalho deveriam ser substituídas pelas de prisão simples.

Deste modo, a inviabilidade do cumprimento da prisão com trabalho dos apenados trazia mais um problema para o governo, porquanto a falta de estruturação das prisões desencadeava um movimento que trouxe a criação das Câmeras Municipais que ficaram incumbentes sobre os

⁶ ENGBRUCH, Werner; DI SANTIS, Bruno Morais. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. Artigo coordenado por D'ELIA, Fábio Suardi. 2020.

⁷ “Art. 49. Enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquellas deveriam impôr-se.” (grafia original)

conflitos e necessidades da comunidade. Este órgão foi regido pela Lei Imperial de 1º de outubro de 1828, que detalhava em seu artigo 56⁸ que incumbiu cidadãos de um conselho a detalharem em relatórios o ambiente repulsivo em que os presos eram submetidos a permanecer o período condenatório, os relatórios tinham o propósito de obter um olhar atento a melhorias futuras.

Assim que apresentados os relatórios, e tendo sido averiguado a má e pouca alimentação, a assistência médica deficiente e o ambiente sórdido em que os presos se encontravam, percebeu-se o quão precário era tal cenário, e, diante do exposto o Brasil começa a debater sobre a possibilidade da adoção dos sistemas penitenciários estrangeiros, como Auburn e Filadélfia.

No início do século XIX o trabalho do preso não possuía caráter civilizatório, era utilizado como uma forma de punir ainda mais o detento obrigando a obter bons hábitos e costumes, uma vez que o trabalho visava endurecer a pena privativa de liberdade, de forma que o submetesse a trabalhar com serviços nefastos e em ambientes hostis, sem quaisquer direitos. No regime carcerário aplicado na Casa de Correição da Corte o trabalho era uma forma de extrair energia e tempo dos submetidos ao trabalho considerando que, além deste feito era considerada uma mão de obra gratuita, visto que, o ambiente laborativo não observava o princípio básico da remuneração. Ao final do século XIX e início do século XX surgem os direitos sociais, contudo os presidiários ainda não se enquadravam, pois, a sociedade não os considerava como parte desta.

⁸ “Art. 56. Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão a visita das prisões civis, militares, e eclesiásticas, dos carceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos publicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam”. (grafia original)

Foi apenas em 1940 que o Código Penal Brasileiro cita em seu artigo 38⁹ que o preso conservaria todos os seus direitos, não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, sendo assim a possibilidade do trabalho remunerado mesmo estando privado da liberdade absoluta. Por conseguinte, o direito ao trabalho remunerado do preso passa a se tornar juridicamente legal e progresso ao longo dos anos, vigorando até o presente momento conforme ampara o artigo 6º da Constituição Federal e o artigo 41, inciso II da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984)¹⁰.

1.2 Análise do sistema carcerário

Ao longo da história é possível observar diversas modificações na reforma que constituíram projetos de tratamento de reabilitação para os detentos cujo desafio era devolver ao condenado o hábito de sociabilidade através da técnica de isolamento, técnica esta que foi aperfeiçoada ao longo dos anos no Brasil e no mundo, quando polêmicas e inúmeros debates surgiram a respeito da eficácia do método utilizado para a reabilitação dos detentos.

Após considerar o sistema penitenciário de Auburn, do estado de Nova York como modelo, a primeira prisão brasileira foi inaugurada em 1850 e denominada de Casa de Correição da Corte, localizada na cidade do Rio de Janeiro, atualmente conhecida por Complexo Frei Caneca.

O modelo de sistema penitenciário de Auburn tratava rigorosamente do isolamento absoluto, onde não lhes era permitido a comunicação entre si, salvo algumas palavras com o consentimento dos guardas, muito

⁹ Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

¹⁰ (CF/88) 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

(Lei 7.210/84) Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

embora a alimentação e o trabalho ocorressem de modo coletivo, prevalecendo a regra do silêncio absoluto. A rigidez quanto à comunicação visava o rompimento da ligação do agente com o crime, concedendo ao preso um ambiente favorável à reflexão, permitindo então a aplicação do mecanismo de reabilitação, a ideia tinha como base uma espécie de adestramento social através do isolamento celular noturno e do trabalho coletivo diário.¹¹

A técnica punitiva aplicada na Casa de Correição da Corte consistia na reabilitação dos presos através do trabalho obrigatório nas oficinas durante o dia e o isolamento noturno¹², entretanto este tipo de trabalho não era considerado como forma de punição ao criminoso, mas atuava como agente indispensável para a transformação do indivíduo, contudo, o modelo experimental panóptico desenvolvido pelo filósofo utilitarista inglês Jeremy Bentham como uma forma de controle social mostrou ao longo dos anos não ser a melhor escolha para ser adotada nas prisões brasileiras, visto que a realidade carcerária nacional era distante do modelo idealizado pelo sistema arburiano, pois não atendia os preceitos básicos do isolamento sendo o silêncio absoluto e disciplina.¹³

Diante do crescente número de presos em 1904 surge a ideia de construção de uma Penitenciária em São Paulo. Inaugurada em 1920, esta foi denominada como Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como Carandiru pela localização da Zona Norte de São Paulo, possuindo capacidade para abrigar 1.200 pessoas, que correspondia a população carcerária do estado de São Paulo naquele período. O modelo penitenciário de São Paulo foi inspiração para muitos outros presídios no Brasil.

¹¹ PORTO, Roberto. Crime organizado e sistema prisional. 2007. São Paulo: Ed. Atlas. p. 14.

¹² MELO, Patrícia Pinheiro de. As implicações do regime disciplinar diferenciado. 2011.

¹³ PORTO, *ibidem*, p.15

Em São Paulo, na década de 1950 o número de unidades prisionais cresceu absurdamente, e embora fosse considerada modelar nenhuma delas obedecia ao princípio de classificação dos detentos a modo de separá-los conforme a gravidade dos delitos praticados.¹⁴

O interventor Ademar Pereira de Barros em 5 de dezembro de 1938, através do Decreto Estadual nº 9.789 decide extinguir a Cadeia Pública e o Presídio Político da Capital. Ainda no mesmo decreto prevê a separação dos réus primários de presos reincidentes e a separação dos detentos pela natureza do delito.

A Casa de Detenção de São Paulo, já chegou a abrigar mais de 8 mil homens tendo como capacidade de apenas 3.250 e alcança o recorde mundial de detentos em um único estabelecimento. Visando atender a individualização judiciária da pena instituem-se no Brasil os institutos penais agrícolas, onde os detentos trabalhavam durante o dia nos campos e lavouras, e a noite eram reclusos em celas coletivas.¹⁵

Isto posto, Roberto Porto em seu livro Crime Organizado e o Sistema Prisional cita que segundo dados publicados pela Fundação internacional Penal e Penitenciária, o Brasil é o país da América Latina com a maior população carcerária, pois conta com um déficit de mais de 135.000 vagas. Dos 336.358 presos existentes no país, 262.710 cumprem pena em penitenciárias sob condições precárias, tendo o Brasil o primeiro lugar como o país com o maior déficit de vagas vinculadas ao sistema penitenciário, seguido do México que ocupa o segundo lugar neste ranking, com 151.724 presos e um déficit de 38.214 vagas, Colômbia e Chile, com um déficit de 8.074 vagas para um montante de 39.985 presos. Roberto Porto ainda afirma que a contar das situações precárias em que

¹⁴ PORTO, *ibidem*, p.16

¹⁵ PORTO, *ibidem*, p.17

se encontram os presos, ocorre em média duas rebeliões e três fugas por dia.¹⁶

Brevemente olhando para o trabalho prisional em si, e de onde ele origina, Loic Waquant cita que a urgência, no Brasil como na maioria dos países do planeta, é lutar em todas as direções não contra os criminosos, mas contra a pobreza e a desigualdade, isto é, contra a insegurança social que, em todo lugar, impele ao crime e normatiza a economia informal de predação que alimenta a violência.¹⁷

O mundo do trabalho

Considera-se o trabalho como fonte de toda a riqueza, conforme afirmam os economistas, sob uma interpretação considerada como a sua natureza como fomentadora de materiais convertidos em riqueza. Por outro lado, a figura do trabalho é a condição básica e fundamental de toda a vida humana. E em tal grau que, até certo ponto, pode-se afirmar que o trabalho criou o próprio homem.¹⁸

O significado do trabalho, na sociedade moderna, turva-se em demandas diversas que vão muito além das questões do desemprego ou subemprego, pois parte em busca de um trabalho assim considerado como significativo e satisfatório.

Um trabalho significativo não é necessariamente um trabalho instigante cheio de desafios a todo momento; será suficiente que faça parte de uma iniciativa maior, esta sim, repleta de significados. É principalmente essa iniciativa 'maior' que falta à nossa sociedade moderna.¹⁹

¹⁶ PORTO, Roberto. Crime organizado e sistema prisional. 2007. São Paulo: Ed. Atlas. p. 21.

¹⁷ WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. 2004.

¹⁸ ANTUNES, Ricardo. A dialética do trabalho. 2004

¹⁹ HARMAN, Willis; HORMANN, John. O trabalho criativo: o papel construtivo dos negócios numa sociedade em transformação. 1997

De certa forma, a presença do trabalho na vida do ser humano o torna produtivo, o faz uma pessoa útil à sociedade, o perpetua na humanidade.

O trabalho é também fundamental na vida humana porque é condição para sua existência social. Conforme disse Marx em *O Capital*: ‘Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso, uma condição de existência do homem, independentemente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre o homem e natureza e, portanto, vida humana’.²⁰

Quando o objetivo do tema centra no trabalho prisional, evidencia-se uma maior preocupação em relação à complexidade e custos dessa proposta. Por outro lado, faz-se necessária dar continuidade a fim de que se evitem maiores tensões nas cadeias e um colapso social quando do retorno desses indivíduos para a sociedade.²¹

É falsa a ideia comum de que, ao submeter os presos a qualquer tipo de trabalho – em especial os duros e pesados – isso atuará como um castigo para ensinar uma lição e evitar a reincidência no crime. Isso não quer dizer que o trabalho prisional não deve ser realizado. Significa apenas que as soluções simplistas de impor ao preso um trabalho que ele não quer fazer, além de ilegal, não ajuda em nada na reorganização de sua vida depois da pena cumprida.²²

A importância do trabalho como ferramenta de funcionamento da sociedade atual, atua diretamente no mercado econômico. Portanto, a inserção do preso nesse contexto é oferecer, mesmo que de forma simplificada, condições para que possa sobreviver e retomar sua vida, como forma de superação dos efeitos da exclusão social, inibindo boa parte das tentações de retorno à criminalidade.

²⁰ ANTUNES, *ibidem*.

²¹ PASTORE, José. *O alcance do trabalho prisional*. 2001.

²² PASTORE, *ibidem*, p.2.

Constitui o trabalho um direito e um dever social dos apenados, reeducativo e produtivo, de forma a possibilitar o alcance dos escopos secundários a que se destina a pena e não uma obrigação imputada por sentença. Outrossim, diz-se, poderá preparar-se o preso com formação profissional para o mercado de trabalho que deverá enfrentar o futuro, quando recuperar sua liberdade, pelo cumprimento da pena [...].²³

A realidade brasileira retrata um Sistema Penitenciário Progressivo, que teve seus primórdios na Inglaterra no século XIX, contribuindo para a individualização da execução penal.

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.²⁴ (BITENCOURT, 2012, p. 98)

Por outro lado, a Lei n. 6.416/1977 trouxe significativas alterações ao sistema progressivo, como o fim da obrigatoriedade de se isolar os presos inicialmente e a criação dos regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto e aberto). Além disso, o início da reclusão poderia ser menos rigoroso conforme a periculosidade do preso, e em casos de penas iguais ou superiores a dois anos, criou-se a possibilidade de se conceder livramento condicional.²⁵

²³ COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. 1999.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 2012.

²⁵ PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro. 2006.

Importante fundamentar que a política de trabalho prisional leve em consideração a continuidade, e atue para que os egressos do sistema possam dar utilidade às habilidades desenvolvidas durante o encarceramento.²⁶

Outro fator é que o compromisso do Estado não pode estar voltado somente com o preso, mas também com os resultados da política de ressocialização, cujo fracasso implica nas altas taxas de reincidência e reentrada no Sistema verificadas no país.²⁷

2.1 O trabalho e suas visões: castigo e libertação

A Lei de Execução Penal mantém além do caráter retributivo, a função “reeducar”, proporcionando condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado”.²⁸ Com isso, as instituições penitenciárias têm a função de executar um conjunto de atividades que visem à reabilitação do apenado, criando condições para seu retorno ao convívio social. Estas atividades devem promover o “tratamento” penal com base nas “assistências” material, à saúde, jurídica, educacional, psicológica, social, religiosa, ao trabalho e à profissionalização.

De certa forma, os próprios presos não entendiam o trabalho como meio de adquirirem capacidades técnicas que poderiam ser utilizadas quando de sua libertação, sendo no máximo considerado útil enquanto prática que lhes facilita aquisição de benefícios.²⁹

Nesse sentido, entendia-se que a remissão da pena era entendida pelos presos como um ponto positivo do trabalho, mas identificavam

²⁶ KING, Roy. Uma revisão acerca das engrenagens quebradas do sistema penitenciário. 2002, p.30.

²⁷ SUSSEKING, Elizabeth. Estratégias do Ministério da Justiça para a questão prisional. 2002, p.49.

²⁸ BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

²⁹ ANDRADE et al. O desafio da reintegração social do preso; uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. 2095. Texto para discussão. IPEA, 2015.

outros benefícios advindos dele, como se manter ocupado, matar o tempo e fugir do tédio das celas.³⁰

Tem-se aí a finalidade de uma reeducação, recuperação ou uma ressocialização do encarcerado em penas privativas de liberdade, tendo uma finalidade educativa que é de natureza jurídica.³¹ Seguindo nessa linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos determinam que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.³²

2.2 Funções e condições do trabalho do preso

O Capítulo III da Lei de Execuções Penais regulamenta o trabalho do preso e está dividido em três seções: as regulamentações de disposições gerais; O instituto do trabalho interno do preso, descrevendo suas possibilidades; e dispõe sobre como será regulamentado o trabalho externo do apenado.

O art. 28 dá início ao capítulo anterior e estabelece a obrigatoriedade do trabalho do preso, “uma vez que o descumprimento constitui falta grave, com efeitos prejudiciais no campo da remição”.³³ Além disso, tal artigo deixa claro a finalidade que o trabalho tem para o apenado, os métodos de trabalho de precaução e o dever social que esta possui.³⁴

As atividades laborais realizadas no interior estavam principalmente relacionadas à manutenção dos presídios (limpeza, obras de reparo,

³⁰ ANDRADE, *Ibidem*, p. 25.

³¹ MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato. **Execução Penal**: Comentários à Lei n° 7.210, de 11-7-1984. 2007, p. 25.

³² Capítulo II, art. 5º, item 6, do Pacto de San José da Costa Rica (22-11-1966) – Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

³³ BRASIL, *Ibidem*.

³⁴ SILVA, Lucia Caroline Costa. **A Relevância Do Trabalho Prisional Como Fator Ressocializante e a Ineficácia Frente À Realidade Carcerária**. 2016.

cozinha, capinagem etc.), mas havia também trabalhos ofertados por empresas privadas instaladas dentro dos complexos.³⁵

Apesar da LEP dispor que “na atribuição do trabalho, deverão ser levados em conta habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado”³⁶, eram poucas as situações em que o trabalho estava em consonância com a capacitação profissional.

2.3 Trabalho como direitos – trabalho como dever

Apesar de o trabalho não ser bem visto por todos os presos, que podiam enxergá-lo como exploração ou atividade de “frojado”, muitos eram desejosos de uma oportunidade e poucos a conseguiam, tornando o trabalho privilégio de alguns.³⁷

O trabalho prisional era visto muito mais como ocupação de tempo ocioso ou laborterapia, instrumento de manutenção da ordem e da segurança da prisão, atenuando as consequências negativas da inatividade, como o consumo de drogas ou a violência, que como uma atividade de formação e qualificação profissionais.³⁸

No cumprimento de sua pena o sentenciado acaba por exercer uma atividade lucrativa se beneficiando diretamente com o instituto da remissão e esta se define pelo “resgate da pena pelo trabalho, permitindo-se o abatimento do montante da condenação, periodicamente, desde que se constate estar o preso em atividade laborativa”.³⁹ E nesse caso, o tempo

³⁵ ANDRADE et al. O desafio da reintegração social do preso; uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. 2095. Texto para discussão. IPEA, 2015, p. 22.

³⁶ BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Art. 32.

³⁷ ANDRADE, *Ibidem*, p.22.

³⁸ ANDRADE, *Ibidem*, p.23.

³⁹ GOMES, Isabella Monteiro; SANTOS, Michel Carlos Rocha. **Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego**, 2011, p. 114.

remido é considerado para fins de abate da pena, ou seja, o tempo será computado para fins de concessão de livramento condicional ou indulto.

3. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional e terceirização de serviços

O presente capítulo propõe trazer a definição dada a partir do Decreto Federal nº 9.450 que trata da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. A política propõe a qualificação e amplitude da oferta de vagas de trabalho, e a possibilidade de terceirização de serviços.

3.1 Definição legal

A partir da promulgação do Decreto Federal nº 9.450, ocorrido no dia 24 de julho de 2018 a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional foi aplicada, em um primeiro momento voltado à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, regulamentando, assim, o § 5º do artigo 40 da Lei nº 8.666/93⁴⁰, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do artigo 37 da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal.⁴¹

O Decreto que institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – Pnat tem por finalidade permitir a inserção das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mundo do trabalho e na geração de renda, destinando-se aos presos provisórios, às pessoas privadas de liberdade em cumprimento de pena no regime

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. 2018

⁴¹ CAPPELLARI, Mariana. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional. 2018.

fechado, semiaberto e aberto e às pessoas egressas do sistema prisional, de acordo com o que dispõe o artigo 26 da LEP.⁴²

A aplicabilidade do Decreto nº 9.450 volta-se a oferta de unidades empregatícias, o que de certa forma amplia a oferta de vagas de trabalho, motiva novos empreendedores e favorece a formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional.⁴³ Todo o procedimento está regulamentado no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666/93⁴⁴, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição⁴⁵.

O Decreto determina que empresas prestadoras de serviços a órgãos e entidades da Administração Pública em âmbito Federal, inclusive serviços de Engenharia, cujos contratos sejam superiores ao valor anual de 330 mil reais, deverão ter em seu quadro de funcionários presidiários e ex-presidiários. Segundo o Governo, o objetivo da medida é estimular a ressocialização de apenados.⁴⁶

Analisando pelo lado da habilitação da empresa, frente ao edital, como requisito jurídico, a apresentação de declaração do licitante de que, caso seja vencedor, contratará pessoas presas ou egressos. Esta declaração deverá ser acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo.⁴⁷

A finalidade principal é a inserção de ex-presidiários e pessoas egressas do sistema prisional ao mercado de trabalho como forma de ressocialização do preso.

⁴² CAPPELLARI, *ibidem*, 2018

⁴³ FROTA, David Lopes. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional e terceirização de serviços. 2018

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. 2018

⁴⁷ FROTA, David Lopes. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional e terceirização de serviços. 2018

Uma discussão proposta por alguns autores trazem a tona de que a empresa contratada não pode ficar obrigada a contratar preso que não se enquadre ou não tenha o viés profissional da atividade por ela desempenhada.⁴⁸

3.2 Decreto nº 9.450/2018

A implementação do Decreto se dá pela esfera federal, podendo haver cooperação com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênios ou instrumentos de cooperação técnica da União com o Poder Judiciário, Ministério Público, organismos internacionais, federações sindicais, sindicatos, organizações da sociedade civil e outras entidades e empresas privadas.⁴⁹

A Pnat traz como princípios a dignidade da pessoa humana; a ressocialização; o respeito às diversidades étnico-raciais, religiosas, em razão de gênero e orientação sexual, origem, opinião política, para com as pessoas com deficiência, entre outras; e a humanização da pena.⁵⁰

As diretrizes propostas no Decreto, de acordo com o artigo 3º tratam da reinserção social, alternativas de absorção econômica de pessoas presas, estímulo de criação de vagas de emprego, dentre outros:

Estabelecer mecanismos que favoreçam a reinserção social das pessoas presas em regime fechado, semiabertos e abertos, e egressos do sistema prisional; adotar estratégias de articulação com órgãos públicos, entidades privadas e com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política; ampliar as alternativas de absorção econômica das pessoas presas em regime fechado, semiabertos e abertos, e egressos do sistema prisional; estimular a oferta de vagas de trabalho para pessoas presas em regime fechado, semiaberto e aberto e egressos do sistema prisional; integrar os

⁴⁸ FROTA, *ibidem*, 2018.

⁴⁹ CAPPELLARI, Mariana. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional. 2018.

⁵⁰ CAPPELLARI, Mariana. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional. 2018.

órgãos responsáveis pelo fomento ao trabalho e pela execução penal com as entidades responsáveis pela oferta de vagas de trabalho; e uniformizar modelo de edital de chamamento visando à formação de parcerias para construção de espaços de trabalho em unidades prisionais por entes privados e públicos.⁵¹

O Decreto elenca diversos objetivos, descritos no artigo 4º, tais como:

A promoção da articulação de entidades governamentais e não governamentais, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, visando garantir efetividade aos programas de integração social e de inserção de pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional e cumpridoras de pena restritiva de direitos ou medida cautelar; o incentivo a elaboração de planos estaduais sobre trabalho no sistema prisional, abrangendo diagnósticos, metas e estratégias de qualificação profissional e oferta de vagas de trabalho no sistema prisional; a promoção da sensibilização e conscientização da sociedade e dos órgãos públicos para a importância do trabalho como ferramenta para a reintegração social das pessoas em privação de liberdade e egressas do sistema prisional; a promoção da remição da pena pelo trabalho, nos termos do artigo 126 da LEP, entre outros.⁵²

Verifica-se aí a implantação da Pnat se mostra como positiva, pois a possibilidade de empregabilidade proporcionada pela lei pode criar uma nova conscientização perante a sociedade, além de romper com o círculo de violência produzido pelo sistema penitenciário.

3.3 Possibilidade de terceirização em setor publico

O Decreto nº 9.450 determina em seu artigo 5º que empresas prestadoras serviços terceirizados junto a órgãos públicos deverão contratar mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema

⁵¹ BRASIL. Lei nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. Artigo 3º. 2018

⁵² BRASIL. Ibidem, artigo 4º. 2018

prisional. O Decreto alcança os serviços de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais).⁵³

A empresa vencedora em licitação pública deverá apresentar declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo. O decreto também exige o registro no contrato como obrigação da contratada a empregabilidade de pessoas presas ou egressos do sistema prisional.⁵⁴

Empresas de segmentos como consultoria, engenharia, limpeza, alimentação e vigilância patrimonial deverão a partir de agora para celebrar contratos administrativos, oriundos de licitações, com o Poder Público Federal, comprovar cota de funcionários presos e egressos do sistema prisional nos seguintes percentuais: 3% das vagas para contratos que exijam até 200 funcionários; 4% das vagas para contratos que exijam de 201 a 500 funcionários; 5% das vagas para contratos que exijam de 501 a 1.000 funcionários; 6% das vagas para contratos que exijam a contratação de mais de 1.000 funcionários.⁵⁵

Conclusão

O presente artigo buscou priorizar a possibilidade e prática do trabalho carcerário como mecanismo de ressocialização do apenado no âmbito do sistema punitivo brasileiro.

Dentre os diversos mecanismos que se voltam a reinserção social do apenado, destaca-se a prática do trabalho carcerário, como um dos temas centrais deste estudo.

Ao longo da história percebeu-se que a figura do trabalho no ambiente prisional acabava por desempenhar um papel específico de pena

⁵³ BRASIL. Lei nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. Artigo 5º. 2018

⁵⁴ CAPPELLARI, Mariana. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional. 2018.

⁵⁵ CAPPELLARI, *ibidem*, 2018

própria, pois o trabalho penoso e forçado aos condenados era prática de muitas nações.

Atualmente, o trabalho constitui parte do tratamento carcerário sendo considerado um instrumento de ressocialização, regulamentado no ordenamento jurídico pela Lei nº. 7.210/1984.

A elaboração do presente estudo sobreveio despertar o interesse sobre o trabalho carcerário, como forma de conhecimento do que está sendo realizado pelo Estado, desmistificando termos relacionados aos condenados como “pesos mortos” perante a sociedade.

A instituição da Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional – Pnat tem por finalidade permitir a inserção das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mundo do trabalho e na geração de renda, trazendo a discussão o princípio da dignidade da pessoa humana, a ressocialização, o respeito às diversidades étnico-raciais, religiosas, em razão de gênero e orientação sexual, origem, opinião política, para com as pessoas com deficiência, entre outras e a humanização da pena.

Conclui-se neste estudo que a implementação do Decreto nº 9.450/2018 é uma possibilidade de ressocialização por parte dos apenados se mostra positiva, pois cria uma consciência perante a sociedade e aos Poderes Públicos, o que pode gerar efeitos diretos no meio prisional, rompendo o círculo de violência produzido pelo encarceramento.

Referências

ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JUNIOR, Almir, et al. **O desafio da reintegração social do preso**; uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. 2095 Texto para discussão. IPEA, 2015. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8181-td2095.pdf>

ANTUNES, Ricardo. **A dialética do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9450.htm, acesso em 15/05/2021

CAPELETI, Celia Regina. **Trabalho prisional: da previsão legal à realidade carcerária brasileira**. 2009.

CAPPELLARI, Mariana. Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional. 2018. Disponível em Trabalho | Política Nacional de Trabalho no âmbito do sistema prisional (canalcienciascriminais.com.br), acesso em 18/05/2021

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 32, 1999.

ENGBRUCH, Werner; DI SANTIS, Bruno Morais. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Artigo coordenado por D'ELIA, Fábio Suardi. 2020.

FROTA, David Lopes. **Política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional e terceirização de serviços**. 2018. Disponível em Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional e terceirização de serviços - Jus.com.br | Jus Navigandi, acesso em 14/05/2021.

GOMES, Isabella Monteiro; SANTOS, Michel Carlos Rocha. **Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 144, p. 193-210, 2011

HARMAN, Willis; HORMANN, John. O trabalho criativo: o papel construtivo dos negócios numa sociedade em transformação. São Paulo: Cultrix, 1997.

KING, Roy. **Uma revisão acerca das engrenagens quebradas do sistema penitenciário.**

In: O sistema penitenciário brasileiro e o trabalho do preso/recuperando: dilemas, alternativas e perspectivas, v.1., 2002. Anais do Seminário Internacional... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato. **Execução Penal:** Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 874.

PASTORE, José. **O alcance do trabalho prisional.** O Estado de São Paulo, São Paulo, 22 maio 2001.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Lúcia Caroline Costa. **A Relevância Do Trabalho Prisional Como Fator Ressocializante e a Ineficácia Frente À Realidade Carcerária.** 2016.

SUSSEKING, Elizabeth. **Estratégias do Ministério da Justiça para a questão prisional.**

In: O sistema penitenciário brasileiro e o trabalho do preso/recuperando: dilemas, alternativas e perspectivas, 1., 2002. Anais do Seminário Internacional... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** 2004. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/As_Prisoes_da_Miseria.pdf, acesso em 23/03/2021

Da contaminação das testemunhas no reconhecimento de suspeitos a partir dos estigmas existentes na sociedade brasileira ¹

*Héllen Vieira Ortiz*²
*Ezequiel Paulo Zanellato*³

Introdução

Este estudo possui como finalidade demonstrar a possível existência da contaminação das testemunhas quando da realização da prova de reconhecimento de pessoas, levando em consideração fatores e rotulações impostas pela sociedade, em razão dos estigmas sociais criados sob determinadas pessoas, em especial, as pessoas negras e periféricas. Para resolver a problemática do presente artigo, entende-se imprescindível realizar uma abordagem da sociedade brasileira sob a perspectiva histórica e cultural, para a adequada compreensão de alguns conceitos enraizados pela sociedade brasileira desde sua instituição.

Nesse sentido, necessário a abordagem ao que se refere às proteções previstas aos indivíduos por meio de garantias existentes no sistema jurídico brasileiro, sobretudo a dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, os quais traduzem-se na principiologia fundamental para que se possa compreender a prova de reconhecimento de suspeitos.

¹ Artigo científico produzido por Héllen Vieira Ortiz, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2020.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 162356@upf.br, <http://lattes.cnpq.br/4827470039817356>.

³ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. zequi@upf.br, <http://lattes.cnpq.br/6004723721744395>.

O estudo acerca do reconhecimento de pessoas torna-se imperioso para a compreensão do presente artigo, sendo imprescindível abordar acerca da possível existência de uma cultura imposta na sociedade brasileira em razão da culpabilização e estigmas criados historicamente pela sociedade. Abordar-se-á, por fim, aspectos culturais e históricos existentes em razão da seletividade penal vivente no Brasil, onde denota-se a criação de estigmas pré-ordenados sobre determinadas pessoas e que poderiam influenciar no reconhecimento de suspeitos.

A sociedade brasileira numa perspectiva história e racial

Para que se possa compreender as nuances da problemática trazida à baila, será necessário abordar alguns fatos no que tange a evolução histórica da sociedade brasileira, principalmente ao que se refere ao período em que fora abolida a escravidão no Brasil, ao fim do século XIX. Não é novidade quando é referido que mesmo após mais de um século da abolição formal do período escravocrata ainda podemos visualizar ações corriqueiras que agravam o período escravocrata.

Isso ocorre em razão de que alguns fatos históricos se encontram enraizados na sociedade, a qual mesmo após longo período não conseguiu se desvencilhar de conceitos criados à época. Verifica-se diariamente na sociedade brasileira ações ligadas diretamente ao preconceito com a pessoa negra e/ou mestiça, bem como com relação às pessoas com baixo poder aquisitivo.

Inicialmente, cumpre referir que o Brasil, em meados de 1808 inicia buscas para a modernização do país, inclusive ao que diz respeito ao comportamento adotado. Destaca-se o fato que o referido processo de modernização foi basilar a cultura racista e patriarcal instituída até os dias de hoje na sociedade civil brasileira. A mencionada modernização representou piora nas condições de vida dos negros livres, o que veio a

ocasionar, além de diferenças entre cor, de origem racial, desigualdade social entre as classes (SOUZA, 2017, p. 59-61).

Somou-se a isso a chegada dos milhões de Europeus, onde foi possível visualizar ao fim do século XIX as grandes diferenças entre as classes sociais e raças em nosso País, atenta-se ao fato de que no referido período a proporção de pessoas mulatas cresceu de 10% para 41% da população total no Brasil, o que ocasionou rápida miscigenação e casamentos inter-raciais (SOUZA, 2017, p. 70).

O sociólogo Jessé Souza expõe o período da chegada dos Europeus bem como a diferenciação entre as classes sociais e raciais, conforme abaixo preconizado:

Embranquecer significa, numa sociedade que se europeizava, compartilhar que os valores dominantes dessa cultura, ser um suporte dela. Preconceito nesse sentido, é a presunção de que alguém de origem africana é “primitivo”, “incivilizado”, incapaz de exercer as atividades que se esperar de um membro da sociedade que se “civilizava” segundo o padrão europeu e ocidental (2017, p. 71).

Com o trecho narrado acima, nota-se que ocorreu grande divisor de águas quando da chegada dos Europeus ao Brasil, tendo em vista que o objetivo do país era a modernização através de padrões Europeus e Ocidentais esquecendo das origens do seu próprio povo.

Ao findar-se o período colonial, o Brasil formava uma das maiores massas negras do mundo moderno, sendo que a abolição da escravidão fora a mais tardia da história, o que foi considerada a principal causa para a queda do império e proclamação da república. No período após a abolição formal da escravidão, as classes dominantes no País se reestruturaram, substituindo a mão de obra escrava, por imigrantes da Europa, a baixo custo (RIBEIRO, 2006, p. 203).

Com a referida reestruturação, a classe escravizada é simplesmente abandonada, dentro de uma ordem social a qual não conheciam e nem haviam sido preparados, configurando-se como uma grande omissão por parte do Estado, uma vez que tais indivíduos “foram totalmente excluídos com a abolição formal da escravidão, sendo rotulados como pessoas perigosas e inferiores, as quais não eram mais perseguidas pelo capitão do mato, e sim por viaturas policiais com licença para matar pobre e preto” (SOUZA, 2017, p. 83).

Em razão do desenvolvimento capitalista e dotados de particularidades do período colonial, nota-se que a discriminação não tinha como critério ser nacional ou imigrante e sim, o pertencimento a um grupo étnico ou classe minoritária, configurando-se o racismo (Almeida, 2019, p. 178).

Nesse sentido, verifica-se que “a luta mais árdua do negro africano e seus descendentes brasileiros sempre foi e ainda é no sentido de conquistar um lugar de participante legítimo na sociedade nacional” (RIBEIRO, 2006, p. 202). Assim, pode-se observar que desde a concepção do Brasil, foram criados conceitos dos quais não deve advir orgulho. Na época, era comum que o negro e/ou mestiços deveriam realizar os trabalhos mais arduos, com salários precários, sendo submissos aos seus “patrões” para que conseguissem dar o mínimo de sustento à suas famílias. Com a abolição formal da escravidão essa submissão somente veio a piorar, pois a classe escravizada e agora “livre”, fora deixada de lado, para dar lugar à modernização do país e à chegada dos europeus. Verifica-se que desde a instituição do Brasil a negro sempre teve que se submeter a situações para tentar integrar-se à sociedade brasileira, o que ocasionou na criação de conceitos dos quais consideram a pessoa negra e mestiça pessoas inferiores.

A consequência dessa rotulação fica evidente na sociedade brasileira, forjada a partir de um histórico de discriminação racial e desigualdade social, que se afiguram como motivos para os quais o Brasil é considerado um dos países com mais altos índices em desigualdade no mundo. Para a referida análise também será necessário compreender alguns conceitos culturais existentes na sociedade brasileira, os quais se mostrarão ao decorrer do presente artigo causadores da estigmatização a determinadas pessoas e características, essa rotulação ocorre pela própria sociedade como um todo.

Cumpre referir, por oportuno, que o racismo se difere do preconceito racial e da discriminação racial, todas essas expressões de grande valia para a construção deste trabalho.

Racismo trata-se de uma forma sistemática de discriminação que possui a raça como fundamento, a qual se manifesta através de práticas conscientes ou inconscientes, refere-se a elemento que integra a organização econômica e política da sociedade como um todo. Enquanto isso, o preconceito racial se refere a estereótipos criados acerca de indivíduos que pertencem a determinado grupo. O que se difere ainda da discriminação racial, que nada mais é que a atribuição da tratamento diferenciado a membros de um grupo, a discriminação de cunho racial poderá ser identificada de forma direta ou indireta, sendo mais comum a forma direta (ALMEIDA, 2019, p. 32).

Conforme afirma Darcy Ribeiro “a característica que diferencia o racismo brasileiro é de que esse não incide sobre a origem racial das pessoas, e sim, sobre a cor da pele, ou seja, além do preconceito sobre a raça, há o racismo sobre a cor da pele” (2006, p. 206).

É necessário frisar que a figura do racismo foi e continua sendo elemento constitutivo da nacionalidade brasileira, sobretudo, em razão do

estigma criado na sociedade, o que é resultado de 388 (trezentos e oitenta e oito) anos de escravidão (ALMEIDA, 2019, p. 106).

Uma das formas de se visualizar o racismo é o racismo institucional, onde se verifica o domínio de homens brancos em instituições públicas. Isso ocorre em razão de que são criadas regras e padrões que dificultam a ascensão de negros nesses cargos (ALMEIDA, 2019, p. 41). Nesse sentido, o autor refere que por demasiadas vezes a própria sociedade visualiza o racismo e as discriminações como práticas comuns, sendo praticada ditas discriminações sem que o indivíduo perceba o que está praticando, ao mencionar que “em uma sociedade em que o racismo está presente na vida cotidiana, as instituições que não tratarem de maneira ativa e como um problema a desigualdade racial irão facilmente reproduzir as práticas racistas já tidas como “normais” em toda a sociedade” (ALMEIDA, 2019, p. 48).

Assim sendo, as pessoas praticam discriminações de forma rotineira, seja em razão da cor da pele, da raça, da classe social, e até mesmo do modo de vestir-se ou de falar. A citação acima vislumbra o chamado racismo estrutural, que nada mais é que o racismo em decorrência da própria estrutura social do Estado. Questiona-se, por quais motivos a grande maioria das pessoas negras são submetidas a realização de trabalhos considerados precários e insalubres?

Ou ainda, quando se denota que a maior parte dos indivíduos encarcerados são pessoas negras ou mestiças?

As situações referidas são vistas por parte da sociedade como algo normal e comum. Conforme exposto por Sílvio Almeida, “se diagnosticarmos as decisões dadas por nossos juristas, notamos que o sistema de justiça brasileiro é um dos mecanismos mais eficientes a criar e reproduzir múltiplos significados e estigmas para o conceito de raça” (2019, p. 67).

Quer-se dizer com isso que por vezes o Judiciário não exige uma investigação detalhada acerca dos fatos, não se garantindo de forma efetiva o direito ao contraditório para aqueles indivíduos acusados e inseridos em uma seletividade do sistema penal (RIBEIRO, 2019, p. 95). A democracia racial é possível, mas tão somente praticável conjuntamente com a democracia social. Ou seja, a opressão do negro condenado à dignidade de lutador da liberdade corresponde ao desprezo do branco posto no papel de opressor dentro de sua própria sociedade (RIBEIRO, 2006, p. 208).

A filósofa, Djamila Ribeiro, expõe que “embora as desigualdades nas oportunidades para negros e brancos ainda sejam enormes, políticas públicas mostraram que têm potencial transformador na área. O caso das cotas raciais é notável” (2019, p. 44). Assim, deve-se levar em conta a importância das políticas públicas a fim de dirimir as desigualdades existentes.

Ainda, imperioso considerar que no Brasil mais da metade da população é considerada negra, parda ou descendente destes. E em sua obra, Djamila Ribeiro refere dados do Atlas da Violência, bem como dados da Anistia Internacional, os quais causam, no mínimo, repulsa, e ajudam a compreender o enfoque do presente artigo:

O Atlas da Violência de 2018 realizado pelo Fórum Brasileiro da Segurança Pública, revelou que a população negra está mais exposta a violência no Brasil, os negros representam 55,8% da população brasileira, e são 71,5% das pessoas assassinadas. Ainda, segundo dados da Anistia Internacional, a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil, o que evidencia que está em curso o genocídio da população, sobretudo jovens (Ribeiro, 2019, p. 94).

Após todo o contexto abordado, denota-se a importância de identificar que a discriminação racial se encontra enraizada na sociedade

brasileira, fruto de conceitos culturais e históricos presentes no seio social brasileiro, e que acabam por refletir na situação de vulnerabilidade social a que é submetida grande parcela da população nacional.

O Brasil enfrenta historicamente, desde seus primórdios, uma herança de injustiça social, a qual veio por excluir parte de sua população ao acesso e condições consideradas mínimas para a dignidade e cidadania humana (HENRIQUES, 2000, p.16).

Deve-se considerar que nas últimas décadas o estado brasileiro enfrenta uma tendência entre os altos índices de desigualdade, ao que se refere a distribuição da renda das famílias, bem como níveis de pobreza. A desigualdade entre classes e a discriminação racial é parte da história brasileira, e que acaba sendo visto por muitos não como um problema e sim como algo natural. Assim, necessário vislumbrar-se acerca dos dados extraídos do sítio do DEPEN⁴, apresentados em dezembro do ano de 2019, onde denota-se que os negros, pardos e pobres totalizam cerca de 67% (sessenta e sete por cento) da população carcerária brasileira. Desses mesmos dados, é possível extrair que em torno de 75% (setenta e cinco por cento) dos presos possui somente o ensino fundamental completo, o que é um indicador de baixa renda. Esses fatores são determinantes para o estudo acerca das diferenças entre classes sociais no Brasil (DEPEN, 2019).

Ainda, deve-se observar que além da precariedade do sistema carcerário, quando se denota a superlotação das casas prisionais, as políticas de encarceramento adotadas se voltam geralmente contra a população negra e pobre (CALVI, 2018).

Conforme denota-se na obra do sociólogo Jessé Souza, o Estado brasileiro possui mais assassinatos de pessoas pobres que qualquer outro

⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/sisdepem>

país no mundo. De forma específica, trata-se de 60 (sessenta) mil pessoas de classe baixa, consideradas pobres assassinadas por ano no Brasil (2017, p. 170).

Após todo o contexto exibido foi possível visualizar com clareza que o Brasil se trata de um país de extrema desigualdade social entre classes e discriminação racial, sendo que muitos de nossos conceitos são de origens históricas e culturais, os quais encontram-se enraizados na sociedade desde o período escravocrata enfrentado pelo Brasil.

Nesse sentido denota-se que na época do período de modernização enfrentada pelo país inclusive as pessoas consideradas mestiças tinham como objetivo se “europeizar”. É necessário que sejam adotadas políticas públicas efetivas que possuam como objetivo inserir e garantir a classe baixa, negra e mestiça em educação, trabalho, e principalmente, que haja tratamento igualitários entre a sociedade, de modo que mesmo após um século da abolição da escravidão ainda encontramos resquícios do período escravocrata nas relações sociais existentes.

Da proteção dos indivíduos por meio das garantias previstas no sistema jurídico brasileiro e da prova de reconhecimento de suspeitos

Para que se possa aprofundar o tema da presente pesquisa, necessário abordar a caracterização jurídica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência no processo penal constitucional brasileiro, bem como os seus reflexos no que tange ao reconhecimento de suspeitos como meio de prova previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, deve-se mencionar que a importância do estudo acerca da principiologia sustenta-se na ideia de que as respostas a determinados problemas jurídicos surgem no curso de uma ação penal, e por diversas vezes a solução adequada decorre da hermenêutica dos princípios que norteiam o processo penal, cabendo, assim, ao intérprete, realizar a devida

aplicação e observância de tais normas de cunho principiológico (RANGEL, 2019, p. 03).

Os princípios impõem uma postura ativa do Estado, sendo que esta passa a assumir uma função protetiva, assegurando a materialização desses direitos e garantias. Incidindo como encargos do Estado, sejam estes de cunho legislativo, executivo ou judicial, impondo aos agentes o dever da observância e execução no exercício das suas funções (PINTO E BRENER, 2019, p. 38).

Historicamente, após a segunda guerra mundial, a figura da dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, restando reconhecida em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições, sendo que, o constitucionalismo democrático tem como fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2019, p. 245).

O referido princípio possui diversas funções na ordem jurídica. Isso decorre de sua importância em âmbito constitucional e sua aplicação em todas as áreas do direito, sendo salutar referir que, no direito internacional, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como fundamento dos direitos humanos, conforme assim declaram o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, bem como o Pacto dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais, ambos celebrados pela Organização das Nações Unidas (SARMENTO, 2016, p. 78).

A Constituição Federal Brasileira ao conceber a dignidade da pessoa humana, confere sentido, valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e constitucionais. O que resulta em um dever de interpretação da ordem jurídica em conformidade com tais fundamentos, tanto é que se verifica que a dignidade da pessoa humana é uma figura presente no âmbito da jurisprudência de órgãos como o Supremo Tribunal Federal (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2018, p. 270).

Porém, conforme afirma Daniel Sarmento “é necessário ressaltar que no Estado Brasileiro e nas próprias relações cotidianas perdura até os dias atuais fortes traços hierárquicos, que irão se manifestar das mais demasiadas formas, que resultarão na submissão a deveres impostos na própria ordem jurídica” (2016, p. 60).

Nesse sentido, se faz necessário expor o contexto abordado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero, quando afirmam que a dignidade implica não apenas na ideia da pessoa não ser vista como objeto, mas também no fato de que a dignidade constitui-se como fundamento e conteúdo de direito fundamentais contra atos que violem ou exponham a pessoa a ameaças e riscos por falta da devida observância ao princípio. O reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade humana implica em deveres concretos por parte dos órgãos estatais (2018, p. 270).

Porém, necessário retomar que a cultura social brasileira apresenta fortes traços de hierarquia, esses herdados de um passado escravocrata, cujas cicatrizes ainda se restam demonstradas na sociedade. Ainda, por diversas vezes as afrontas ao princípio sequer são percebidas, tendo em vista que as mesmas são naturalizadas, dentro de uma cultura/sociedade que inviabiliza violações de direitos de integrantes de grupos não protegidos (SARMENTO, 2016, p. 325).

Em razão de todo o contexto, demonstra-se que o déficit de efetividade no princípio da dignidade da pessoa humana não deriva somente de razões atinentes a questões jurídicas ou econômicas, mais que isso, conforme já mencionado, a escassez se dá principalmente em razão das raízes criadas na sociedade, a qual não vislumbra todas as pessoas como igualmente dignas (SARMENTO, 2016, p. 67).

Assim, verifica-se a importância do princípio da dignidade humana em uma sociedade considerada democrática, a exemplo da sociedade brasileira, que possui tal princípio consagrado como fundamento da

ordem constitucional, mas por diversas vezes são identificadas falhas no sistema processual penal pelo déficit de sua aplicabilidade.

Nessa mesma linha exsurge o princípio da presunção de inocência, cujo marco histórico se deu ao fim do século XVIII, quando na Europa Continental sobreveio a necessidade de insurgir-se contra o sistema inquisitório que se encontrava vigente desde o século XII, época em que os acusados não possuíam nenhuma garantia ou direitos, em decorrência da cultura inquisitiva vigente naquele momento histórico.

Daí surge a necessidade de proteger o cidadão acusado da arbitrariedade que o Estado impunha até aquele momento presenciado, tendo em vista que o Estado tinha como objetivo a condenação do acusado, e assim sendo como regra no sistema inquisitório o acusado ser considerado culpado ao fim de um julgamento, nada justo (RANGEL, 2019, p. 25).

Trata-se de um princípio do direito penal liberal, sendo considerado um dos princípios basilares do direito, onde é estabelecido ao imputado garantias frente à atuação punitiva do Estado, visando a tutela da liberdade pessoal como o direito fundamental do qual estamos tratando, sendo que podemos perceber o nível da eficácia do mesmo através do nível civilizatório de um povo ou nação (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 99).

A Constituição Federal é clara ao dispor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, que ocorre a partir da inexistência de recursos processuais que permitam a discussão a respeito dos fatos tratados em determinado litígio.

O princípio abordado baseia-se na concepção de que é impossível a condenação de alguém sem que haja suficiente lastro probatório para que o mesmo não seja considerado inocente, na esteira do que se entende por *in dubio pro reo*. Dessa forma, o *in dubio pro reo* determina que diante da

incerteza na avaliação das provas carregadas aos autos deverá prevalecer o estado de inocência do indivíduo, não sendo permitido no processo penal que o acusado seja considerado autor do delito quando se há dúvidas em relação à autoria da infração ocorrida.

É imperioso destacar que o princípio trata-se de um desdobramento lógico e adequado ao respeito da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que não se deve considerar culpado alguém que ainda não tenha sido efetivamente julgado, do mesmo modo que o fato de tornar-se réu em uma ação penal não significa dizer que o indivíduo será imediatamente encarcerado (NUCCI, 2015, p. 239).

Assim, diante de todo o exposto, afirma-se, que quando houver dúvidas quanto à autoria do crime, deverá o juiz absolver o acusado, só podendo ocorrer uma condenação quando houver lastro probatório suficiente e com qualidade apta a superar a dúvida imposta quanto ao delito.

Nesse sentido, exsurge que os meios de prova no processo penal brasileiro possuem grande e importante papel no que tange ao convencimento do juiz ao proferir uma decisão, seja condenatória ou absolutória. Sendo assim, a prova desenvolvida no curso do processo penal tem sua finalidade bastante clara: a reconstrução dos fatos investigados no processo, com o objetivo de buscar uma maior coincidência possível com a realidade histórica.

No que diz respeito à prova de reconhecimento de suspeitos no processo penal brasileiro, trata-se de um importante tema no ordenamento jurídico pátrio, que encontra previsão no artigo 226 do Código de Processo Penal, e que poderá ocorrer tanto na fase processual, quanto na fase pré-processual, em sede de investigação preliminar.

Para que ocorra dito meio de prova, a legislação impõe ao procedimento uma forma específica para que a mesma possa ser

produzida⁵, razão pela qual não poderá ocorrer informalidades quando da realização do reconhecimento pessoal, sendo imprescindível que haja a preservação da legislação processual penal (LOPES JÚNIOR, 2019, p.488).

Ao contrário disso, é importante referir que o reconhecimento não será desprezado, porém, não poderá o juiz valorar a prova como reconhecimento pessoal, e sim meramente uma prova testemunhal que poderá ou não contribuir para a formação do convencimento do magistrado (NUCCI, 2014, p. 551). Da mesma forma, ressalta-se que o julgador jamais poderá condenar um indivíduo levando em conta somente o reconhecimento, pois sua valoração deve se dar em conjunto com os demais meios de prova obtidos durante a instrução criminal.

Dessa forma também entende Aury Lopes Júnior, que afirma não se tratar de formalidade inútil, tendo em vista que o reconhecimento pessoal realizado conforme as disposições legais constituirá condição de credibilidade ao instrumento probatório, refletindo diretamente na qualidade da tutela jurisdicional prestada, bem como no que tange à confiabilidade do sistema judiciário brasileiro (2018, p. 490).

O fato da legislação admitir provas inominadas não significa dizer que seja permitido burlar a sistemática legal prevista, ou seja, não poderá ser admitida uma prova rotulada como inominada quando na realidade a mesma decorre de uma variação considerada ilícita de outro ato já

⁵ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

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

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

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

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

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

estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram sequer observadas (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 490).

Nesse sentido, merecem críticas o reconhecimento realizado por meio de fotografias, prática bastante adotada pela Polícia Judiciária Brasileira e por diversos Tribunais Brasileiros, deve ser totalmente inadmissível.

A figura do reconhecimento através de fotografias é utilizado pelo Poder Judiciário quando a exemplo o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito ao silêncio, assim sendo, o reconhecimento pessoal não pode ser realizado com a finalidade de substituir o ato que deveria ser realizado (Lopes Júnior, p. 490).

Quanto ao reconhecimento de suspeitos através de fotografias, necessário mencionar acerca de recente e importante do Superior Tribunal de Justiça, realizado por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886, conforme ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA (HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC2020/0179682-3 - Relator: Min. Rogério Schietti. Data de julgamento: 27/10/2020. 6ª turma STJ).

A decisão tem por objetivo demonstrar que o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal não se trata de mera recomendação, e sim obrigatoriedade, sob pena de ser considerado inválido o reconhecimento, por afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conforma já anteriormente assinalado.

3. Da contaminação das testemunhas no reconhecimento de suspeitos

Por derradeiro, é necessária a compreensão de algumas nuances acerca da prova de reconhecimento de suspeitos, e por quais motivos trata-se de um meio da prova frágil no sistema penal brasileiro, sendo necessário por parte dos julgadores a observância a todos os preceitos legais e constitucionais.

De acordo com todo o contexto abordado ao decorrer do presente artigo, pode-se observar que, mesmo após a abolição do período escravocrata, o Brasil carrega marcas do preconceito para com as pessoas negras e mestiças. Tudo isso decorre em razão dos conceitos criados e enraizados na sociedade, sendo que, por demasiadas as vezes essas ações são vistas como normais perante a sociedade.

Tratam-se de conceitos criados pela sociedade brasileira ainda na época da colonização e modernização do Brasil, que foram sendo passados de geração a geração, criando, assim, uma rotulação acerca dessas pessoas, que se costuma identificar como “estigmas sociais”⁶.

Da mesma forma, denota-se que os indivíduos de classes menos favorecidas também sofrem da mesma rotulação, de modo que, em face da sua situação de desamparo, acabam sendo vítimas de discriminação nos mais variados espaços sociais.

Conforme afirma Goffman, existem diferentes formas de estigmas, e para a compreensão do objeto do presente trabalho, é imperioso compreender os estigmas criados sobre determinados grupos de pessoas e características, de modo que, “para construímos uma teoria do estigma,

⁶ Quanto ao conceito e origem da palavra “estigma”, o Sociólogo Erving Goffman refere que “os gregos criaram o termo para se referir a sinais corporais com os quais buscava-se evidenciar algo extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava”. O conceito do termo em comento foi ganhando novos sentidos ao decorrer dos anos, sendo que na atualidade, o mesmo é utilizado conforme sua própria origem. Portanto, a palavra estigma é usada para se referir a atributos de cunho depreciativo, tratando-se, desse modo, da relação entre atributos e estereótipos (2019, p. 11).

uma ideologia para explicar sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social” (1982, p. 13-15). Dessa forma, nota-se que o autor refere que são criadas teorias explicativas acerca dos estigmas criados, sendo que os fatores raça e classe social são de extrema importância para compreender a teoria explanada.

Tal rotulação se reflete na própria ideia de seletividade penal, observado por Baratta quando afirma que “o caráter seletivo do sistema penal abstrato tem sido bastante observado ao verificar-se os processos de criminalização, onde se estuda os preconceitos e estereótipos a fim de guiar os órgãos de investigação e judicialização a buscar a criminalidade onde é “normal” esperá-la” (2011, p. 176).

A respeito da seletividade penal, devem ser levados em consideração os percentuais da população carcerária brasileira, conforme já abordado, de maneira a evidenciar, segundo aponta Baratta, que “a separação que o processo de criminalização cria entre os honestos e os réprobos coloca em evidência funções simbólicas da pena” (2011, p. 180). Ademais, em face dessa realidade acerca do sistema penal, foi construído um modelo relativo à comunidade carcerária, em que os institutos de detenção acabam por produzir efeitos contrários à reeducação, reinserção e ressocialização dos apenados, sendo que o cárcere por si só é contrário a qualquer ideal educativo (BARATTA, 2011, p. 183-184).

Sabe-se que o julgador e intérprete da norma opera por demasiadas vezes com conceitos ou pré-conceitos, que estão ligados a cultura da sociedade da qual provém, o mesmo ocorre com as regras jurídicas, que se encontram agregadas as regras sociais impostas dentro de determinada sociedade (BACILA, 2015, p. 17-19).

Os operadores do direito acabam por criar certa filtragem pessoal, a qual percorrerá todas as partes do processo, bem como todas as demais

pessoas inseridas na sociedade, este filtro irá se constituir como uma característica geral do sistema (MIRANDA COUTINHO, 1195, apud BACILA, 2015, p. 20).

Pode-se utilizar como exemplo a polícia, tendo em vista que estes selecionam os indivíduos por estereótipos os quais se configuram por meio dos preconceitos, nos quais, os valores estéticos desempenham papel fundamental para a criação do estigma social, associando o feio ao mau (ZAFFARONI, 2013, 89).

A título de exemplo, pode-se identificar algumas sentenças condenatórias⁷, cujos fundamentos utilizam a raça como fator para condenar e/ou criminalizar o indivíduo acusado, sendo que não é incomum ter sentenças proferidas neste sentido (BITENCOURT, 2020).

Nesse mesmo sentido, importante relatório elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2020 demonstra que cerca de 58 (cinquenta e oito) indivíduos foram acusados injustamente. Do relatório, é possível identificar 40 (quarenta) dos acusados eram negros ou pardos, e que em torno de 86% da totalidade dos indivíduos acusados de forma injusta fora decretada prisão preventiva (DPE, 2020)⁸.

O estigma criado sobre determinada pessoa e suas características irá refletir em institutos como a reincidência, falta de ressocialização dos indivíduos, e dificuldades em inserir-se novamente em uma sociedade considerada preconceituosa, sendo que a reinserção social torna-se na maioria das vezes somente uma ilusão aos indivíduos estigmatizados (BACILA, 2015, p. 21-22).

⁷ Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332036/juiza-do-parana-comete-crime-de-injuriaracial-ao-sentenciar-uma-pessoa-negra>.

⁸ Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10660-Relatorio-revela-58-acusadosinjustamente-identificados-por-engano>

Os estigmas encontram-se divididos em dois aspectos: de cunho objetivo e subjetivo, de forma objetiva quando estiver referindo-se a uma questão exterior, como por exemplo a cor da pele e a pobreza, de forma subjetiva estará ligado ao significado negativo do indivíduo estigmatizado perante a sociedade (BACILA, 2015, p. 32).

Ainda com relação aos estigmas, em especial aqueles criados sobre a pobreza, destaca-se o afirmado por Bacila que dispõe que a pessoa pobre é tratada como inferior nos diversos setores sociais, ocorrendo julgamento e tratamento depreciativo que se reflete em todo âmbito social. O indivíduo considerado pobre é interpretado por diversas vezes como um sujeito que não possui a mesma capacidade que as pessoas de condições financeiras mais elevadas (2015, p.156).

As pessoas periféricas e moradoras do subúrbio brasileiro são vistas pela sociedade brasileira como indivíduos com potencial elevado de criminalidade ou atitudes suspeitas, visualizando-os como “se é pobre, deve ser criminoso” (BACILA, 2015, p. 157).

Tais expressões e conclusões, utilizadas de forma rotineira na sociedade brasileira, decorrem do próprio estágio da vida social nacional, que apresenta altos índices de discriminação, seja com relação as diferenças entre classes sociais, e em especial ao que se refere as pessoas negras, mestiças e/ou periféricas.

Nota-se que o que ocorre por diversas vezes é que as pessoas pobres, moradoras da periferia e subúrbio brasileiro acabam sendo vítimas de situações decorrentes do chamado perfil criminoso, onde são submetidas a condições vexatórias.

No mesmo sentido da pobreza, existe uma rotulação acerca da raça, em especial, ao negro, Bacila afirma que “a ideia de que o criminoso integra uma raça inferior extrapola a racionalidade pura, tal pensamento

– que liga o crime a uma raça especial está impregnado na cultura geral” (2015, p. 174).

Conforme explana Barros, evidencia-se que a cor negra e/ou parda é a primeira prioridade ao considerar um indivíduo suspeito, o que demonstra que a cor negra é vista como a cor do suspeito (2006, p. 80).

A concretização do estereótipo do negro como tendente ao crime, demonstra-se válida na definição do racismo institucional, quando pode-se vislumbrar que existem atitudes e comportamentos que demonstram a discriminação em razão do preconceito involuntário e estigmatização destes (BARROS, 2006, p. 114).

Assim, imprescindível se faz a explanação de Geová da Silva Barros com relação aos estereótipos criados sobre a pessoa negra e de classe social baixa, quando afirma que “os relatos indicam que os policiais tendem a relacionar cor negra, pobreza e marginalidade. Apesar de ser uma relação estapafúrdia, pois não existe nenhum gene que seja determinante biológico da violência, nem tampouco a pobreza é fator determinante da marginalização (2006, p. 114)”.

Pode-se afirmar que a vulnerabilidade dessas pessoas está ligada especificamente a subalternização e exclusão social que lhes são impostas, onde estão suscetíveis a negação e violação de direitos, nesse caso em específico as pessoas negras e/ou mestiças. Nesse sentido, a vulnerabilidade trata-se da condição as quais determinam que a classe esteja excluída de processos do tipo ampliação e efetivação de direitos (BARRETO, 2016, p. 98/102).

De forma assertiva expõe Geová da Silva Barros pode-se observar que a figura do estereótipo e rotulação da pessoa negra ocorre de forma rotineira, quando afirma que “acompanham-se na mídia diariamente notícias de assassinatos, prisões e acusação de envolvimento que colocam,

até mesmo sem provas, determinadas pessoas na condição de suspeito pelo simples fato de serem negras, pobres ou periféricas" (2018, p. 606).

De acordo com o exposto por Daniela Barreto "a identidade, os grupos nos quais as pessoas encontram-se inseridas, bem como cor da pele determinam, de fato, quem serão os indivíduos selecionados a ser objeto do controle penal e de qual forma este se dará" (2016, p. 128). A polícia jamais deveria atuar com o objetivo de atingir ou buscar somente pessoas estigmatizadas como pobres, negros e periféricos, denota-se que com um bom trabalho de investigação pode a polícia detectar quem são os criminosos ou suspeitos e com mandados de prisão abordá-los diretamente (BACILA, 2015, p. 239).

O que se percebe na realidade é que a polícia cria um "perfil criminoso" com base em estigmas criados, vindo a humilhar comunidades inteiras, invadindo todas as residências como se fosse um "caça às bruxas", que se espera da polícia é que realize sua função ostensiva e preservativa da ordem pública, promovendo tratamentos igualitários na sociedade.

Nessa senda, ganha enfoque a grande possibilidade de contaminação das testemunhas no reconhecimento de suspeitos, especialmente quando aos indivíduos submetidos a tal procedimento se tratam de negros, mestiços e periféricos.

Assim, importante a conceituação trazida por Ávila "testemunha, trata-se da pessoa que não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante o juízo sobre fatos pretéritos para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos" (2013, p. 49). Nessas palavras, a testemunha tem por finalidade depor em juízo acerca de determinado fato que tenha presenciado anteriormente, tratando-se de prova de extrema importância para o esclarecimento dos fatos que ali são investigados.

Dito isso, é necessário atentar-se ao fato de que a prova de reconhecimento de pessoas não está somente ligada ao testemunho. Isso porque, para ocorrer o reconhecimento de algo, é necessário não somente detalhar o fato vivido anteriormente, mas sim acessar a memória da vítima ou testemunha, de modo que a prova de reconhecimento de suspeitos é dependente da memória humana, o que se trata de fator complexo e variável (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 492).

Por tratar-se de fator complexo e variável a psicologia do testemunho tem estudado por que um inocente pode ser reconhecido como um criminoso. Tendo em vista que o reconhecimento de pessoas se trata de uma prova decorrente da memória humana, sabe-se que por vezes foge do controle de justiça. Porém, deve-se atentar para o fato de que as informalidades procedimentais no momento do reconhecimento poderão aumentar as probabilidades de realizar um reconhecimento pessoal injusto ou que não reflitam com a realidade (CECCONELLO e STEIN, 2020, p. 173-174).

Conforme exposto por Aury Lopes Júnior, para verificar a veracidade do testemunho deverá ser observado alguns fatores, tais como, tempo de exposição da vítima ao crime e contato com o agressor, a gravidade do fato e as características do indivíduo (2019, p. 493).

Dessa forma, compreende Ceconello e Stein, os quais referem que a capacidade humana em codificar informações é limitada, sendo que as informações que estão no foco de atenção durante o delito possuem mais chances de serem percebidas e armazenadas. Em casos em que se tem mais de um criminoso, ou se o criminoso portava uma arma, a atenção da testemunha será dividida entre os fatores, o que prejudica a codificação na memória, aumentando a probabilidade de um injusto reconhecimento (2020, p. 174).

Ainda com relação a codificação da memória, é necessário pontuar, que quanto maior o intervalo decorrido desde o momento do delito menos detalhada se torna a representação mental do rosto do criminoso, tendo como consequência o reconhecimento prejudicado (CECCONELLO e STEIN, 2020, p. 175).

Deve-se relacionar os fatores acima mencionados aos estereótipos culturais, importante se faz as considerações de Aury Lopes Júnior, que afirma a existência deste principalmente quando da ocorrência de crimes contra o patrimônio. A raça e o perfil socioeconômico do acusado criam determinado estigma sobre essas pessoas, sendo que assim, ocorre uma tendência em realizar o reconhecimento em função dos estereótipos criados (2019, p. 493).

É de se notar que a maneira de entendermos o indivíduo e o delito ainda possuem resquícios de pensamentos seculares, como o da escola liberal clássica e positivista, que vieram para formar o ordenamento penal (BARATTA, 2011, p. 30).

Para isso, deve-se fazer menção a teoria de Cesare Lombroso, acerca do perfil do criminoso nato. De acordo com Aury Lopes Júnior “é inegável que ele habita o imaginário de muitos – principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível de cultura, e por consequência, alto índice de violência urbana” (2019, p. 493).

O que denota diante do abordado é que Lombroso, em seus estudos, passou a analisar o delito, principalmente indivíduo, para ele, o criminoso era visto como um ser anômalo, que tinha traços especialmente biopsicológicos que o diferenciavam dos não criminosos, o que os tornava menos evoluídos que a sociedade em geral (BARATTA, 2011, p. 38-39).

É importante destacar que os traços físicos considerados por Lombroso não se tratavam de um perfil criminoso existente à época, e sim, do perfil dos seres criminalizados, existindo também a estigmatização

sobre aqueles indivíduos. Assim, percebe-se que com a criação do criminoso nato, nascem indivíduos diferentes e semelhantes àqueles colonizados em meio a raça europeia a qual se considerava superior. Sendo evidente que Lombroso se baseava em elementos estigmatizantes (ZAFFARONI, 2013, p. 89).

Ainda, poderá ocorrer um falso reconhecimento em razão de que o suspeito e o criminoso apresentem semelhança em seus atributos externos, ou seja, aparência. Deve-se mencionar que esse fator é ainda mais grave quando trata-se de indivíduos de outra etnia, tendo em vista que essas pessoas poderão ser percebidas como pertencentes a um determinado e diferente grupo do qual a vítima ou testemunha esteja inserida, o que culmina na diminuição do esforço despendido durante a codificação, isso ocorre, especialmente em razão das pré acepções que possuímos acerca das coisas (CECCONELLO E STEIN, 2020, p. 176).

O que se verifica na realidade social brasileira é que a polícia, juízes, promotores, bem como toda parte do processo acaba por compreender e aplicar a lei de forma rigorosa aos estigmatizados, enquanto que aos não estigmatizados ou privilegiados ocorre branda aplicação da legislação (BACILA, 2015, p. 220).

Assim, é necessário que as garantias processuais e constitucionais sejam observadas com maior seriedade, e além disso, de forma igualitária e democrática a todos. Tendo em vista que, não há método algum que justifique uma sentença fundamentada inicialmente em preconceitos (BACILA, 2015, p. 222).

Nesse sentido, é imprescindível que seja compreendido os estigmas criados, para que a sociedade reconheça a existência dos estigmas, podendo analisá-los, verificar os equívocos cometidos e por fim, impugná-los para sua destituição do direito e da sociedade (BACILA, 2015, p. 223).

Da sociedade, conforme explana Bacila, "espera-se que passe a conviver com a pluralidade cultural e étnica, e que permita a igualdade de direitos, desconstruindo estigmas e criando modelos sociais baseados em aspectos positivos e dinâmicos" (2015, p. 224).

Após todo o contexto abordado, é possível vislumbrar que o Brasil se trata de um país estigmatizante, ou seja, onde determinados indivíduos e grupos pertencentes geralmente as classes sociais baixas, como moradores das favelas e subúrbios, bem como as pessoas negras acabam por ser estigmatizadas pela sociedade.

Denota-se que esse estigma é causador de injustiças, principalmente quando da realização de reconhecimento pessoal de uma pessoa estigmatizada, tendo em vista que, para realizar o procedimento de reconhecimento de pessoas, será necessário que a testemunha acesse sua memória, o que em regra, fará com que está seja contaminada em razão de suas pré concepções e conceitos criados sobre aquele determinado grupo estigmatizado.

Foi possível verificar que esse estereótipo criado sobre as pessoas negras e suburbanas encontram-se também nos órgãos policiais e judiciais, quando se percebe que os indivíduos mais submetidos ao cárcere são aqueles estigmatizados, fatores que decorrem também em razão da seletividade penal existente no Brasil.

Considerações finais

Com o presente estudo se pretendeu demonstrar a importância acerca da compreensão do reconhecimento de suspeitos, bem como ao que se refere aos estigmas sociais, partindo-se de uma abordagem não somente jurídica, mas também sociológica, a fim de que fosse compreendidos os motivos pelos quais as classes subalternas, são vistas pela sociedade como suspeitas.

A análise do contexto social brasileiro permitiu identificar que desde os primórdios as pessoas negras e mestiças foram expostas a situações diminutivas para com a pessoa branca, principalmente no período escravocrata, podendo assim afirmar que a discriminação racial se manifesta de forma concomitante ao processo do desenvolvimento da sociedade brasileira.

Visualizou-se que a sociedade em geral tem a figura da discriminação racial como prática comum, o que é chamado de racismo estrutural, resultante dos estigmas sociais criados pelos reflexos históricos e o convívio social.

Para que se pudesse solucionar a problemática, foi imprescindível dissertar acerca da prova de reconhecimento de pessoas, bem como ao que se refere as proteções previstas aos indivíduos acusados, especialmente aos princípios da dignidade humana e presunção de inocência.

Identificado que a sociedade brasileira rotula os indivíduos negros, mestiços, bem como os indivíduos de classes menos favorecidas. Não somente a população visualiza os indivíduos mencionados desta forma, com o presente estudo foi possível visualizar que inclusive os órgãos policiais e judiciais exercem essa estigmatização de forma rotineira.

A estigmatização social vem sendo cada dia mais estudada, tanto na área do direito como da psicologia, tendo em vista, que geralmente a contaminação das testemunhas é verificada em razão das pré-acepções da vítima ou testemunha, que ao acessar a memória para realizar o reconhecimento pessoal, acaba por ser influenciada em razão destas pré-acepções.

Ao fim da presente abordagem foi possível concluir que o Brasil é um país carregado de estigmas sociais, que através das relações de convívio social, quase que naturalmente, acabam por realizar pré acepções, com base e conceitos enraizados desde o período escravocrata.

Pode-se visualizar com o estudo que esses estigmas são criados em razão da própria seletividade penal existente no país, quando verifica-se que as pessoas negras e de baixo poder aquisitivo são as mais encarceradas pela justiça penal.

Verifica-se que no momento do reconhecimento, a vítima ou testemunha precisa acessar a memória, assim, acaba por reproduzir suas pré-acepções acerca do indivíduo acusado, especialmente quando este for negro ou morador do subúrbio brasileiro, causando a contaminação desta testemunha ou vítima.

Referências

- ALMEIDA, Sívio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo. Editora Pólen, 2019.
- ÁVILA, Gustavo Noronha. Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2013.
- BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro, Editora Renan, 2011.
- BARRETO, Daniela Lima. **O Direito Penal dos Vulneráveis**: Uma Análise Crítica Da Busca Do Reconhecimento Por Meio Do Direito Penal. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2016.
- BARROS, Geová da Silva. **Filtragem racial**: a cor na seleção do suspeito. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 2. Edição 3. Julho/agosto 2008. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/31/29>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- _____. **Racismo Institucional**: a cor da pele como principal fator da suspeição. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, César Roberto. **Juíza do Paraná comete crime de injúria racial ao sentenciar uma pessoa negra**. Migalhas. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332036/juiza-do-parana-comete-crime-de-injuriaracial-ao-sentenciar-uma-pessoa-negra>. Acesso em 14. nov. 2020.

BRASIL. Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPE-RJ). **Relatório revela 58 acusados injustamente identificados por engano**, 2020. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10660-Relatorio-revela-58-acusadosinjustamente-identificados-por-engano>. Acesso em 10 nov. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/sisdepem>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. **HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC2020/0179682-3**. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 27 de outubro de 2020 disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

CALVI, Pedro. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Portal da Câmara dos Deputados, 06/08/2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdlhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>.

CECCONELLO, W. W. & STEIN, L. M. (no prelo). **Prevenindo injustiças**: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*. Universidad del Rosario. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471>. Acesso em: 10 nov. 2020. COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

- GIORGI, Maria Cristina; ALMEIDA, Fábio Sampaio & PAIVA, Maria V. S. **Mídia, raça e a construção do suspeito**: análise discursiva de notícia da Folha de São Paulo. Domínios da Linguagem, janeiro/março de 2018. Uberlândia. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/dominiosdelinguagem/article/download/38761/21976/>. Acesso em 04 nov. 2020.
- GOFFMAN, Erving. Estigma: **Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Rio de Janeiro. Editora LTC, 1982.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.
- MACHADO, Leonardo Marcondes; CECCONELLO, William Weber. **O necessário diálogo entre a psicologia e o direito processual penal**. Conjur. 10/12/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/academia-policia-necessariodialogo-entre- psicologia-direito-processual-penal>. Acesso em: 15.nov.2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- _____. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- _____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.
- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo. Companhia das Letras, 2006.
- RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luís Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2017.
- ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2013.

A análise de fato superveniente pelo Superior Tribunal de Justiça na ação revisional de alimentos ¹

*Jéssica Pagnussat Ferrazzi²
Roberto Carlos Gradin³*

Introdução

O tema acerca do fato superveniente na ação revisional de alimentos em sede de recurso especial revela-se pertinente diante do número crescente de processos envolvendo tal discussão, impondo-se o necessário estudo para a compreensão do problema e as repercussões decorrentes.

É possível ressaltar a ligação direta da temática com a economia processual, a celeridade e a duração razoável do processo, bem como o ostensivo abarrotamento judiciário. Encontram-se relacionados, igualmente, fatores políticos, econômicos e sociais ante o reflexo no cumprimento adequado da prestação alimentar.

Nesse contexto, sobressai a função precípua do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação da lei federal por meio dos recursos especiais, identificando e promovendo a resolução de interpretações divergentes sobre determinado dispositivo da legislação infraconstitucional. Ou seja, constitui objeto do recurso especial tão somente a análise da fundamentação jurídica do processo, sem adentrar no exame dos fatos e provas do caso.

¹ Artigo científico produzido na Universidade de Passo Fundo no ano de 2021.

² Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 112355@upf.br

³ 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

No entanto, busca-se, por meio do presente estudo, refletir sobre a exceção dessa regra de se restringir somente à observação do direito aplicado quando se tratar de uma revisional de alimentos, atento ao fator de que a jurisprudência do STJ demonstra ser possível a análise de fatos supervenientes no curso de ações que se encontrem em grau de recurso especial. Tem-se como objetivo, assim, analisar o tema sob o ponto de vista da quebra de paradigmas processuais quanto à análise probatória e questionamentos definidos pela jurisprudência e legislação pátria.

Dessa forma, além de abranger os motivos que levam a concreta possibilidade da apreciação, examinar-se-á se essa atitude prejudica ou contribui para a efetividade da função primordial do STJ e consequente julgamento adequado ao caso concreto, bem como se tal posição propicia a diminuição da duração do processo ou se revela indispensável nova demanda.

1 A sistemática processual recursal

O Poder Judiciário é um dos três poderes consagrados explicitamente na Constituição Federal Brasileira, sendo ele o responsável pela apreciação dos processos instaurados judicialmente. Assim, a organização da justiça tem total independência dos demais poderes, consistindo, dessa forma, um poder autônomo, soberano e equânime, que tem o objetivo de zelar pela segurança das relações jurídicas. Por isso, cabe ao Poder Judiciário “a tarefa de declarar o Direito e de julgar. No declarar o Direito deverá, preliminarmente, defender a Constituição, inclusive contra as leis editadas em desrespeito a ela” (TAVARES, 2020, p. 968). Porém,

[...]a função típica, imediata, primária ou própria do Poder Judiciário é, simplesmente, julgar. Compete-lhe dirimir conflitos de interesses, aplicando a lei nas hipóteses concretas, produzindo coisa julgada, formal e material, no que substitui a vontade das partes (BULOS, 2018, p. 1294).

Como se vê, portanto, o Poder Judiciário é responsável por conferir o deslinde dos conflitos de interesse que eventualmente surjam no meio social. E, como forma de sistematização, há uma determinada divisão de competências estabelecida na estrutura do Poder Judiciário, de modo que o curso de um processo se dará em instâncias. Ou seja, em diferentes graus de jurisdição de acordo com as peculiaridades de cada procedimento.

Normalmente, a primeira instância é ocupada por um juiz singular que atua nas chamadas varas judiciais. Da decisão desse juiz, é possível se recorrer a um tribunal, os quais são formados por turmas colegiadas de desembargadores, quando o processo se encontrará na segunda instância. A depender da matéria discutida no processo, ainda, é permitido se recorrer aos Tribunais Superiores: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior do Trabalho, que são compostos por ministros. Por fim, em caso de questões constitucionais, pode-se ainda recorrer ao Supremo Tribunal Federal, órgão visto como a cúpula do Judiciário, também formado por ministros.

Cabe ressaltar que os tribunais de superposição, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, devem ser denominados como Tribunais Nacionais. Nesse sentido, o STJ é a última instância do judiciário em matéria de leis, enquanto que o STF decide por derradeiro os conflitos que dizem respeito à Constituição.

Ao respeitar as competências propostas, depreende-se que

[...] os órgãos jurisdicionais exercem suas atividades numa sequência de atos escalonados, [assim,] uma causa iniciada no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual, por exemplo, pode terminar no Supremo Tribunal Federal (BULOS, 2018, p. 1324).

Em vista disso, apesar de visar o adequado julgamento de um processo, a propositura de uma organização compatível com a relevância de cada procedimento consequentemente acarreta um paulatino andamento do feito, face aos exaustivos trâmites necessários. O advogado constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos sustenta que o Brasil possui uma das melhores estruturas judiciárias do mundo, porém, essa é diretamente afetada pela lentidão da justiça, o que reflete, por consequência, na sua efetividade (2018, p. 1324). No mesmo sentido, Diogo Figueiredo Moreira Neto ainda afirma que

[...] as instâncias e tribunais em grande número, criados sem maiores preocupações com a carga de trabalho cometida a cada um desses órgãos, [...] explicam, sem muito perquirir, por que a Justiça brasileira, em seu conjunto, é cada vez mais cara, morosa e complicada, tudo agravado com uma processualística hermética e tecnicista, mais voltada a si própria que a resultados práticos (apud TAVARES, 2020, p. 971).

Por certo, a complexidade de certos cenários exige uma maior análise dos casos concretos, a fim de garantir julgamentos mais justos e adequados. Assim,

[...] a uniformidade da jurisprudência, unidade na interpretação e aplicação do direito, previsibilidade e tratamento isonômico para situações idênticas são perspectivas recorrentes quando se examina o papel fundamental das Cortes Superiores (MÜLLER, 2014, p. 3).

Dessa forma, os tribunais máximos fazem com que decisões dissonantes das instâncias inferiores sejam anuladas ou reformadas para cumprir a garantia da homogeneidade do direito.

No que tange especificamente ao Superior Tribunal de Justiça, em suma, esse é o órgão que uniformiza a interpretação das leis federais, bem

como julga os recursos advindos dos tribunais regionais federais e os tribunais de justiça dos estados. Ao exercer ambas atividades, mas, principalmente, a de conhecer e julgar recursos advindos dos tribunais inferiores, pode-se dizer, de acordo com Carlos Mário da Silva Velloso, que o STJ estaria cumprindo com a determinação expressa da Constituição Federal⁴, posto que a atribuição mais relevante do órgão consiste em ser o “guardião maior do Direito Federal no Estado Federal Brasileiro” (2011, p.9).

Assim sendo, no presente artigo, será tratado acerca da responsabilidade do STJ em solucionar os casos que não envolvam a matéria constitucional nem a justiça especializada, focando essencialmente na sua competência recursal.

1.1 O sistema recursal do processo civil e o fato novo

A legislação processual civil prevê uma sistemática recursal vasta. Tal amplitude exige certo conhecimento para compreender as razões e os requisitos da propositura dos diversos tipos de recurso existentes, bem como onde se encaixaria a alegação dos fatos supervenientes nos processos que se encontram em andamento.

Conceitualmente, no direito processual, o recurso

[...] tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 1017).

⁴ Art. 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-lhe vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Ou seja, é o meio pelo qual busca se reexaminar uma decisão judicial com basicamente três objetivos: invalidar, reformar ou esclarecer essa decisão. Isto quer dizer que, quando ao menos uma das partes não se resta satisfeita com o resultado da sentença, essa poderá interpor um recurso para fins de rediscutir o tema objeto da controvérsia ou mesmo ter certeza de que o primeiro juízo agiu corretamente com o julgamento.

Dentre os fundamentos que norteiam o pleito de um recurso, o que mais se destaca é o princípio do duplo grau de jurisdição. Esse elemento não estabelece explicitamente a necessidade de um recurso, mas preceitua a obrigatoriedade de a decisão judicial passar por, ao menos, uma revisão. Pode-se dizer que

[...] o princípio do duplo grau, assim, é um antídoto contra a tirania judicial. Não é que se tenha sempre como melhor e mais justo o julgamento de segundo grau. É que, em face da falibilidade do ser humano, não é razoável supor que o juiz seja imune de falhas no seu mister de julgar. Daí ser natural que se questione o ato judicial quanto à sua fundamentação [...] (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 1032).

Dessa maneira, considerando que uma decisão judicial inevitavelmente pode conter determinados erros, a sua revisão por uma instância superior colegiada, por haver mais juristas analisando o mesmo assunto, diminui as chances das possíveis falhas judiciárias. O que garante, de certa forma, uma justiça mais próxima do ideal.

Importante se torna mencionar acerca dos pressupostos para solicitar a reanálise de uma sentença. Quando se recorre de uma decisão judicial, o órgão que julgará a interposição do recurso, chamado de *ad quem*, fará dois tipos de exames: um de admissibilidade e outro de mérito. No juízo de admissibilidade, a legitimidade processual da postulação é

analisada, ou seja, se de fato aquele recurso preenche todos os requisitos para ter sido interposto corretamente. Já, no exame de mérito, o órgão julgador analisará as razões do recurso em si, se atentando ao conteúdo da petição para examinar sua pretensão. Tem-se que

[...] na instância superior, portanto, o julgamento sobre a admissibilidade do recurso será sempre efetuado como preliminar indispensável ao exame de mérito. Trata-se, pois, de um juízo necessário e definitivo, em torno do cabimento, ou não, do recurso, cabendo a última palavra ao colegiado do tribunal competente para julgá-lo (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 1049).

Outro ponto relevante é quanto a classificação dos procedimentos recursais, visto que há diversas formas de qualificar um recurso. Uma delas é a fundamentação, que pode ser livre ou vinculada. Como o próprio nome deixa entender, no recurso de forma livremente fundamentado, o recorrente pode apresentar todo tipo de argumento contra a decisão, alegando seja qual for o vício, sem que isso influencie na sua admissibilidade.

Já no recurso de fundamentação vinculada, há maior restrição quanto às razões do recurso. Nessa esteira, “serão de fundamentação vinculada [...] os recursos cujas hipóteses de cabimento sejam taxativamente previstas pela lei, caso em que não se admite a utilização do recurso fora das hipóteses especificamente previstas” (ALVIM, 2017, p. 2). Assim, aqui é onde se enquadram os recursos extraordinário e especial, sendo esse último, principal objeto de interesse deste trabalho.

No que se refere especificamente ao fato novo, o Código de Processo Civil em seu art. 493 determina que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, cabe ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença” (BRASIL,

2015). Exemplificando, fato constitutivo é o que dá surgimento ao direito, quando constitui, cria ou forma a relação jurídica de direito material. O extintivo é aquele que põe fim, como quando há quitação, pagamento, novação, confusão, etc. E o modificativo ocorre quando há alguma alteração do direito, para mais ou para menos. Todas as situações mencionadas são consideradas como fato novo ou superveniente (TALAMINI, 2016, p.17).

Além disso, emprega-se também o que se considera como fato impeditivo, que é aquele que susta o exercício de um direito de forma a impedir os efeitos deste, como a nulidade ou anulabilidade de um negócio jurídico, por exemplo. Todavia, apesar da sua existência, note-se que não há menção na legislação quanto a possibilidade de o fato impeditivo ser alegado após a propositura da ação, até porque esses “necessariamente têm que ser anteriores ou contemporâneos à ocorrência do fato constitutivo do direito do autor. Jamais serão posteriores (ou supervenientes)” (CABRAL *et al.*, 2016, p. 734).

Porém, em que pese a legislação ser omissa nesse sentido, a doutrina majoritária entende que os “os fatos impeditivos podem [...] ser objeto de conhecimento superveniente, devendo, então, ser considerados inseridos na previsão legal” (CUNHA, 2012, p. 91). Assim, de forma geral, o “fato novo é aquele superveniente ao ajuizamento da ação judicial capaz de produzir efeitos diretos sobre ela”, podendo ser constitutivos, modificativos, extintivos e até mesmo impeditivos (PIROLA, 2018, p.1).

Pode-se dizer que o legislador partiu do pressuposto de que, tendo em vista o longo curso de um processo, as circunstâncias de fato e de direito envolvidas na lide possivelmente sofrerão alterações. Dessa forma, quando ocorrerem, essas mudanças devem ser consideradas pelo magistrado no momento do julgamento, pois o estado de fato e de direito

existentes na propositura da demanda já não são mais os mesmos e os atuais terão alto potencial de influenciar no seu conteúdo.

Nessa perspectiva, tanto o juiz (de ofício), quanto as partes, podem suscitar fato novo, dando relevância a qualquer circunstância “superveniente que possa interferir no julgamento da causa, notadamente para impedir o juízo de inadmissibilidade do processo” (CABRAL *et al.*, 2016, p. 734). Ainda, o inciso I, do art. 342⁵, do CPC reforça que o fato superveniente extintivo ou modificativo é plenamente admissível e pode ser utilizado como fundamento em tese defensiva do réu.

A grande questão se encontra quando os fatos supervenientes são suscitados nas esferas recursais, onde, em princípio, novas provas não poderiam ser analisadas pelos tribunais, uma vez que as instâncias superiores se restringem apenas à aplicação correta da legislação federal. Tal indagação constitui um dos principais pontos da temática em tela e será melhor analisada nos tópicos a seguir.

1.2 O recurso especial

Como referenciado acima, além da possibilidade de recorrer nas instâncias ordinárias, “entre os juízes de primeiro grau e os Tribunais de segundo grau, existe, também, no sistema processual brasileiro, a possibilidade de recursos extremos ou excepcionais, [...] para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça” (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 1172). São os chamados recursos extraordinários, aqueles que, em tese, se opõem aos recursos ordinários, tais como apelação, agravo de instrumento, agravo interno ou recurso ordinário constitucional.

Enquanto que, nos recursos ordinários se discutem os fatos e o direito aplicável ao caso em espécie, nos recursos extraordinários, o Poder

⁵ Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito ou fato superveniente.

Judiciário irá analisar a conformidade da decisão judicial com o ordenamento jurídico brasileiro. Essa é a principal característica dos recursos extraordinários: eles não discorrem sobre fatos, mas sim sobre a adequação da decisão judicial à norma.

No âmbito do processo civil, os recursos extraordinários podem ser de duas espécies: o recurso extraordinário *stricto sensu* (RE), direcionado ao STF e o recurso especial (RESP), ao STJ. Com efeito,

o primeiro deles se encarrega da matéria constitucional e o segundo, dos temas infraconstitucionais de direito federal. Cabe-lhes, porém, em princípio, o exame não dos fatos controvertidos, tampouco das provas existentes no processo, nem mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão somente da revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 1172).

Como condição para o conhecimento desses recursos é exigível que a matéria impugnada tenha sido prequestionada. Isso quer dizer que o assunto tratado nos recursos extraordinários precisa ter sido impugnado no *juízo a quo*, ou seja, no tribunal de origem. Em outros termos, como condição para interposição dos recursos extraordinários, é exigível o esgotamento das instâncias ordinárias inferiores.

Atrelando-se ao procedimento objeto deste estudo, segundo o art. 105, inciso I da Constituição Federal, em sede de recurso especial, esse instrumento será cabível para o STJ nas causas decididas em última ou única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça, quando: a) a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (Brasil, 1988). Nota-se que o texto constitucional, em nenhum momento, menciona o cabimento de recursos

extraordinários para rediscussão de provas. Esse entendimento, inclusive, já foi sumulado tanto pelo STJ⁶ quanto pelo STF⁷.

Conforme Humberto Theodoro Junior,

[...] a função do recurso especial [...] é a manutenção da autoridade e unidade da lei federal [e por esse motivo] não basta o inconformismo da parte sucumbente para forçar o reexame do julgamento de tribunal local pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial (2019, p. 1211).

O autor acima citado entende que, através desse remédio de impugnação processual, "não se suscitam nem se resolvem questões de fato", bem como assuntos de direito local (2019, p.1211). Desse modo, o recurso especial estaria restrito a configurar-se "como recurso hábil a preservar a correta aplicação do direito federal, dando, portanto, a última palavra a respeito de tal tema" (ALVIM, 2017, p.4).

Todavia, apesar de não ser possível sua interposição para reexames de prova, algumas decisões dos tribunais vêm se posicionando no sentido de ser possível a propositura de RESP e RE para discutir a não observância de normas de direito probatório. E assim também pondera Humberto Theodoro Junior:

[...] é preciso fazer uma distinção entre a verificação da ocorrência do fato e o exame dos efeitos jurídicos do fato certo ou incontestado. Saber se ocorreu ou não, ou como ocorreu certo fato, é matéria própria da análise da prova; é o que tecnicamente se denomina questão de fato, que não se inclui no âmbito do recurso especial. Quando, porém, a controvérsia gira não em torno da ocorrência do fato, mas da atribuição dos efeitos jurídicos que lhe correspondem, a questão é de direito, e, portanto, pode ser debatida no especial (2019, p. 1211).

⁶ Súmula 7 STJ – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁷ Súmula 279 STF – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Dessa forma, esse entendimento acaba ampliando os critérios de análise quanto a admissão ou não de um recurso especial, posto que se deve levar em consideração as implicações jurídicas, e, portanto, de direito, que as circunstâncias de um fato superveniente possam ocasionar. Em outras palavras, é possível concluir que não seriam os fatos novos a serem analisados pelo STJ no recurso especial, mas sim, os resultados que deles decorreram, por serem esses matéria de direito, o que se encaixaria em uma das funções prevista constitucionalmente.

Nesse sentido, apesar das súmulas e parte das decisões serem consonantes com a não reapreciação de provas em sede recursal, face às notórias opiniões divergentes, caberá adentrar posteriormente à primeira parte do tema discutido no presente trabalho. Competirá, portanto, analisar a (im)possibilidade do Superior Tribunal de Justiça reavaliar fatos em processos que se encontrem em grau de recurso especial, especificamente no que tange às ações revisionais de alimento, pela relevância e particularidades demonstradas a seguir.

2 A ação revisional de alimentos e suas peculiaridades

Sabe-se que o número de processos judiciais tramitando no Brasil, atualmente, é descomunal. Só no ano de 2019, mais de um milhão das demandas ingressadas pertenciam aos assuntos de família e alimentos, sendo essa a classe que engloba os litígios referentes a divórcio, filiação, guarda e demais causas correlatas, como aquelas que motivam a ação revisional de alimentos (CNJ, 2020, p. 238).

A prestação alimentar decorre do poder de família e das relações de parentesco, bem como do casamento ou união estável, no intuito de prover a subsistência daquele que não tem condições de, por seus próprios meios, satisfazer as necessidades básicas da vida, como alimentação, habitação,

vestuário, saúde, lazer, educação, etc. Conforme determina o art. 1.694⁸ e seguintes do Código Civil, a prestação de alimentos, dentro da capacidade do alimentante e da carência do alimentado, deve atender, ao máximo, o indispensável para a manutenção do sustento de quem necessita de auxílio para sobreviver, observando, assim, o princípio da solidariedade familiar (CARVALHO, 2020, p. 848).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,

[...] o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética [...]. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural (2020, p. 504).

Ao conjugar os arts. 1.694 e 1.695⁹ do Código Civil, a doutrina elenca três elementos cruciais, tanto para a análise do dever de prestar alimentos, como para a determinação do *quantum* alimentar: a necessidade, a possibilidade e a proporcionalidade. Dessa forma, numa ação de alimentos, é essencial que seja ponderado a proporção da carência daquele que pleiteia concomitantemente com os recursos da pessoa obrigada.

Quando em decorrência do poder familiar, a necessidade do alimentado é presumida e a obrigação de prestar alimentos é tida como

⁸ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

⁹ Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

temporária, haja vista que a responsabilidade do sustento perdura, pelo menos, até o filho completar 18 anos. Neste caso, as condições financeiras dos pais independem para se impor ou não o dever de alimentar, pois, de acordo com o art. 22¹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, compete aos genitores sustentar e prover a educação dos filhos menores (BRASIL,1990). Assim, para se eximir da responsabilidade de continuar arcando com alimentos após a maioridade, cabe ao pai comprovar que o filho pode prover seu próprio sustento sem qualquer auxílio (CARVALHO, 2020, p. 809).

Já nos casos em que a obrigação alimentar for em razão das relações de parentesco – quando os alimentos são devidos pelos pais aos filhos maiores ou entre parentes –, o dever da prestação alimentar é tido como vitalício e recíproco. Entretanto, nessas hipóteses, é preciso comprovar, além da capacidade do devedor, que o alimentado continua necessitando de assistência para sobreviver (CARVALHO, 2020, p. 810).

Desse modo, tendo em vista que a ação que determina os alimentos considera, além de outros pressupostos, o trinômio possibilidade x necessidade x proporcionalidade, é de se esperar que, alterando as circunstâncias fáticas que levaram a definir o *quantum* alimentar, será possível majorar ou diminuir o valor da prestação alimentícia (OLIVEIRA FILHO, 2015, p. 185).

Por se tratar de uma obrigação com caráter continuativo ou periódico, é necessário a permanência das condições de possibilidade e necessidade que a determinaram. Caso contrário, havendo um desequilíbrio das circunstâncias anteriores à imposição, admite-se revisar as prestações futuras da obrigação – através da ação revisional de

¹⁰Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

alimentos – e até mesmo a sua existência num todo, caso em que será por meio da ação de exoneração de alimentos (OLIVEIRA FILHO, 2015, p. 185).

Portanto, após serem determinados regularmente na ação de alimentos, os valores da pensão alimentícia não se alteram enquanto o cenário fático permanecer o mesmo. Todavia, a obrigação poderá ser revisionada

[...] sempre que ocorrer alteração na situação financeira das partes, mediante *ação revisional de alimentos* para aumentar (*plus*) havendo alteração na fortuna do devedor para mais e o credor estiver recebendo menos que o necessário, ou para diminuir (*minus*), se ocorrer o inverso (CARVALHO, 2018, p. 854).

Nesse sentido, é o que determina o art. 1.699 do Código Civil ao afirmar que “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo” (BRASIL, 2002). Como exemplos, citam-se as situações em que o alimentante progride na atividade profissional na qual atua, eleva sua renda mensal e consequentemente alcança vantagem socioeconômica superior que possa proporcionar a majoração da pensão. Do mesmo modo ocorre à medida em que as necessidades do alimentado aumentam, quando no caso do encarecimento da educação conforme os filhos crescem ou em razão de doença, por exemplo (GONÇALVES, 2020, p. 567-568).

De igual forma, pode sobrevir a redução do valor prestado nas ocasiões em que o filho deixa de expender determinadas despesas ou ingressa no mercado de trabalho, passando a ter renda própria e diminuindo, por consequência, a necessidade de depender totalmente dos pais, ou mesmo acarretar a dispensa integral dos alimentos. Ainda,

verifica-se também a redução da obrigação quando o alimentante constituir nova família ou ocorrer o nascimento de outro filho alimentado. Todavia, essas últimas hipóteses “por si só, não autorizam a redução dos alimentos de filhos da união anterior se o alimentando suporta as novas despesas, devendo comprovar efetivamente a impossibilidade de cumprir a obrigação anterior da qual tinha ciência” (CARVALHO, 2020, p. 898).

Com relação à temática, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de que “a constituição de nova família pelo alimentante não acarreta a revisão automática da quantia estabelecida em favor dos filhos advindos de união anterior”. Assim, segundo a tese nº 13 da edição 65, para que haja, de fato, a redução do pensionamento, é imprescindível que se comprove que o alimentante não pode arcar com as obrigações a ele impostas (Brasil, 2016).

Por fim, pode-se pleitear a revisão dos alimentos quando, na ação em que os mesmos foram fixados, não tenha sido respeitado o princípio da proporcionalidade. Desse modo,

[...] é cabível a revisão [...] quando ocorre desrespeito ao princípio norteador da fixação do encargo alimentar. O desrespeito à proporcionalidade pode ocorrer especialmente quando a ação é julgada à revelia, fixando alimentos superiores às condições que o devedor pode suportar, sem ter ocorrido uma instrução probatória para apurar efetivamente a capacidade do devedor, imputando-lhe uma obrigação superior aos limites do que pode suportar (GONÇALVES, 2020, p. 898).

Pela observação dos elementos analisados, já é possível se extrair a relevância de compreender de modo íntimo a forma como se dá, processualmente, a ação revisional de alimentos. A variação dos enquadramentos aliada à fatigante tramitação do feito implica aprofundar

o conhecimento processual acerca de uma das demandas onde mais se pondera a dinâmica do contexto fático de cada caso.

2.1 Características e aspectos processuais da ação revisional de alimentos

Por conseguinte, o trinômio da existência, o parentesco e o vínculos conjugal ou companheirismo entre as partes se mostram essenciais ao versar sobre as revisionais alimentares.

Como já afirmado anteriormente,

[...]além da existência [...] de parentesco, vínculo conjugal ou companheirismo entre as partes, são pressupostos da obrigação alimentar a necessidade de quem pode reclamar, a possibilidade de quem deve prestar e a proporcionalidade na fixação do valor (CARVALHO, 2018, p. 849).

Processualmente falando, a ação revisional de alimentos tem sua tramitação em rito especial no foro do domicílio do alimentado e o valor da causa apurado na “diferença entre o pensionamento vigente e aquele pleiteado até a soma de uma anuidade”, conforme a inteligência do art. 292, inciso III¹¹, do Código de Processo Civil (OLIVEIRA FILHO, 2015, p. 196).

No que tange à carga probatória, importante ressaltar que a essência da pretensão orbita, quer seja para majorar, reduzir ou exonerar, em torno da modificação do cenário financeiro das partes. Assim, é indispensável que as razões para majoração ou minoração sejam expressadas claramente na peça inicial, tendo essa de ser acompanhada por provas consistentes que levem a autorizar a alteração da prestação que, conforme a Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968¹², poderão ser corroboradas por até três testemunhas (BRASIL, 1968).

¹¹Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

¹²Art. 8º. Autor e Réu comparecerão à audiência acompanhados de suas testemunhas, 3 (três no máximo, apresentando, nessa ocasião, as demais provas).

Ainda, além dos documentos padrões como procuração, identidade, etc., faz-se necessário também a juntada da documentação que comprove o parentesco entre as partes, assim como a cópia da sentença que fixou os alimentos que se pretende alterar (FERNANDES, 2018, p. 5).

Dentre as situações que podem configurar a redução da capacidade do alimentante, além das já mencionadas anteriormente, pode-se citar o reconhecimento, por terceiro, da paternidade ou maternidade socioafetiva do filho-alimentando; problemas financeiros; mudança para emprego com menor remuneração; ou ainda o desemprego. (FERNANDES, 2018, p. 4). Esta última hipótese, entretanto, não configura

[...] causa de exoneração definitiva da obrigação de prestar alimentos. Ao reverso, tem-se decidido que o desemprego ocasional do alimentante não incapacita a prestação alimentícia para o efeito de exoneração, podendo apenas justificar inadimplência transitória (GONÇALVES, 2020, p. 568).

Em sua obra, o já citado professor Carlos Roberto Gonçalves traz decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo as quais afirmam que “o desemprego apenas desloca o pagamento para época oportuna, jamais libera o devedor” (2020, p. 568). Portanto, estar desempregado não é pretexto para deixar de adimplir permanentemente com a pensão alimentícia, mas pode justificar o atraso no seu pagamento. Entretanto, se, após o período de desemprego, o alimentante retornar ao mercado de trabalho recebendo quantia inferior à que auferia anteriormente, aí sim haverá motivo justificável para pleitear pela redução da prestação alimentícia.

No que diz respeito às razões que apontam a possibilidade de majoração, pode-se citar:

a) criança que passa a frequentar escola; b) ingresso em curso técnico ou superior; c) problemas de saúde com tratamento não custeado pelo Estado; d) mudar pensão fixada em porcentagem do salário líquido para pensão a ser fixada em salários mínimos, ou vice-versa; e e) demais casos que demonstrem insuficiência do valor anteriormente fixado (FERNANDES, 2018, p. 4-5).

Ainda, é possível que a prestação alimentar seja extinta, situação em que o processo se dará por meio da ação de exoneração de alimentos, a qual

[...] obedece aos requisitos e ao procedimento da revisional, mas o que se busca é a exoneração da obrigação e não a alteração do valor, nada impedindo que o próprio credor, que não mais necessita dos alimentos, promova a exoneração (CARVALHO, 2020, p. 900).

Como causas que ensejam o desencargo da responsabilidade alimentar, citam-se as previstas no art. 1.708¹³ do Código Civil, quando o dever do alimentante cessará com o casamento, com a união estável ou com o concubinato do credor, acrescentando ainda a esta possibilidade se o credor tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Note-se que

[...] a indignidade do procedimento deve ser aferida no caso concreto. O alimentando que se entrega à delinquência ou à prostituição, por exemplo, pode perder o direito à pensão alimentícia. A norma possui evidente conteúdo ético e moral (VENOSA, 2020, p. 423).

Além disso, pode ocorrer a exoneração dos alimentos quando o filho atingir a maioridade, tendo em vista a extinção do poder familiar. Todavia, devido à permanência da relação de parentesco, o entendimento do STJ na

¹³Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

súmula 358 é que “o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos” (BRASIL, 2008). Assim, a exoneração pelo término da minoridade não é automática, pelo contrário, deve ser provocada assegurando o direito ao alimentado de comprovar a necessidade da continuidade da prestação.

Paralelamente, não sendo caso de exoneração, a maioridade poderá ser causa de redução da pensão alimentícia, haja vista ocorrer a alteração da natureza da obrigação (não sendo mais em virtude do poder familiar, mas sim em razão do parentesco) somado à diminuição da necessidade do alimentado, quando, por exemplo, o filho consiga ingressar no mercado de trabalho, mas ainda não tem condições de se manter sozinho (CARVALHO, 2020, p.903). Nesse sentido, foi o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em cuja decisão restou consignado que

[...] embora a natureza da obrigação alimentícia transmude com o advento da maioridade e passe a existir em decorrência do parentesco, impõe-se, nessa circunstância, a comprovação da real necessidade de percebê-la, sob pena de servir, apenas, como prêmio à ociosidade (2002).

Assim, como forma de observar os princípios da economia e celeridade processual, é possível, na ação de exoneração de alimentos, fazer pedido alternativo para que, caso “desacolhida a exoneração, seja conhecido o pedido revisional de alimentos (CC-1.699), no sentido de minorar o valor da pensão alimentícia, conforme autoriza o artigo 326¹⁴, do CPC” (FERNANDES, 2018, p. 7).

¹⁴Art. 326. 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.

Para sintetizar, novamente pontuais são as palavras do ilustríssimo professor Carlos Roberto Gonçalves ao conceituar as características primordiais da ação em comento:

[...] na revisional de alimentos devem ficar provadas não só a necessidade de ser a pensão aumentada, como também que o alimentante tem condições de suportar seu aumento. Para que o pedido seja acolhido, deve ser provada, portanto, a modificação da situação econômica dos interessados. Pedida pelo devedor a redução da pensão, compete-lhe provar a debilitação de suas condições econômico-financeiras, ou a redução das necessidades do credor. Como a lei não discrimina os elementos a serem objetivamente considerados para a constatação da mudança da situação econômica das partes, capazes de justificar a revisão ou a exoneração, compete ao juiz a análise da situação de fato e a valoração das provas (2020, p. 569).

Como pôde se observar, a ação revisional de alimentos reivindica a apreciação de variáveis essenciais que influenciam tanto na determinação quanto no cumprimento adequado da prestação alimentar. E são exatamente as peculiaridades dessa ação que levam a aprofundar ainda mais o conhecimento acerca das implicações que surgem no curso do processo, considerando a realidade fática que orbita entre as partes.

2.2 A coisa julgada e os efeitos da sentença revisional

Reiteradamente afirma-se que a manutenção da pensão alimentícia está atrelada à permanência das circunstâncias que determinaram seu valor. Assim, uma forma de entender a possibilidade da propositura da ação revisional é de que “a decisão que concede alimentos não faz coisa julgada referente ao *quantum*, se as condições não permanecerem no mesmo estado” (CARVALHO, 2020, p. 854). Isso justifica o fato de que a ação de alimentos e a ação revisional de alimentos são processos autônomos que se mostram independentes desde a sua distribuição.

Em vista disso, ao contrário do que possa parecer, a ação revisional de alimentos não tem a necessidade de ser distribuída por dependência ao processo que homologou a prestação alimentar. Apesar de haver ligação com a ação principal, não se aplica o artigo 286¹⁵ do CPC, posto que, havendo o trânsito em julgado, se afasta o risco de decisões conflitantes, como assim determina a súmula 235¹⁶ do STJ (FERNANDES, 2018, p. 2). Dessa forma, não há o que se falar em situações conexas ou acessórias, haja vista que “a conexão, supondo a comunidade de objeto ou causa de pedir entre duas ou mais ações (art. 103, CPC), não pode ser reconhecida para a reunião de processos se um deles já foi julgado” (OLIVEIRA FILHO, 2015, p. 190).

Portanto, tendo em vista que a ação em que os alimentos foram determinados se restou julgada, desconsidera-se “a hipótese de eventual risco de decisões conflitantes, devendo a ação revisional ser julgada pelo juízo a que foi aleatoriamente distribuído” (FERNANDES, 2018, p.2), desde que seja no domicílio atual do alimentado, como preceitua o art. 53, II¹⁷, do CPC cumulado com o art. 147, inciso II¹⁸, do ECA e com a Súmula 383¹⁹ do STJ (BRASIL, 2009).

Na verdade, a aparente contradição decorre da má redação disposta no art. 15²⁰ da Lei de Alimentos (L 5478/68). A referida norma manifesta-

¹⁵ Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza: I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda; III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do art. 55, § 3º, ao juízo preventivo.

¹⁶ Súmula 235 STJ. A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

¹⁷ Art. 53. É competente o foro: II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

¹⁸ Art. 147. A competência será determinada: II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

¹⁹ Súmula 383 STJ. A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

²⁰ Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

se de maneira confusa, uma vez que, na ação revisional de alimentos, “a mudança não atinge a solução da lide anterior, haja vista o trânsito em julgado da sentença que operou a coisa julgada, mas resolve nova controvérsia nascida de situação superveniente da primeira estimativa alimentar” (OLIVEIRA FILHO, 2015, p. 186).

Isto posto, conclui-se que a legislação específica se apresenta de forma falha no respectivo dispositivo, não podendo ser esse considerado em sua literalidade, pois

[...] apesar do que diz a lei (LA 15), a sentença proferida em ação de alimentos produz, sim, coisa julgada material. A doutrina sustenta de forma maciça ser equivocada a expressão legal, ao afirmar que a decisão sobre alimentos não transita em julgado, porque pode ser revista a qualquer tempo, diante da alteração da situação financeira dos interessados. A possibilidade revisional leva à falsa ideia de que a sentença que fixa alimentos não se sujeita à imutabilidade. A assertiva não é verdadeira. Estabelecida a obrigação alimentar, que envolve inclusive o estado familiar das partes, a sentença transitada em julgado, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo novamente essa questão ser reexaminada (DIAS, 2015, p. 646).

Assim, diferente do que afirma a Lei 5478/68, a sentença que determinou os alimentos efetivamente transita em julgado. Todavia, o que possibilita que a ação revisional seja proposta advém do art. 509, inciso I, do CPC:

Art. 509 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;

Quanto aos efeitos da sentença, oportuno trazer à tona o debate advindo do que prevê o §2º do art. 13 da Lei de Alimentos²¹. Tem-se que, assim como em outras ações de prestação alimentícia, na revisional, os alimentos retroagem à data da citação, “cabendo o pagamento de eventuais atrasados até este momento pelo valor antes estipulado”, sendo vedadas a compensação e a repetibilidade (CARVALHO, 2020, p. 899).

Essa afirmação, embora possua amparo legal, foi muito discutida jurisprudencialmente, chegando a ser inclusive mitigada. Alguns juristas entendiam que referida regra se aplicaria somente às ações que visavam majorar o encargo alimentar e não às que pretendiam reduzir ou exonerar o alimentante, quando seus efeitos se produziriam somente a partir do trânsito em julgado.

Tal divergência se dava pelo fato de que os alimentos se presumem consumidos e insuscetíveis de repetibilidade, ou seja, uma vez pagos, jamais serão ressarcidos. Esse princípio da irrepetibilidade conjugado com o da não compensação foi percebido como forma de fomentar o inadimplemento por parte do alimentante, pois afinal, “parece não ser justo impor ao devedor o pagamento de uma dívida que sabe não ser devida e que não vai ser reembolsável” (CAHALI, 1993, p. 673-675). Assim, havia o “entendimento de que os alimentos estabelecidos na decisão final da ação revisional, se inferiores aos devidos (mas não pagos) por força de sentença anterior ou decisão liminar, fujam à regra legal de retroatividade à data da citação”. (BRASIL, 2018)

Entretanto, os diversos litígios quanto ao início dos efeitos da sentença se restaram finalmente sumulados em decisão proferida no ano de 2018 quando a Segunda Seção do STJ declarou na Súmula 621 que, de

²¹ Art. 13 O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções. § 2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.

fato, “os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade”. Apesar de não ter sido unânime, o julgamento considerou que “a situação fática que autoriza a procedência da ação revisional ou exoneratória de alimentos existe desde o momento de seu ajuizamento”, motivo pela qual há a possibilidade até mesmo de intervenção liminar (BRASIL, 2018).

Yussef Cahali menciona em sua obra que

[...] no caso de ação exoneratória ou de redução da pensão, parece-nos que, desde que são admissíveis alimentos provisórios em ação revisional ajuizada pelo alimentado, similar razão de direito autoriza igualmente a sua redução ou exoneração liminar, na ação revisional ou exoneratória ajuizada pelo alimentante, verificados sumariamente os pressupostos que a autorizam, ainda que se exigindo redobrada cautela na concessão da liminar (1993, p. 677).

Dessa forma, o receio de que a literalidade do disposto na Lei de Alimentos incentive o inadimplemento não deve fundamentar o desrespeito à legislação. Isto porque é no ajuizamento da ação em que se dá a alteração do binômio possibilidade-necessidade, e não na sentença. Além disso, esse desequilíbrio, que é a causa de pedir da ação revisional/exonerativa, poderá ensejar concessões liminares a fim de modificar de imediato o *quantum* do pagamento, caso assim seja entendido pelo juízo. Ainda, cabe lembrar que “o mero ajuizamento da ação revisional não exime o devedor de continuar pagando a pensão alimentícia, sob pena de prisão” (BRASIL, 2018).

Assim, considerando as possibilidades processuais existentes para garantir que nem o credor e nem o devedor dos alimentos posterguem a satisfação de seus direitos/deveres, é razoável que os efeitos da sentença

retroajam à data da citação. Afinal, é justamente quando se modifica a possibilidade do alimentante e/ou a necessidade do alimentado o momento em que os pedidos das referidas ações são fundamentados e criteriosamente analisados. Nesse sentido, retroagir à citação é uma forma de compensar e consagrar a essência da ação revisional, qual seja, a alteração fática das circunstâncias.

Ao superar os efeitos das decisões proferidas nas instâncias ordinárias, há de se questionar o que ocorre quando a demanda adentra na última fase de recurso, haja vista que, considerando a extensa durabilidade comum da maioria dos processos, a constante transformação da conjuntura dos fatos é inevitável. Pergunta-se: até quando a mudança do binômio necessidade x possibilidade deve ser considerada para o pronunciamento de uma sentença? É possível que as novas, presumíveis e implacáveis evidências, que alteram o original cenário entre as partes, sejam levadas em consideração até mesmo na máxima esfera recursal?

Esses questionamentos exigem uma profunda reflexão envolvendo não só a interpretação da legislação, como também da doutrina, dos princípios e da jurisprudência que norteiam o direito civil, além de considerar fatores econômicos e sociais que levam finalmente ao principal debate do presente trabalho. Por derradeiro, questiona-se se, considerando o princípio da economia processual, é possível que o Superior Tribunal de Justiça examine novos fatos em processos revisionais de alimentos que se encontrem em grau de recurso especial.

3 Da (im)possibilidade de apreciação de fato novo no âmbito do STJ por economicidade processual

Não se pode olvidar que o que inspira e instrui o legislador na criação das normas são os princípios norteadores do direito. A observação dos princípios deve se dar não só na elaboração das leis, como também na sua interpretação e, principalmente, no momento de aplicá-las ao caso

concreto. Assim, além da inserção no ordenamento jurídico pelo processo legislativo, os princípios devem estar presentes “com frequência através da atividade jurisdicional e na formação dos precedentes judiciais” (REALE, 2002, p. 306).

No meio jurídico, um dos cânones de destaque que preceitua a efetividade, a celeridade e a duração razoável do processo, é o princípio da economia processual.

O princípio da economia processual orienta os atos processuais na tentativa de que a atividade jurisdicional deva ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços, evitando-se, assim, gasto de tempo e dinheiro inutilmente (ARAÚJO, 2015, p.1).

Dessa forma, o acesso à ordem jurídica justa não está limitado com "a admissão ao processo ou a possibilidade de ingresso em juízo, mas o uso de todos os meios possíveis e disponíveis", com o menor dispêndio de recursos e esforços (BARROSO, 2009, p. 46). Nesse sentido, pode-se afirmar que a viabilidade de acolher a alegação de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos que sobrevêm no curso de uma demanda advém do princípio da economia processual (CINTRA, 2000, p. 286-287).

Na maioria das vezes, a alteração da realidade fática de cada caso importa em novas medidas que dificilmente podem ser suportadas pelas partes. O decurso de um processo em primeira instância já implica considerável espera por uma decisão. Quando avança para o juízo superior, é extremamente presumível que haja notáveis mudanças dos fatos que introduziram a ação. Com isso, é relevante analisar se as circunstâncias originárias devem ser consideradas até o fim do processo ou se os fatos supervenientes poderiam ser ponderados na mesma ação.

O entendimento do STJ é pacífico no sentido de que “o julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação

jurisdicional” (BRASIL, 2013). A Terceira Turma, ao julgar o recurso especial 9.11.932/RJ, afirmou que

[...] levar em consideração um fato superveniente que afete o direito em discussão é providência salutar e recomendável, a ser tomada até mesmo de ofício pelo magistrado, a fim de evitar decisões contraditórias e prestigiar os princípios da economia processual e da segurança jurídica (REsp 911.932/RJ).

Para o relator Villas Bôas Cueva, “a jurisprudência do STJ é no sentido de que o art. 462 não se aplica apenas a juiz de primeira instância, mas também aos tribunais de segundo grau e aos tribunais superiores” (BRASIL, 2013), justamente por atender ao princípio elementar da economia processual.

A garantia constitucional da duração razoável do processo²², assim como a celeridade processual estipulada nos artigos 4^{o23}, 6^{o24} e 8^{o25} do Código de Processo Civil, estão amplamente ligadas à economia e eficiência processual. Dessa forma, quando a manutenção de um processo judicial se estende de maneira excessiva, conseqüentemente acarreta o seu descrédito como instrumento eficaz por inviabilizar o deslinde célere dos litígios.

Deveras, “a permissão para a discussão de fato novo, no processo em andamento, evita a propositura de uma nova ação em que a causa de pedir

²² Art. 5º, inciso 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.

²³ Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

²⁴ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁵ 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.

remota seria exatamente a prova de tal fato novo cuja discussão poderia ter ocorrido na ação anterior” (ALVES, 2016, p. 182). Ou seja, embora haja residual posicionamento de que possa prejudicar a efetividade no julgamento, a possibilidade de sopesar evidências supervenientes na mesma demanda se encontra largamente justificado nos princípios norteadores do direito, auxiliando ainda no desafogamento do judiciário, por evitar a propositura desnecessária de novas ações.

Veja-se que o desrespeito aos princípios pode se mostrar mais gravoso que a própria violação da lei, uma vez que ofende não só um mandamento obrigatório, mas todo um sistema. Assim, entende-se que, para assegurar uma decisão de mérito justa e efetiva, é essencial a observação, com afinco, à totalidade das fontes do direito, em especial, aos princípios mais pertinentes ao caso concreto.

3.1 Da (im)possibilidade de análise das provas pelos tribunais superiores

Como mencionado no primeiro capítulo, de acordo a Carta Magna (art. 105, II), a função do STJ ao julgar os recursos especiais se restringe basicamente em uniformizar a interpretação da legislação federal e promover a pacificação dos entendimentos divergentes das instâncias inferiores. Assim, quando o processo se encontra no último grau de recurso, em princípio, não há o que se falar em reexame de fatos ou provas, “uma vez que nem mesmo a existência de fatos alegada pelas partes no momento processual oportuno poderia ser objeto de reexame por parte dos tribunais superiores” (ALVES, 2016, p. 183).

Tal restrição está intimamente ligada ao prequestionamento, um dos requisitos essenciais para o juízo de admissibilidade. Dessa forma, para que o STJ possa analisar a matéria em sede de recurso especial, indispensável seria que o assunto já tenha sido debatido nas instâncias

ordinárias, o que não ocorreria quando um fato novo fosse suscitado na Corte Superior, em razão, por óbvio, da superveniência.

Ocorre que, apesar de sumulado (Súmulas 282²⁶ e 356²⁷ do STF), o requisito do prequestionamento não se manifesta de forma explícita na Constituição Federal, motivo pelo qual a sua configuração se mostra divergente entre os tribunais. Atrelado a isso, mais especificamente ao que diz respeito à alegação de fato novo, há diversos dispositivos na legislação federal que sugerem a possibilidade de o STJ analisar fatos sem que esses tenham sido suscitados anteriormente.

De início, é possível citar a previsão do já mencionado art. 342, I, e também o art. 435²⁸, ambos do CPC, os quais autorizam às partes, a qualquer tempo, arguir novas alegações relativas a direito ou fato superveniente. Esse enunciado se encontra pacificado na jurisprudência, pois é baseado na ideia de que “a prestação jurisdicional deve ser prestada de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença ou acórdão” (RT 661/137).

Seguindo nessa perspectiva, cabe mencionar o já exposto art. 493 em consonância com o art. 933²⁹, também do CPC e condizentes com a apreciação do fato superveniente nos tribunais. Inclusive, o parágrafo único do art. 493 ainda demonstra a possibilidade de o juiz constatar um

²⁶ Súmula 282 STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

²⁷ Súmula 356 STF. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

²⁸ Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos. Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

²⁹ Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

fato novo de ofício, ou seja, sem a iniciativa das partes, desde que o princípio da ampla defesa e do contraditório sejam respeitados³⁰.

Ao interpretar esses dispositivos de maneira restritiva, poderia se concluir que a análise de um fato novo fosse da competência apenas das primeiras instâncias. Todavia, desde o antigo CPC/73, o STJ possui o entendimento de “que o disposto no CPC/73 462 (atual 493) não se aplica apenas às instâncias ordinárias, mas também à instância especial” (NERY *et al.*, 2015, p. 1854).

Acontece que existem demasiadas decisões afirmando que

[...] os fatos supervenientes à propositura da ação só podem ser levados em consideração até o momento da sentença (ou do acórdão), não em sede de recurso especial, inclusive por força da exigência constitucional do prequestionamento (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 619).

O que levaria ao entendimento de que “é possível ao tribunal, em fase recursal, aplicar o CPC 493” (RSTJ 12/290 e JSTJ 51/292), com exceção das Cortes máximas. Entretanto, não são raros os precedentes que defendem o contrário.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, no art. 141³¹ do seu regimento interno, prevê que, para a prova de fatos supervenientes que possam influenciar no direito postulado, será admitida a juntada de documentos após recebidos os autos no Tribunal *ad quem*. Não haveria outro motivo para incluir tal determinação dentro do conjunto de regras que regulamenta o funcionamento do órgão, se não garantir que a matéria superveniente fosse, com efeito, ali analisada.

³⁰ Art. 493, parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

³¹ Art. 141. Nos recursos interpostos na instância inferior, não se admitirá juntada de documentos, após recebidos os autos no Tribunal, salvo: II - para prova de fatos supervenientes, inclusive decisão em processo conexo, os quais possam influenciar nos direitos postulados;

Há de se ponderar que a relevância de considerar um fato superveniente em qualquer grau que o processo se encontre se mostra tão eminente que pode, inclusive, ensejar o ingresso de uma ação rescisória, por força do art. 966, IV³², do CPC/15. Com esse raciocínio, é temerário concluir que os Tribunais Superiores não podem apreciar os fatos novos, quando esses podem até mesmo rescindir uma sentença transitada em julgado (DAL BOSCO *et al.*, 2019, p.1).

Sob este prisma, prevalece o entendimento de que a análise de um fato ou prova nova não está restrita às primeiras instâncias, de forma que o órgão julgador, incluindo o STJ ou STF, deverá considerá-los para o julgamento do feito, desde que não alterem a causa de pedir (Nery *et al.*, 2015, p. 1166). Ademais, a doutrina preceitua a forma da dita apreciação:

sendo necessária a produção de prova documental, ela será produzida pela juntada aos autos no próprio tribunal; sendo necessária prova oral ou pericial, o tribunal converterá o julgamento em diligência, expedindo carta de ordem para o primeiro grau a prova (NEVES, 2016. p. 821-822).

Assim, se entende que o fato superveniente deverá ser apresentado diretamente à instância em que o processo se encontra, seja ela qual for, posto que, independentemente do procedimento processual aplicável, todos os elementos necessários para a prestação jurisdicional adequada devem ser considerados no momento do julgamento da lide.

3.2 Análise jurisprudencial sobre o tema.

Tendo em vista o desdobramento de todos os dispositivos legais supracitados que preveem a possibilidade de alegar fato novo no curso do processo – principalmente o art. 493 do CPC –, se mostra incontestável

³² Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: 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;

que, sobrevivendo à propositura da demanda, o fato capaz de influir no julgamento de mérito, deverá (e não, poderá) ser considerado no momento de proferir a decisão. Tal perspectiva se encontra plenamente consagrada não só na legislação, mas no ordenamento jurídico como um todo, haja vista estar atrelada tanto aos princípios como à jurisprudência pátria.

É notório que o judiciário demanda tempo para a resolução de um conflito, e não raras vezes a delonga é deveras excessiva. Cabe, portanto, ponderar que “o objeto litigioso não fica imunizado aos reflexos decorrentes do tempo e das alterações da realidade”. Assim, nada mais acertado que considerar essa influência da duração da demanda sobre a pretensão das partes, motivo pelo qual as alterações derivadas da passagem de tempo também devem ser absorvidas pelo processo (DELLORE et al., 2021, p. 705).

O que efetivamente se questiona é se a suscitação de um fato novo seria permitida em qualquer fase onde o pleito se encontre ou se está limitada até certo juízo. Por certo, a apreciação de fato implica a produção de provas, o que leva a indagar a capacidade de instrução processual na instância recursal. Entretanto, os arts. 933 e 932, I³³ do CPC consagram “expressamente o poder instrutório do relator, nos processos que tramitam em tribunal” (CABRAL et al., 2016, p. 736).

Como visto, a doutrina afirma, com veemência, que a análise de um fato superveniente não se restringe apenas às instâncias de primeiro grau, se estendendo à apreciação dos tribunais. Do mesmo modo, a jurisprudência brasileira assegura a aplicação da regra do art. 493 nas ações revisionais e exoneratórias de alimentos em sede de apelação:

³³ Art. 932. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. FATO NOVO OCORRIDO APÓS A PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. SITUAÇÃO QUE VOLTOU A SER IGUAL A QUE HAVIA NA ÉPOCA DA FIXAÇÃO ORIGINAL. Mantidos os alimentos originalmente fixados, porque o alimentante, após a sentença, foi demitido. E os fatos novos devem ser considerados para a decisão final (CPC, artigo 462 [atual 493]). Com a demissão do alimentante, a situação voltou a ser exatamente igual a que existia ao tempo da fixação original dos alimentos. assim, não se verifica mais qualquer razão para revisar o quantum. RECURSO PROVIDO [...] (Rio Grande do Sul, 2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. JUNTADA DE DOCUMENTO EM GRAU RECURSAL PARA COMPROVAR FATO OCORRIDO APÓS A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 435 DO CPC/2015. DOCUMENTAÇÃO QUE, ADEMAIS, PODE SER LEVADA EM CONSIDERAÇÃO POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR AO ANALISAR O MÉRITO DO RECLAMO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 493 DO CPC/2015. O art. 493, caput, do Novo CPC amplia a extensão de aplicação da regra prevista no art. 462 do CPC/1973 [...] (Santa Catarina, 2018).

AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO E FIXAÇÃO DE TERMO FINAL PARA A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EXTINÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Estando em curso ação revisional de alimentos proposta pela ré, na qual o autor apresentou reconvenção, postulando a exoneração ou redução do valor da pensão com estabelecimento de termo final, que é objeto da presente ação, imperiosa a extinção do processo, pela ocorrência de litispendência. Inteligência do art. 337, § 3º, do NCPC. 2. O fato de ainda não ter sido lançada sentença na ação revisional proposta pela ré anteriormente à presente demanda, permite que o valor da obrigação alimentar seja rediscutido naquele feito, com consideração pelo juiz da causa de fatos novos que possam influir no julgamento do mérito, consoante disposição expressa do art. 493, do NCPC. Preliminar acolhida para extinguir o feito pelo reconhecimento da litispendência (Rio Grande Do Sul, 2019)

APELAÇÃO – ALIMENTOS – REVISIONAL – Pedido revisional ajuizado pelo alimentante em 2013, quando a filha contava com 14 anos de idade – Sentença proferida seis anos depois – Ação revisional julgada improcedente, sob o fundamento de que, quando a menor contestou o pedido, havia presunção de necessidade de receber a pensão, o que deixou de existir com a maioridade, não sendo mais viável abrir esta discussão no processo, por ser ele antigo, cumprindo ao autor ajuizar nova demanda – Inadmissibilidade – Nulidade da sentença – Descumprimento da regra do art. 493, do CPC – Sentença que deve considerar o fato novo, ocorrido no curso do processo – Sentença anulada na parte referente à pretensão revisional de alimentos – ANULARAM A SENTENÇA em parte, com determinação (São Paulo, 2020).

Veja-se que nesses casos, o fato superveniente fora suscitado após a sentença de primeiro grau, tendo sido alegado de forma recursal em grau de apelação. Um deles, inclusive, destaca a magnitude do lapso temporal entre a propositura e a sentença da referida ação (sete anos), tendo sido utilizado o recurso até mesmo para anular parte da decisão que não considerou a alteração dos fatos ainda no decorrer do processo em primeira instância.

Observa-se que a aplicação do art. 493 do CPC faz com que a decisão de mérito retrate “o contexto do momento de sua prolação e não aquele decalque histórico existente ao tempo da propositura da demanda” (DELLORE et al., 2021, p. 703). Isso demonstra perfeitamente a forma com que os desembargadores se utilizam de todos os elementos necessários para que a prestação jurisdicional seja adequada ao momento atual em que as partes se encontram, proporcionando “não só resultados úteis, justos e efetivos, como também uma maior eficiência processual” (CABRAL et al., 2016, p. 736). Tal entendimento é ainda mais oportuno em ações como as revisionais de alimento, tendo em vista as particularidades que envolvem a demanda ao que pese a permanência/alteração das circunstâncias para que a pretensão seja apreciada.

Considerando o consagrado posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritária constata-se, assim, que a possibilidade de suscitar fato novo em sede de recurso nas instâncias de segundo grau se resta superada. Basta saber se no rol dos tribunais que devem apreciar tais fatos, mesmo atuando com competência recursal, estão também incluídos os tribunais de superposição, e, portanto, o STJ.

Inicialmente, se torna necessário lembrar os pontos que orbitam a controvérsia. Basicamente, a inviabilidade de apreciar fato novo em sede de recurso especial, não admitindo a incidência do art. 493, se resume na função precípua do STJ (art. 105, CF), na vedação do reexame de provas (súmulas 7, STJ e 279, STF) e no requisito do prequestionamento para o juízo de admissibilidade do recurso (Súmula 282 e 356, STF). Entretanto, parece razoável reverenciar todas as demais normas já expostas que preceituam o contrário, além de considerar que a jurisprudência, mesmo que escassa, comporta o entendimento de que a disposição do art. 493 do CPC/15 não se limita “às instâncias ordinárias, sendo possível também ao STJ conhecer de fato superveniente, cujo surgimento seja posterior à interposição do recurso especial” (São Paulo, 2015).

Nesse sentido, leiam-se mais alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

O julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, de modo que a ocorrência de fato/circunstância jurídica superveniente há de ser considerada quando da apreciação da controvérsia, inclusive no âmbito dos recursos extraordinários, a fim de evitar decisões contraditórias ou violação à coisa julgada posteriormente formada (São Paulo, 2016).

Conhecido o recurso especial, esta Corte detém cognição ampla para o julgamento da lide, podendo, ao aplicar o direito à espécie, levar em consideração fatos novos, extintivos do direito de uma das partes, ocorridos

posteriormente ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 462 do CPC/73 (art. 493 do CPC/15) (São Paulo, 2017).

Desta feita, cabe concluir que, para garantir a justa, adequada e efetiva prestação jurisdicional, todas as circunstâncias que envolvem a lide, incluindo os fatos que surgirem após a propositura da demanda, devem ser consideradas, em qualquer grau, inclusive nos tribunais superiores. Ademais, sustenta-se também a questão de que os efeitos jurídicos que decorrem de um fato superveniente acabam por englobar matéria de direito, tendo de ser, portanto, apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça por se enquadrar na sua função precípua.

Assim, desde que imutável a *causa petendi*, bem como respeitada a ampla defesa e o contraditório, principalmente nas demandas em que a dinâmica dos fatos é frequente, como no caso das ações revisionais de alimentos, nada mais apropriado e pertinente para honrar o princípio da economia processual que permitir a apreciação dos fatos supervenientes nas instâncias recursais extraordinárias.

Considerações finais

É indiscutível que o andamento de um processo dentro do Poder Judiciário reivindica tempo. Os trâmites das instâncias são minuciosamente delineados justamente para que a margem de erro nas decisões seja reduzida ao máximo. Destarte, cada juízo possui competências particulares e distintas, mas com o mesmo objetivo: um julgamento adequado para o caso concreto.

Por conseguinte, ao mesmo tempo que se mostra coerente observar as diferentes funções outorgadas a cada instância do poder judiciário, não se pode aceitar que o curso de uma ação caia no abstrato da processualidade, impedindo que o processo, a depender da fase em que se

encontre, absorva as alterações empíricas, e, portanto, a realidade da lide naquele momento.

Diante do aumento significativo de divórcios, bem como triviais separações de casais com filhos, é notório o crescimento de ações que pleiteiam alimentos, quer para regularizar pensão alimentícia, quer para revisar tal obrigação alimentar. Assim, progressivamente, as questões alimentares, em decorrência da frequente alteração do cenário fático nas famílias brasileiras, provocam o tão combatido excesso de litigância no judiciário, um dos fatores que mais contribui para a morosidade da tutela jurídica.

Nesse sentido, pertinente é o empenho dos doutrinadores e juristas ao observar afundo a orientação projetada pelos princípios que regem o direito, na busca de uma prestação jurisdicional mais célere, econômica e eficiente, independentemente de estar exercendo sua função típica originalmente determinada. Logo, é possível depreender que interpretar restritamente uma norma pode acarretar o veredicto desacertado de um direito, apenas por ter sido esse devidamente evidenciado com fato que sobreveio após a ocasião propícia para tanto.

Por meio do estudo realizado, pôde-se observar que a dinâmica dos fatos no âmbito da ação revisional de alimentos, pelas características que a constituem, demanda um olhar próprio na interpretação dos preceitos que conduzem o direito processual civil, em sua totalidade. Embora parcos, os precedentes são claros e devidamente fundamentados, o que instiga uma adaptação das normas, para eventualmente, inclusive, remodelar a legislação e o posicionamento majoritário, no intuito de obter maior segurança jurídica.

Não se mostra meramente viável ter que aguardar o encerramento de um processo – sob pena de incorrer no instituto da litispendência – e adentrar com a mesma pretensão em novo pleito, simplesmente pelo fato

de a instância jurisdicional onde a ação se encontra não ser a mais adequada para apreciar matéria superveniente. Até porque, é plenamente possível conjugar diligências apropriadas para assegurar a efetividade da apreciação dos fatos que sobrevierem no decorrer do feito, sobretudo porque as provas usualmente utilizadas nas ações revisionais de alimentos para comprovar a ocorrência de fato superveniente são essencialmente documentais.

Com isso, conclui-se que a consideração de novas evidências que influenciem diretamente no julgamento da lide e não alterem a causa de pedir, mesmo que em sede de recurso especial no STJ, revela-se procedimento de extremo prestígio, principalmente nas ações que abarcam a prestação alimentar. Isso porque, além de não ferir o ordenamento jurídico, cumpre com efeito os ditames da economia processual, da duração razoável do processo, da celeridade e da prestação jurisdicional adequada ao momento da lide, evitando ainda a propositura desnecessária de novas demandas.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Questões discursivas comentadas**. Ministério Público Estadual. Promotor de Justiça. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Principais aspectos do recurso especial**. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Processo Civil. 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 fev.2021.

ARAUJO, Jakelline. **Caminhos e soluções para o judiciário: o princípio da celeridade processual**. Publicado em abr de 2015. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/jakellinefernandes/artigos/caminhos-e-solucoes-para-o-judiciario-o-principio-da-celeridade-processual-1326#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20economia%20processual,de%20tempo%20e%20dinheiro%20inutilmente>> Acesso em abr.2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Civil. Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em mar.2021.

_____. Código de Processo Civil. Lei n^o 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em mar.2021.

_____. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n^o 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em mar.2021.

_____. Lei n^o 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm> Acesso em mar.2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Jurisprudência em Teses – Edição n. 65. Tese 13. Brasília, DF: 2016. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em jan.2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Corte Especial. Súmula 7. Brasília, DF: 28 de jun de 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Corte Especial. Súmula 235. Brasília, DF: 1 de fev de 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Segunda Seção. Súmula n^o 358. Brasília, DF: 13 de ago de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Segunda Seção. Súmula nº 621, Rel. Min. Maria Isabel Galotti. Brasília, DF: 12 de dez de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Segunda Seção. Súmula nº 383. Brasília, DF: 27 de mai de 2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Terceira Turma. REsp 911.932/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF: 19 de fev de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. Sessão Plenária. Súmula 279. Brasília, DF: 13 de dez de 1963.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em mar.2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

DAL BOSCO, Lucas Fernando; MORAES, Rodrigo Carlesso. **Processo civil na prática: é possível suscitar fato novo perante os tribunais superiores?** Publicado em outubro de 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/313113/processo-civil-na-pratica--e-possivel-suscitar-fato-novo-perante-os-tribunais-superiores>> Acesso em mar.2021

DELLORE, LUIZ. [et al.]. **Comentários ao Código De Processo Civil**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. Ed. São Paulo: Editora RT, 2015.

FERNANDES, Wander. **Ação revisional de alimentos de acordo com o novo CPC**. Publicado em 2018. Disponível em: <<https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/605786358/acao-revisional-de-alimentos-de-acordo-com-o-novo-cpc>> Acesso em nov.2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família – direito civil brasileiro** vol. 6. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. AC 251.912-2/00. Rel. Des. Silas Vieira, Belo Horizonte, MG: 01 de jul de 2002.

MÜLLER, Julio Guilherme. **O papel fundamental do superior tribunal de justiça no contexto do estado democrático de direito: reflexões a partir do interesse público de uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional**. Revista de Processo, vol. 238/2014, p. 145 – 175, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos: teoria e prática**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIROLA, Antonio Luiz Rocha. **Requisitos para alegação de fatos novos nos diferentes ramos do direito**. Publicado em mar. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65113/requisitos-para-alegacao-de-fatos-novos-nos-diferentes-ramos-do-direito>> Acesso em out.2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. AC: 70058603846. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS: 26 de mar de 14.

_____. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. AI: 70080608227. Rel. Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, RS: 31 de jul de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Civil. AC: 00009979720128240040 Laguna 0000997-97.2012.8.24.0040. Rel. André Carvalho. Florianópolis, SC: 21 de jun de 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1.288.636/SP. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. São Paulo, SP: 20 de out de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Quarta Turma. RMS 39.236/SP. Rel. Ministro Marco Buzzi. São Paulo,RS: 26 de abr de 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.327.956/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo, SP: 27 de jun de 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara de Direito Privado. AC: 00316691720138260002 SP 0031669-17.2013.8.26.0002. Rel. Alexandre Coelho. São Paulo, SP: 23 de mar de 2020.

TALAMINI, Eduardo. **O ônus da prova**. Publicado em mar. 2016. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/depeso/235364/onus-da-prova>> Acesso em 26 out.
2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva
Educação, 2020.

_____. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume 3. 52. Ed. Rio
de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Código de processo civil anotado**. 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. **O Superior Tribunal de Justiça na Constituição
de 1988**. Revista dos Tribunais, vol. 638/1988, p. 15-29.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. – 20. ed. – São Paulo: Atlas,
2020.

Incorporação imobiliária: patrimônio de afetação em perspectiva crítica ¹

*João Cesar Carvalho Benvegnú ²
Maria Carolina Rosa de Souza ³*

1. Introdução

A concentração da população nas áreas urbanas, que teve seu início na segunda metade do século XX, passou a demandar um grande aumento na construção de imóveis de forma a compensar esse crescimento. Nesse período, foi vivenciada a ascensão dos espaços urbanos através do processo de industrialização, fenômeno esse que impulsionou a grande massa da população brasileira do meio rural a se deslocar para os grandes centros.

Assim, com a ocorrência do êxodo rural, devido à busca da população por melhores empregos e condições de vida, ocorreu o fenômeno da urbanização, de forma desordenada, sem que as cidades estivessem organizadas e preparadas para dar conta do contingente populacional.

A incorporação imobiliária surgiu como resposta a essa demanda social, com o objetivo de criar um melhor aproveitamento dos espaços urbanos, através das construções verticais. Seria uma forma de atender aos anseios da aglomeração nos grandes centros urbanos, trazendo uma solução racional para essa problemática.

¹ Artigo científico produzido por João Cesar Carvalho Benvegnú, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS, no ano de 2021.

² João Cesar Carvalho Benvegnú, acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS; 74693@upf.br.

³ Maria Carolina Rosa de Souza, Professora Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS; mariacsouza@upf.br.

O Estado, visando regular esse novo contexto social, cria em seu ordenamento jurídico a Lei sobre incorporação imobiliária no Brasil, dispondo das normas jurídicas responsáveis pela instituição dos condomínios edilícios. O objetivo que se propõe, através dessas normas, além da conclusão do empreendimento, é a divisão do edifício em unidades autônomas e posterior individualização das matrículas, concedendo, assim, o título de propriedade de bem imóvel ao adquirente.

No entanto, anos após o surgimento da Lei da incorporação imobiliária, eis um novo cenário social no Brasil, decorrente da crise do mercado habitacional no final do século XIX, que atingiu seu nível mais crítico com a insolvência de inúmeras incorporadoras imobiliárias, quando se manifestou a necessidade de novas alternativas com o viés de incentivar a construção civil, gerando desenvolvimento e progresso, sem perder de vista os consumidores que buscavam maior segurança e tranquilidade na aquisição de imóveis ainda em fase de construção, favorecendo, também, o financiador e os financiamentos imobiliários no setor da construção civil.

Assim, o regime de afetação patrimonial da incorporação imobiliária foi introduzido no direito brasileiro, com o objetivo de garantir maior segurança ao adquirente de unidades autônomas de condomínio edilício e resgatar a confiança perdida com a quebra da Encol/SA em 1999. O artigo pretende analisar os obstáculos que impedem a aplicabilidade da Lei Federal n. 10.931/04, especificamente em seu artigo 31 - A, no qual o legislador deixa a critério exclusivo do incorporador imobiliário a adoção do instituto do patrimônio de afetação, uma decisão de interesse público, em que existe o reconhecimento do consumidor como parte vulnerável dessa relação. Entretanto, a questão posta não é pacífica, ensejando a realização de pesquisa, a fim de verificar a real situação do patrimônio de afetação.

Nesse contexto, critica-se a vulnerabilidade da Lei ao tempo em que deixa ao livre arbítrio do incorporador a instituição do patrimônio de afetação. Adentrando nessa questão, se os adquirentes das unidades tivessem conhecimento da norma da incorporação imobiliária, de seu regime e os riscos durante o processo de aquisição do imóvel na planta, firmariam a negociação com o incorporador que optou ou não aderir a esse sistema de afetação imobiliária? Para tanto, objetiva-se realizar a abordagem através de pesquisa bibliográfica, para análise e compreensão sobre a matéria em discussão. Dessa forma, busca-se contribuir, através das soluções encontradas, para a construção de um ambiente seguro nas relações comerciais que envolvam as incorporações imobiliárias.

2. A incorporação imobiliária no Brasil em perspectiva histórica

Falar de incorporação imobiliária é abordar o fenômeno da concentração da população nas áreas urbanas, que teve seu início no Brasil na segunda metade do século XX, pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse período, vivenciou-se socialmente a ascensão com o processo de industrialização, fenômeno esse que impulsionou a grande massa da população brasileira do meio rural a se deslocar para os grandes centros urbanos.

Assim, com o êxodo rural, devido à busca da população por melhores empregos e condições de vida, ocorreu o fenômeno da urbanização, de forma desordenada e sem que as cidades estivessem organizadas e preparadas socialmente para dar conta do contingente populacional. Tal expansão desmedida da época deu origem às chamadas periferias urbanas, com a formação de habitações irregulares e o crescimento das favelas em várias metrópoles do país.

Diante da demanda social exposta, estimulou-se o surgimento da incorporação imobiliária, em resposta ao uso racional dos espaços

urbanos, através da construção de edifícios horizontais, para o parcelamento do solo urbano, visando regulamentar os processos registrais (CAMBLER, 1993).

Logo, diante das necessidades individuais do compartilhamento do mesmo solo, percebeu-se a importância da implementação de regras para controle e bem-estar social. A partir dessas perspectivas, moradias individuais foram sendo substituídas gradativamente por grandes edifícios compostos de unidades autônomas, denominados como propriedades horizontais, sob inspiração na arquitetura Romana, como forma de otimizar o espaço urbano (PETRECHEM, 2016).

Silva (2000) descreve tal aspecto como fenômeno da urbanização, sendo a intervenção do Poder Público na transformação e correções de problemas no meio urbano, neste caso, foi a divisão ou redivisão das parcelas do solo urbano para possibilitar as novas construções.

O Estado, visando regular esse novo contexto social, em 25 de junho de 1928, inaugurou a primeira legislação sobre incorporação imobiliária no Brasil, através do Decreto n 5.481, dispondo da alienação autônoma dos edifícios com mais de cinco andares (BRASIL, 1928). No entanto, Quinto Júnior (2003) descreve que, nesse período, os códigos de obras e a legislação de zoneamento, enquanto instrumento urbanístico, não foram capazes de responder à demanda e a necessidade frente ao processo de expansão da população urbana, como também foram ineficazes para a regularização do que já havia sido construído na cidade do ponto de vista da regularização social.

Anos após, já na década de 1950, o regime de urbanização brasileira atinge novos níveis de evolução, em razão de uma revolução demográfica, consequente da urbanização aglomerada, conforme salienta Santos (1996). Ao longo dessa década, com o surgimento desenfreado de unidades residenciais, comerciais e edifícios, surgiu a necessidade da elaboração de

um princípio legal que regulasse a matéria no que se trata da racionalização de um melhor aproveitamento do solo nos grandes centros urbanos (SANTOS, 1992, p. 19).

As normas promulgadas na década de 1960 vieram preencher importante lacuna no direito brasileiro quanto à propriedade horizontal, substituindo a singela legislação até então vigente. Além disso, trouxeram como grande inovação o disciplinamento da atividade empresarial da incorporação, atendendo às necessidades sociais e econômicas ditadas pelo acelerado processo de urbanização ocorrido no país a partir da década de 1930 (CHALHUB, 2017, p. 1).

Em razão dessa necessidade, Caio Mário da Silva Pereira elaborou a Lei n. 4.591, em 16 de dezembro de 1964, que veio para substituir o até então Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928, e as suas modificações realizadas pelo Decreto-Lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, e pela Lei n. 285, de 5 de junho de 1948, que passa a regular dentro de suas peculiaridades a incorporação imobiliária no Brasil (BRASIL, 1964).

A Lei n. 4.591/64 teve como objetivo principal nortear e regularizar o direito de propriedade e a função social como direitos fundamentais, com base no contexto histórico da racionalização dos espaços no território urbano brasileiro e sua posterior regulação e proteção pelo Estado como garantidor do direito de moradia.

Ainda em 1964, foi criada a Lei n. 4.380, que faz jus ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Essa Lei foi elaborada para atender à insuficiência de habitações populares geradas pelo desenvolvimento industrial nos centros urbanos (BRASIL, 1964). Em 1965, com o objetivo de incentivar a construção civil e trazer maior segurança às concessões de crédito para financiamento habitacional, foi promulgada a Lei n. 4.864, que traz em sua estrutura alterações às Leis n. 4.591 e 4.380 (BRASIL, 1965).

Décadas depois, em 1999, é registrado um fato histórico na incorporação imobiliária brasileira, ainda que Caio Mario da Silva Pereira tivesse previsto a hipótese da falência do incorporador, através do artigo 43, VI, da Lei n 4.591/64, o caso Encol, demonstrou a vulnerabilidade a que estavam expostos os adquirentes das unidades autônomas, de imóveis na planta (BRASIL, 1964).

O notório caso Encol criou uma situação de alerta por parte dos adquirentes de imóvel na planta, uma vez que comprometeu o mercado da construção civil num todo, gerando grande insegurança, pelo fato de ter a construtora ficado insolvente, deixando milhares de consumidores sem o imóvel que haviam comprado e sem o dinheiro investido.

Segundo Pires (apud SALGADO, 2011), a Encol foi a maior construtora brasileira e sua falência, além de prejudicar diretamente 42.000 famílias, também teve o título de ser a maior falência de uma empresa do setor privado na América do Sul. Ainda nos dias atuais, não se tem origem do paradeiro de mais de R\$ 2,5 bilhões de reais dos cofres da empresa. Entre as principais ilegalidades evidenciadas no desenrolar das investigações, destacam-se os desvios de recursos para conta dos principais acionistas da empresa.

Em 1994, o Ministério Público Federal instaurou a abertura de inquérito para investigação de supostos indícios de sonegação fiscal e emissão de notas fiscais falsas, sendo que, até o ano de 1997, nenhuma medida havia sido tomada para o pedido de falência da construtora Encol. Assim, com 710 obras paradas e uma dívida avaliada em um bilhão e oitocentos milhões de reais, só em março de 1999, a Justiça decretou a falência da empresa (PIRES, 2011).

Assim, diante de um cenário de incertezas e total insegurança, criou-se a necessidade de uma solução imediata para os interesses da sociedade de uma forma em geral. A falência da Construtora Encol foi quem deu

origem ao patrimônio de afetação na incorporação imobiliária (CAMPOLINA, 2013, p. 14).

Com isso, em busca de uma proteção legal aos adquirentes, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) encaminhou um projeto de Lei em 14 de julho de 1999 ao Governo Federal. No dia 4 de setembro de 2001, em resposta ao pedido do IAB, formulado pelo Professor Menim Namem Chalhub, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 2.221, que estabeleceu o instituto de assegurar direitos sob o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária (BRASIL, 2001). Três anos após, em 2 de agosto de 2004, sobreveio a aprovação da Lei n. 10.931, regulamentando o regime do patrimônio de afetação (BRASIL, 2004).

A lei, em seu bojo, dentre suas principais funções, visa estimular o crédito imobiliário e garantir segurança jurídica às entidades financeiras e, também, aos adquirentes de unidades autônomas, sobretudo no evento de falência do incorporador. Manifestou-se da ânsia de regular a atividade do incorporador, definindo suas responsabilidades diante do adquirente (ALMENDANHA, 2014, p. 204).

3. Análise jurídico-conceitual da incorporação imobiliária

Em sentido amplo, a incorporação é definida pela ação e o efeito de incorporar ou de se incorporar, com fundamento de unir, acrescentar, agrupar, ligar uma coisa em outra, para se unificar em um só corpo. No ramo imobiliário, a sentença incorporação imobiliária tem o sentido de realizar o agrupamento de atividades para se construir e promover um edifício ou um conjunto de edifícios, comercializando suas frações durante o projeto ou construção, envolvendo a junção de pessoas e adotando uma série de regras, com o objetivo de se concluir a edificação, finalizando com a anotação das unidades autônomas no Registro de Imóveis (CHALHUB, 2017, p. 9).

No ordenamento jurídico brasileiro, a definição para incorporação imobiliária está prevista no artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, deliberada Lei dos condomínios e das incorporações, que preceitua:

Parágrafo único. Para efeito dessa Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para a alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

A incorporação imobiliária seria uma forma de atender aos anseios da aglomeração nos grandes centros urbanos, trazendo uma solução para essa problemática. Num primeiro conceito jurídico, trata-se de uma das formas de instituição do condomínio edilício, e o objetivo que se propõe o incorporador é a criação das unidades autônomas. A unidade autônoma, por sua vez, é identificada por compor um condomínio edilício e se caracteriza através de três elementos: área privativa, área comum e fração ideal do terreno. Qualquer matrícula de unidade autônoma irá conter esses três elementos (CAMBLER, 1993, p. 260).

Outro elemento importante da incorporação é a venda antecipada das unidades autônomas; realizada sem a existência física do edifício, o prédio está ou na planta, ou em construção, é o caminho pelo qual o incorporador viabiliza a captação dos recursos necessários para realização da incorporação. Observam Gomes e Diniz (1996, p. 493) que a captação de recursos é a operação que consiste em obter o capital necessário à construção do edifício, mediante venda, por antecipação, dos apartamentos de que se constituirá.

A incorporação imobiliária pode ser desenvolvida por pessoa física, ou pessoa jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem

construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo à incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, em certo prazo, preço e determinadas condições das obras concluídas (BRASIL, 1964).

Uma vez caracterizada a atividade empresarial de incorporação imobiliária, resulta claro que o incorporador será o titular desse negócio, aquele que toma a iniciativa de mobilizar os fatores de produção necessários à realização da construção e à oferta das unidades imobiliárias no mercado (CHALHUB, 2017, p. 17).

Ao exercer a atividade da incorporação, tem-se o incorporador como a figura central, ou a pessoa formuladora da ideia da edificação, que planeja o negócio, reúne um grupo de pessoas e se responsabiliza pela sua plena realização. Assume o compromisso de angariar recursos e de comercializar as unidades, sob pena de assumir os respectivos custos e encargos. Cumpre-lhe que providencie no indispensável registro imobiliário. De modo geral, a qualquer indivíduo, desde que capaz, no exercício dos direitos, e que tenha a disponibilidade de seus bens, é reconhecida a legitimidade para ser incorporador. Induz o artigo 30 da Lei n. 4.591/1964: “Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem à constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão da obra” (RIZZARDO, 2019, p. 266).

Pelo artigo 31, na redação da Lei n. 12.424/2011⁴, poderá ser incorporador o proprietário do terreno, o construtor ou o ente da

⁴ a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32; b) o construtor (Decretos n. 23.569/1933, e 3.995/1941 e Decreto-lei n. 8.620/1946), ou corretor de imóveis (Lei n. 4.116/1962); c) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

federação. Caio Mário da Silva Pereira comparou a figura do incorporador com outras figuras assemelhadas (corretor, mandatário etc.), alertando, entretanto, que com elas não se confunde, pois o incorporador é mais do que qualquer uma dessas figuras. É ele “a chave do negócio é quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado”; nesse passo, aquele autor faz um paralelo entre a figura do incorporador imobiliário e a do fundador ou incorporador de sociedade anônima: “o fundador ou incorporador da sociedade anônima, que tal qual no edifício de apartamentos, é o pai da ideia de sua criação”. Um paralelo entre ambos é ilustrativo: não existe edifício; alguém tem a ideia da constituição de uma ou da construção do outro; promove os contatos, aproxima os interessados; obtém capital; elabora planos; faz contratos; consegue a redação dos documentos e tira de seus esforços, de suas boas relações, de sua imaginação, de sua experiência, a sociedade por ações ou o edifício em condomínio (CHALHUB, 2017, p. 19).

Pode-se dizer que a atividade da incorporação imobiliária, para sua caracterização, deverá iniciar-se antes da edificação, ou antes de sua conclusão, utilizando-se os valores arrecadados pelas unidades comercializadas para construção do edifício. O que não impossibilita do ponto de vista jurídico, antes de seu lançamento já obter suas unidades comercializadas (AGHIARIAN, 2015, p. 274).

Como requisito, o artigo 32 da Lei n. 4.591/64 determina que o incorporador, para a prática dessa atividade, archive no Registro de Imóveis a que esteja vinculado o terreno edificável, um dossiê contendo documentos que identifiquem a futura edificação e expliquem as condições do negócio (AGHIARIAN, 2015, p. 280).

Após cumprir todos os requisitos necessários à prática da incorporação, o incorporador poderá firmar contrato de prestação de serviços, ora figurando como prestador do serviço, ora como tomador.

Poderá firmar contrato de permuta ou promessa de permuta, relativamente ao terreno no qual irá erigir o edifício; poderá celebrar contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda, figurando ora como comprador, ou promissário comprador, ora como vendedor, ou promitente vendedor; poderá ceder créditos de que tenha se tornado titular ao alienar as unidades; poderá alienar fiduciariamente o terreno e as acessões a um financiador, como garantia de financiamento que eventualmente tomar para construir o edifício. Nesse caso, será o devedor-fiduciante; de outra parte, poderá vender as unidades com pacto adjecto de alienação fiduciária, e aí será o credor-fiduciário, enquanto o adquirente da unidade será o devedor-fiduciante. Há, em suma, uma infinidade de atos e contratos passíveis de utilização pelo incorporador para consecução do seu negócio (CHALHUB, 2017, p. 20).

A natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária revela estrutura comum à maioria dos demais contratos de caráter econômico. Trata-se de um negócio jurídico típico, bilateral, consensual, oneroso, cumulativo, solene e de execução continuada, possui regulamentação própria em lei especial, possui uma série de direitos e deveres peculiares entre as partes contratantes (MORAES, 2014, p. 125).

De acordo com o objeto e finalidade, pode-se incluir o contrato de incorporação imobiliária entre os de natureza obrigacional e real. Obrigacional, por se tratar de obrigação de fazer e não fazer. O incorporador assume o compromisso de entregar a obra, ao passo que o comprador se obriga a realizar o pagamento da fração ideal por ele adquirida. Real, pois o adquirente se torna proprietário da unidade, com a abertura de matrícula no Registro de Imóveis. Transmite-se uma fração ideal sobre um terreno, à qual corresponderá uma unidade da construção, formando-se um novo domínio e surgindo a titularidade separada do restante do imóvel (RIZZARDO, 2019, p. 275).

O contrato de incorporação imobiliária se caracteriza por uma relação jurídica de relativa complexidade, formado por diferentes contratos, que juntos passam a operar os mecanismos necessários para a realização da incorporação. Os requisitos essenciais para celebração dos contratos de incorporação imobiliária estão previstos na Lei 4.591/1964, que define elementos peculiares para sua caracterização (VENOSA, 2013, p. 513).

O contrato de incorporação imobiliária poderá ser extinto pelos seguintes motivos: a) extinção normal do contrato, com o cumprimento de todas as obrigações nele contidas pelas partes (o incorporador entrega as unidades imobiliárias aos adquirentes, na forma do artigo 44 da Lei de Incorporações e, de outra parte, o adquirente paga o preço na forma acordada. Evidentemente, as obrigações do incorporador são amplas, entre elas construir, regularizar a obra, inclusive junto ao registro de imóveis, e entregar a obra dentro das especificações do memorial.); b) direito de arrependimento do adquirente; c) resolução por inadimplemento culposo do adquirente ou do incorporador; d) distrato (resilição bilateral) (AGUIARIAN, 2015, p. 314).

Quanto à responsabilidade do incorporador, a exigência legal está expressa no artigo 32 da Lei n. 4.591/64, e seu propósito basilar é a identificação do objeto do negócio a ser ofertado no mercado, bem como a identificação do titular do negócio e responsável pelo empreendimento. Essa identificação tem de ser dada à publicidade, tanto no Registro de Imóveis quanto nos anúncios da incorporação. A lei atribui toda a responsabilidade da atividade empresarial ao incorporador e lhe impõe sanções para a hipótese de descumprimento do comando legal. Havendo mais de um incorporador para o mesmo empreendimento, todos eles são solidários nas responsabilidades da incorporação (CHALHUB, 2017, p. 20).

Conforme Diniz (2003, p. 582), o incorporador tem obrigações legais (todas que se encontram elencadas nos artigos, 32, 34, § 3º, 35, § 1º e 6º, 37, 38 a 41, I a VI e 44 e parágrafos da Lei das Incorporações) e também obrigações contratuais (transferir, como vendedor ou procurador do dono do terreno, a fração ideal alienada; firmar a escritura definitiva de venda; promover a construção do prédio dividido em unidades autônomas, estabelecendo o plano da obra e as condições da construção; entregar aos adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que adquiriram).

O objetivo final da incorporação é, como se viu, além da conclusão da obra e entrega das unidades, a constituição de propriedade individual sobre as unidades imobiliárias integrantes de conjuntos de imóveis, em geral, edifícios de dois ou mais pavimentos, bem como a instituição do regime especial de copropriedade sobre as partes do conjunto imobiliário destinadas à propriedade e ao uso comum de todos os titulares e/ou ocupantes das unidades autônomas. A conjugação dessas duas espécies de propriedade e a definição dos poderes atribuídos aos condôminos, com as limitações próprias dessa espécie de copropriedade, são estabelecidas pelo instrumento de instituição do condomínio.

4. O patrimônio de afetação em perspectiva crítica

O patrimônio de afetação surgiu da crise do mercado habitacional no final do século XIX, que atingiu seu nível mais crítico com a insolvência de inúmeras incorporadoras imobiliárias. Diante dessa crise eminente, manifestou-se a necessidade de novas alternativas com o viés de incentivar a construção civil, gerando desenvolvimento e progresso, sem perder de vista os consumidores que buscavam maior segurança e tranquilidade na aquisição de imóveis ainda em fase de construção, favorecendo, também, o financiador e os financiamentos imobiliários no setor da construção civil.

Nessa relação promovida pela incorporação imobiliária – de um lado, o incorporador como figura principal responsável pela viabilização da construção e, de outro, os adquirentes, construtores, fornecedores –, havia necessidade de normas jurídicas que garantissem maior segurança as negociações.

De acordo com Eyng (2016, p. 103), o patrimônio de afetação como dispositivo jurídico foi criado como resposta às demandas contratuais citadas, pois, dentre suas disposições, permite individualizar o patrimônio incorporado, que seria comprometido numa situação de insolvência do incorporador. Nesse sentido, contribui na construção de maior equilíbrio nas relações decorrentes da incorporação imobiliária, gerando maior segurança ao incorporador e aos demais envolvidos no negócio.

Através desse regime, os bens afetados são impenhoráveis por estranhos, no caso de insolvência do incorporador. É possível fazer uma analogia ao bem de família que fica separado do patrimônio do sujeito, impossibilitando a penhora por outras dívidas que não estejam relacionadas ao próprio bem (ALMENDANHA, 2014, p. 190).

No direito brasileiro, sobreveio a partir da medida provisória n. 2.221, de setembro de 2001, que culminou na Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, introduzindo o referido instituto jurídico na Lei 4.591/64, com vistas a atribuir maior segurança jurídica aos envolvidos nas relações provindas da incorporação imobiliária.

Diz a Lei 4.591/64 – que recebeu os artigos introduzidos pela Lei 10.931/04:

Lei. 4.591. Art. 31 – A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação

correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Consoante Chalhub (2019, p. 85):

[...] o acervo patrimonial que compõe uma incorporação imobiliária – terreno, acessões, receitas provenientes das vendas, obrigações vinculadas ao negócio, bem como os respectivos encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários, etc. – é suscetível de afetação, pela qual esse conjunto de direitos e obrigações fique segregado, tendo a exclusiva finalidade de conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes.

O patrimônio de afetação, do ponto de vista jurídico, visa proteger o patrimônio afetado dos demais bens do incorporador, de forma a assegurar que outros negócios malsucedidos não interfiram no sucesso da incorporação afetada. A afetação patrimonial impossibilita a penhora do acervo correspondente à incorporação, garantindo aos envolvidos no negócio a satisfação dos créditos a ela vinculados (CHALHUB, 2019, p. 86).

Na prática, tudo aquilo que estiver protegido pelo regime de afetação só poderá beneficiar os credores que estiverem relacionados a essa incorporação, sendo que outros credores do incorporador que não estão vinculados a essa incorporação restam impedidos de praticar qualquer ato jurídico contra os bens afetados (ALMENDANHA, 2014, p. 191).

Entende-se por patrimônio o conjunto de bens, direitos e obrigações que estejam relacionados com valor econômico. Ou seja, tudo aquilo que uma pessoa física ou jurídica possui ou deve. Pode ser definido como o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tenha valor econômico (BRUNELLI, 2012, p. 34).

A teoria da afetação corresponde à segregação dentro de um mesmo patrimônio, dos bens e direitos a ela relacionados separando do

patrimônio geral do titular, como forma de garantir sua destinação contra qualquer obrigação estranha à relação.

O termo de afetação não exige algum tipo de formalidade para sua elaboração. Nada mais é que uma simples declaração do incorporador afirmando que está de acordo com os termos previstos no Art. 31 – A e seguintes da Lei 10.931/04. A forma de constituição é a averbação desse termo no Cartório de Registro de Imóveis.

Eis o que diz a Lei 4.591/64 – que recebeu os artigos introduzidos pela Lei 10.931/04:

Lei. 4.591. Art. 31 – B. Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.

Esse regime possui o propósito de assegurar a conclusão da obra através dos recursos financeiros arrecadados da comercialização do empreendimento imobiliário, com a posterior entrega das unidades aos adquirentes. Dessa forma, a Comissão de Representantes dos Adquirentes possui poderes para assumir a administração da incorporação nos casos em que envolver atraso na entrega da obra ou a própria falência do incorporador (CHALHUB, 2019, p. 121).

A Lei de afetação permite aos adquirentes de unidades autônomas o direito de eleger a comissão de representantes, com a possibilidade de contratação de profissionais de diversas áreas, com o objetivo de fiscalizar as fases da construção; para isso, possui total liberdade nos acessos de contas, projetos e outros bens que compõem o empreendimento (DE MATOS, 2009, p. 136). De acordo com os Artigos 31 – C e 31 – D, da Lei 10.931/04, a administração do patrimônio afetado é obrigação do incorporador, mesmo que a comissão de representantes esteja constituída.

Sempre que preciso, o incorporador deve garantir que a incorporação imobiliária cumpra sua função. Também é responsabilidade do incorporador manter para cada incorporação afetada, contabilidade própria, de maneira que a comissão de representantes tenha acesso de forma a fiscalizar as movimentações financeiras do empreendimento.

Segundo Chalhub (2019), a Lei prevê duas possibilidades em que o incorporador poderá ser destituído da administração da incorporação pela comissão de representantes: a paralisação injustificada da obra por mais de 30 dias, ou o retardamento em seu andamento; insolvência do incorporador.

A extinção do patrimônio de afetação se dará com a conclusão de sua finalidade.

Conforme o Artigo 31 – E da Lei 10.931/04:

O patrimônio de afetação extinguir-se-á pela:

I - averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento;

II - revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art. 36), ou de outras hipóteses previstas em lei; e

III - liquidação deliberada pela assembléia geral nos termos do art. 31-F, § 1º.

Finaliza-se dizendo, mediante as palavras de Rocha (2018), que o patrimônio de afetação se extingue com a conclusão e averbação da construção e o registro das matrículas das unidades autônomas em nome dos respectivos adquirentes e, ainda, nos casos da extinção das obrigações assumidas pelo incorporador nas relações com as instituições financeiras. A extinção também se dá através da revogação unilateral do regime de afetação, mediante denúncia do incorporador, no prazo de carência da

incorporação, depois de restituídas todas as quantias pagas pelos adquirentes e, ainda, pela liquidação deliberada na assembleia geral de adquirentes, no caso de decretação da falência ou insolvência civil do incorporador.

Diante do exposto, questiona-se qual a eficácia da Lei, a partir do momento que deixa submetido ao livre-arbítrio do incorporador a instituição do patrimônio de afetação? Se o consumidor tivesse conhecimento da norma da incorporação imobiliária e de seu regime de afetação durante o processo de aquisição do imóvel na planta, criaria uma visão crítica do assunto? Nesse contexto, pode-se imaginar que o adquirente de unidades autônomas firmaria negociação com o incorporador que não aderiu a esse sistema de afetação?

A crítica à Lei se remete ao livre-arbítrio atribuído ao incorporador para a instituição do patrimônio de afetação, uma vez que a submissão do imóvel objeto da incorporação imobiliária ao regime de afetação fica a critério do incorporador.

Nessa relação econômica e social que envolve a Lei das incorporações imobiliárias, deixar a critério exclusivo do incorporador uma decisão de caráter público gera grande insegurança nas transações imobiliárias, em que o correto seria estabelecer a afetação como regra geral, compulsória. Considerando o âmbito da relação de consumo, na qual existe o reconhecimento do consumidor como parte vulnerável da relação, surge aqui a necessidade de intervenção Estatal para regular de forma eficaz essa relação em que o consumidor é o polo mais frágil.

A referida Lei não trouxe eficácia jurídica, oferecendo ao incorporador a liberdade de escolha do sistema de garantia proposto pelo legislador. Aghiarian (2018, p. 301), nesse sentido, descreve que nasce morta a eficácia e efetividade da referida Lei, a partir do momento em que

deixa reservado unicamente a critério do incorporador o acolhimento à referida medida.

Chalhub (2019) critica a referida Lei:

[...] a afetação da incorporação imobiliária é instrumento de proteção da economia popular, pois um dos seus propósitos basilares é disciplinar a captação de recursos que é realizada por meio da venda antecipada de unidades imobiliárias em construção. Esse fato, por si só, indica que toda e qualquer incorporação é merecedora de tutela especial sob forma de segregação patrimonial, que deve ser instituída independente de qualquer manifestação do incorporador, bastando para tal o registro do Memorial de Incorporação.

No direito comparado, encontra fundamentação legal na Legislação Argentina, através da Lei “prehorizontalidad”, instituída nesse sistema jurídico em 1972, que, entre suas funcionalidades, impede que o incorporador imobiliário prejudique o direito dos adquirentes e demais envolvidos na relação, assegurando que o imóvel objeto da incorporação não possa ser gravado ou alienado a terceiros.

No direito alemão, de acordo com Ferreira (2012), “é dever do incorporador registrar no registro de imóveis o direito expectativo do adquirente frente à sua quota-parte no empreendimento imobiliário (Eigentumsvormerkung). Trata-se de uma inscrição de uma anotação no registro de imóveis referente à pretensão de direito de propriedade sobre o imóvel objeto de aquisição por meio do Baurägarvertrag”.

Conforme disposto, a partir do momento da averbação na serventia do registro de imóveis desse direito expectativo em receber a propriedade do imóvel, garante ao comprador o direito de preferência frente a qualquer direito obrigacional que recaia sobre o bem imóvel.

Ainda conforme Ferreira (2012, p. 90), a exigência imposta pela Lei Alemã ao incorporador, além de outras, é a liberação de todas as negativas

e licenças necessárias para viabilizar a execução da obra. Nesse sentido, a Lei assegura que o mínimo necessário para dar início ao empreendimento imobiliário já se encontra regularizado.

É, em suma, um caso estranhíssimo em que o devedor (incorporador) é quem decide se constituirá ou não garantia patrimonial ao seu credor (adquirente), algo tão inadmissível quanto deixar a critério do incorporador a faculdade de constituir ou não garantia do cumprimento de suas obrigações decorrentes de financiamento da construção (CHALHUB, 2019, p. 110).

Infelizmente, cabe ao comprador inteirar-se dos seus direitos e garantias e, se possível, optar pelo empreendimento imobiliário que compreenda o patrimônio de afetação.

Considerações finais

Vive-se um momento ímpar em relação ao crescimento da construção civil em nível nacional, em que a necessidade de novos empreendimentos imobiliários aumenta gradativamente para suprir a demanda e dar continuidade a um mercado que vem expandindo consideravelmente. O Governado Federal, através de políticas públicas de Financiamento Habitacional, com taxas de juros atrativas, incentiva cada vez mais a aquisição do imóvel próprio, que é o sonho de todo brasileiro.

Através dessa demanda, surge cada vez mais a necessidade de aplicabilidade de normas jurídicas eficazes para regular a segurança jurídica das transações imobiliárias, sobretudo em relação à comercialização de imóveis em fase de construção. Nesse contexto, pode-se considerar que a Lei 10.941/04 trouxe maior segurança jurídica aos consumidores da incorporação imobiliária. Referida segurança jurídica também se estende aos credores vinculados a cada empreendimento afetado.

A Lei em estudo salvaguardou o relacionamento contratual dos envolvidos na incorporação, sobremaneira dos adquirentes, aos quais se proporcionou autonomia para viabilizar e administrar os recursos necessários para conclusão do empreendimento imobiliário em caso de falência ou má administração do incorporador.

Entretanto, apesar das modificações trazidas pela Lei 10.931/04 no ordenamento jurídico brasileiro, uma situação ainda é tema de muita discussão sobre o assunto. O legislador deixa esse arsenal jurídico proposto pela Lei do patrimônio de afetação a critério exclusivo do incorporador, em que o correto seria uma garantia natural daqueles que confiaram seus recursos financeiros. De certa forma, seria a mesma coisa que deixar o devedor escolher se quer honrar com seus compromissos.

Ante ao exposto, conclui-se que soluções sobre a mesma demanda já elucidadas no direito comparado, aliadas ao entendimento do legislador brasileiro quanto à alteração do texto do artigo 31 – A da Lei 10.931/04, tornando-o como regra geral compulsória a instituição do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, compreendem o caminho eficaz para essa problemática, garantindo, desse modo, todos os benefícios que a Lei confere.

Referências

AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ALMENDANHA, Cristina Malaski. Incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 133, 2014.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Imobiliário**: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928**. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5481-25-junho-1928-776630-publicacaooriginal-140611-pl.html>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943**. Modifica o art. 1º do Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5234.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 285, de 5 de junho de 1948**. Modifica a redação do artigo 1º do Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928, e revoga o Decreto-lei n 5.234, de 8 de fevereiro de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L285.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964**. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4380.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4591-16-dezembro-1964-368909-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.864, de 29 de novembro de 1965**. Cria Medidas de estímulo à Indústria da Construção Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4864.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis n 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n 4.728, de 14 de julho de 1965, e n 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória n 2.221, de 4 de setembro de 2001**. Altera a Lei n 4-591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/MPV/Antigas_2001/2221.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRUNELLI, Pedro. **O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1993.

CAMPOLINA, Rafael de Oliveira. **Análise do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária sob a ótica do adquirente**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/187130304.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.

CHALHUB, Melhin Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHALHUB, Melhin Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DE MORAES, Maraisa Cristina. **O contrato de incorporação imobiliária**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

EYNG, Carlos Eduardo. Patrimônio de afetação – Segurança na aquisição de imóveis incorporados. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, 2016.

FERREIRA, Mariana Martins Costa. **A incorporação imobiliária sob uma análise crítica: as garantias contratuais como forma de mitigação de risco**. 2012. Trabalho de

Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Patrimônio de Afetação**: Segurança jurídica na aquisição de imóvel na planta. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEIXOTO, F. H.; EYNG, C. E. Patrimônio de Afetação: segurança na aquisição de imóveis incorporados. Rio de Janeiro, **Revista de Direito das Cidades**, v. 8, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: Contratos. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PETRECHIN, Lígia Caram. **O patrimônio de afetação e a sociedade de propósito específico nas incorporações imobiliárias**. 2016. Monografia (Especialização em Economia Setorial e Mercados MBA) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PIRES, Gabriel. **Patrimônio de Afetação e o Caso Encol**. Disponível em: <https://gabrielpires11.jusbrasil.com.br/artigos/417333322/patrimonio-de-afetacao-e-o-caso-encol>. Acesso em: 1 maio 2021.

QUINTO JÚNIOR, Luiz de Pinedo. **Nova legislação urbana e os velhos fantasmas**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 abr. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Mauro Antônio. **O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária**. Disponível em: <http://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria>. Acesso em: 3 nov. 2018.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

SOUZA, Edmilson Patrocínio de. **Contabilidade de contratos de construção e de incorporação imobiliária**: de acordo com as IFRS. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil comentado**. Direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade, artigos 1.196 a 1.368. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Validade temporal dos precedentes judiciais e a técnica “*overruling*”

*Julia Gregol Puerari*¹
*Luciano de Araujo Migliavacca*²

Introdução

A introdução normativa dos precedentes judiciais ao Código de Processo Civil de 2015 foi, e continua sendo, matéria de controvérsias na esfera jurídica brasileira, diante das dúvidas que pairam em relação à aplicabilidade do instituto. Por se tratar de um mecanismo descendente de um sistema onde os posicionamentos já aplicados, ou seja, decisões passadas, são principal fonte do direito, sua inserção no sistema *civil law* foi tanto rechaçada, como também enaltecida.

Nesse sentido, tal aplicação em um sistema preponderantemente normativo desenvolveu teses desfavoráveis, no sentido de que a incidência do instituto poderia engessar e estabilizar as decisões jurídicas, mediante reiteradas aplicações da mesma tese à incontáveis casos, tornando o julgado obsoleto. Essas questões de cunho mutável geram dúvidas a respeito da segurança jurídica garantida pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXVI), ao mesmo tempo em que a estabilidade jurídica causa hesitação no que tange ao engessamento do sistema jurídico brasileiro. De outro modo, possibilitaria a ampliação da segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados na medida que seriam proferidas decisões idênticas aos casos análogos que viessem a surgir.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 156332@upf.br

² Doutor em Direito – UNESA. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Orientador da pesquisa realizada. E-mail: lucmig@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1540277672020432>

Atento ao fato de que a sociedade jurídica brasileira busca garantia, calcada na indispensabilidade dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, e relação às decisões proferidas pelos tribunais, torna-se necessária a uniformização destas para que não gere instabilidade das relações sociais. Não obstante, a sociedade, por inevitável e fundamentalidade, alcança acentuadas mudanças no que diz respeito à evolução das relações sociais, razão pela qual se revela imprescindível as decisões guardem verdadeira sincronia com esse desenvolvimento.

À vista disso, a validade temporal de um precedente judicial se embasa pela técnica *overruling*, ou seja, a superação das decisões por fatos supervenientes ou antecedentes – ainda não analisados judicialmente – do precedente, conforme as evoluções no âmbito jurídico e social. Mas, e quando o precedente continua sendo aplicado em decisões, mesmo a sociedade tendo mostrado significativa mudança sobre o assunto em questão? Ou melhor, e quando um precedente judicial longo continua embasando novas decisões proferidas?

A mutabilidade das decisões depende da distinção entre um caso e outro, daí decorre a importância da técnica *distinguishing*, a qual responde minimamente as perguntas acima referidas. O arcabouço histórico relacionado ao precedente judicial evidencia a necessidade de comparações de casos, o que leva a crer quando o precedente deve ser motivado ao uso, bem como a essência jurídica que o conduziu ao cenário questionado.

Portanto, a operação dos precedentes coincide à responsabilidade do órgão julgador em analisar e praticar a devida correspondência do caso em análise comparado ao precedente paradigma, devendo manter a prudência suficiente na questão de acompanhar a evolução das novas decisões, e conferir a essencialidade do emprego do precedente, ao passo que concede a validade temporal do instituto na observância de superá-lo,

aplicando a técnica de superação, ou notar a sua não incidência discriminando os pontos necessários à aplicação da técnica da distinção.

Dessa forma, frente às objeções causadas pela aplicabilidade dos precedentes judiciais, resta imperioso a argumentação valorada na validade temporal da função no sistema jurídico, ou seja, até que ponto uma decisão pode ser embasada em um precedente e quais são os critérios deduzidos a fim de sustentar o cerne de emprego dessa alternativa como fonte do direito.

Teoria do precedente judicial

O sistema de vinculação jurídica ao direito no Brasil sempre foi relacionado apenas à legislação que, com a atuação de um juiz, a norma preexistente seria declarada para conceder a solução do caso em questão. Contudo, o tempo mostrou que apenas a lei não seria suficiente para a resolução do caso, mas que, relacionando legislação e jurisdição com cooperação e dinamismo, bem como, através de determinados instrumentos que promovem a unidade, equilíbrio e estabilidade do sistema jurídico, seria possível reconstruir a ordem jurídica e desassociar o conceito de vinculação apenas à legislação (MITIDIERO, 2018, p. 73-74).

Por conseguinte, com a evolução jurídica e social e a necessidade de uniformizar as decisões judiciais para que não houvessem significativas discrepâncias na prestação jurisdicional, foi imperiosa a modificação na forma de observar e aplicar os precedentes judiciais na sociedade *civil law*, destarte, na sociedade brasileira. De modo a condicionar segurança jurídica, isonomia e eficiência nas decisões, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015) atribuiu a função de vinculação aos precedentes judiciais, com o intuito de aprimorar o desempenho do Judiciário (MELLO; BARROSO, 2016, p. 23).

Pois, com o exacerbado número de ações distribuídas em massa presentes no atual panorama jurídico brasileiro, a ausência de uniformidade nas decisões operadas acarretaria, no mínimo, um ordenamento instável, não seguro. Destarte, nesse sistema de vinculação, onde conecta o julgador às passadas e futuras decisões, “o STF e o STJ procuram dar unidade ao direito, concretizando os princípios da segurança jurídica, liberdade e igualdade” (MITIDIERO, 2020, p. 45).

No mesmo sentido, através dos precedentes judiciais, segundo Mitidiero (2018, p. 94), os mesmos se perfazem pela interpretação judicial de casos iguais, de modo que sejam tratados de forma idêntica por todos os órgãos jurisdicionais, levando-se em conta a igualdade e liberdade de todos, para a obtenção da segurança jurídica.

O precedente judicial é analisado a partir de dois diferentes sistemas jurídicos que, com o passar do tempo, moldaram o entendimento acerca da função que esse instituto exerce, justamente porque esses sistemas “surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes” (MARINONI, 2019, p. 21).

Apesar de o precedente judicial ter suas raízes situadas no sistema *common law*, onde as decisões judiciais se delimitam, preponderantemente, no direito consuetudinário, a inserção desse instituto no sistema *civil law* teve como principal objetivo o desafogo do Poder Judiciário no que tange o elevado número de demandas em andamento. Além disso, como referido acima, promove a segurança do sistema jurídico em busca da uniformização das decisões. Nesse diapasão, observa-se uma maior atenção nas decisões proferidas pelos tribunais, e não tão somente ao trabalho legislativo (MITIDIEIRO, 2015, p. 333).

Do mesmo modo, no que cerne à caracterização do precedente judicial em um sistema romano-germânico, onde a lei impera como fonte

primária nas decisões, há que se observar que não se trata de matéria fácil a ser discutida, tendo em vista que a própria previsão normativa ainda não é capaz de suprir todas as necessidades do sistema jurídico. Nessa senda, a lei é capaz de criar inúmeras interpretações, por isso se mostra importante o instituto do precedente judicial, onde é possível seguir uma linha de posicionamentos sobre casos análogos, reiterando-se a proteção do princípio da isonomia aos jurisdicionados (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 467).

Nessa senda, para promover a existência de um ordenamento que garanta a segurança jurídica, legalidade e estabilidade necessárias para que gere confiança nas decisões proferidas, a eficácia vinculativa deve ser conferida em lei ao precedente, assim, “se a lei não lhe atribuir eficácia, decisão judicial não será considerada precedente judicial” (JESUS, 2014, p. 02).

Mas, substancialmente, para que serve um precedente judicial? De acordo com Mitidiero, de modo que as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional estejam orientadas pelas decisões das Cortes Supremas, são precisos os precedentes judiciais como razões jurídicas necessárias para solução dos casos concretos (2018, p. 98).

Portanto, no intuito de evadir a dispersão do sistema jurídico, as Cortes de Justiça devem promover a unidade do direito, proferindo decisões que sirvam de condução para interpretações posteriores, tendo em vista que, além da promoção da isonomia do direito, ainda confere a segurança através de soluções nos existentes problemas jurídicos que sustentam as controvérsias (MITIDIERO, 2015, p. 335).

Nesse sentido, como forma de concretizar a segurança jurídica conjunta à inovação do precedente judicial no Código de Processo Civil de 2015, ou seja, legislativamente, o artigo 926 de tal diploma legal estabeleceu o *stare decisis* horizontal, atribuindo unidade ao direito e

tornando-o seguro – “cognoscível, estável e confiável” – devendo haver respeito aos próprios precedentes e jurisprudências pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como pelos Tribunais Regionais Federais e de Justiça (MITIDIERO, 2015, p. 337).

Assim, a caracterização do precedente judicial depende dos elementos que o constituem, tendo em vista a composição de “duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” (TUCCI, 2014, p. 12 apud SERRA, 2017, p. 133).

Assim, se faz imperioso o aprofundamento do entendimento acerca dos elementos de composição desse instituto jurídico.

Elementos do precedente judicial

A essência de aplicação de um precedente está fundamentalmente na razão de decidir, ou seja, os fatos e argumentos que foram capazes de levar ao resultado final da decisão, qual seja, o dispositivo. Desse modo, a razão de decidir, ou melhor, a *ratio decidendi* é uma interpretação ou tese jurídica da norma utilizada para a decisão, sendo que a razão pela qual se decide não se confunde com a fundamentação, mas nela está presente (DUXBURY, 2008 apud MARINONI, 2019).

Nessa senda, apesar de que “tanto a *ratio* como a fundamentação são formadas com material recolhido na justificação”, Mitidiero explica que não há que se confundir a *ratio decidendi* com fundamentação, ou seja, ambos não são sinônimos. Entende-se, portanto, que a fundamentação da decisão conjunta ao raciocínio jurídico varia de acordo com o caso em particular (2015, p. 338).

Tendo em vista que a “*ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto”, segue-se a

compreensão de que a razão de decidir descreve o entendimento jurídico que baseou o resultado da decisão (MELLO; BARROSO, 2016, p. 27). Portanto, a formulação da *ratio decidendi* depende de “abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial” (MITIDIERO, 2015, p. 338).

Conforme Mitidieiro, cada caso no âmbito prático tem diferenças intrínsecas, ou seja, seus elementos são individualizados, embora a *ratio decidendi* “constituir o resultado de uma generalização das razões invocadas pela corte que julgou o caso *devidamente apreendido* pelo juiz ou pela corte que deve julgar o novo caso” (2018, p. 110). Assim, percebe-se que para se obter a unidade do direito através dos precedentes judiciais, a *ratio decidendi* é determinante, haja vista que é uma “razão necessária e suficiente para resolver uma *questão* relevante constante do caso” (MARINONI, 2015 p. 224-228).

Destarte, visto que a *ratio decidendi* é elemento fundamental de compreensão de interpretação e aplicação do precedente judicial pois está inteiramente conexa com as razões pela qual se decide e, ao final, caracteriza a particularização do entendimento ao caso, seja qual for o operador do emprego do precedente na decisão, tem-se, por outro lado, o elemento de composição do precedente chamado *obiter dictum*, que se caracteriza por “argumentos expostos acessoriamente na decisão, que não têm influência direta e relevante no juízo decisório” (FINE, 2011 apud SERRA, 2017, p. 134). Para identificação do precedente judicial, se deve analisar os elementos de forma negativa, a fim de compreender que tudo o que não compor a *ratio decidendi*, se caracteriza por *obiter dictum* (SOUZA, 2008 apud SERRA, 2017, p. 134).

Além disso, *obiter dictum* se configura por “considerações marginais estranhas à decisão do caso” ou então “fundamento que não tem a adesão da maioria não se presta à produção de uma *ratio decidendi*” (MELLO;

BARROSO, 2016, p. 29). Dessa forma, todos os pontos não expressivos para a decisão do caso não influenciarão no julgamento, compondo então a *obiter dictum*, ao ponto que certas teses são dispensáveis ao alcance do resultado da decisão (MARINONI, 2019, p. 166).

Não obstante, *obiter dictum* pode ser citado em julgamento ou decisão mesmo não relacionado ao caso, “mas não constitui *proposição necessária para sua solução*” (MITIDIERO, 2015, p. 339). Ou seja, os argumentos que levaram a decisão do caso sem influência significativa compõem *obiter dictum*, mesmo não participando da construção do fundamento jurídico do precedente, assim, apesar de não interferir no dispositivo da decisão em concreto, “não podem ser arguidos como fundamentos determinantes na apreciação fática de casos futuros” (CAMBI, 2014 apud CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 485).

Desta feita, demonstra-se que tudo aquilo que não faz parte da *ratio decidendi* e, conseqüentemente, não gerando efeitos vinculantes para decisões posteriores, compreende-se por *obiter dictum* (MELLO; BARROSO, 2016, p. 47). Por isso, serve como embasamento do julgado, ainda que não constitua “a coluna de sustentação da decisão tomada” (TOSTES, 2001, p. 204 apud CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 486).

Ainda que presente nos julgamentos que levam à caracterização dos precedentes judiciais, *obiter dictum* “não é de todo irrelevante para o sistema jurídico” como apresenta ser, ante a possibilidade de servir para indicar posteriores decisões, ou até mesmo na hipótese de superação de precedentes (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 486). Dito isso, é visível que se considera elemento relevante para identificação de precedente, pois, apesar de não fazer parte da vinculação, frui de força persuasiva (RE, 1994, p. 47-54 apud ANDERLE; OLIVEIRA, 2014, p. 235).

Por um lado, se tem a existência da *ratio decidendi* que se compõe pelos pontos controvertidos do caso que influenciam diretamente na

decisão, já de outra vista, a presença da *obiter dictum*, que se ajusta pelos pontos descartáveis do caso para aplicação ou não do precedente em sede de decisão. Destarte, se pode concluir que “a eficácia obrigatória dos precedentes é, a rigor, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*” (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 486), ao ponto que, o segundo elemento referido, “apenas não produzem – enquanto *dicta* – orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros” mas são extremamente “importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador” (MELLO; BARROSO, 2016, p. 29).

Explanaada a questão referente aos elementos que constituem o precedente judicial, passa-se à análise dos princípios que norteiam sua aplicação, além do emprego do instituto como fonte de direito.

Princípios norteadores de aplicação do precedente e utilização do mecanismo como fonte de direito

Para ocorrer a vinculação de um precedente no sistema jurídico brasileiro, foi necessário balizá-lo junto a princípios, que justificam e promovem a incidência desse instituto. Ainda, como acima já referido, o funcionamento do precedente depende da conservação e preservação da existência dos princípios que o norteiam. Foi diante da necessidade de observação dos princípios, que os tribunais passaram a observar a forma como decidem sobre os casos concretos tendo em vista os julgamentos passados, e uniformizar essas decisões a fim de impedir que, no futuro, não houvesse assimetrias de pareceres na jurisdição.

Assim, os princípios da igualdade e da segurança jurídica são fundamentais para o entendimento do precedente judicial, visto que, as soluções para casos análogos, sendo díspares, estariam ferindo o primeiro princípio acima referido, pois a igualdade está presente no Direito como

um todo, em todos os seus institutos e, assim, se justifica a coerência de incidência do princípio inclusive nos precedentes judiciais (LESSA, 2019, p. 03). Só se permite o tratamento desigual para a formulação de uma igualdade própria, ou seja, quando da existência de fatores que influenciem na desigualdade (MARINONI, 2019, p. 107).

Nessa senda, “o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para conformação do espaço de liberdade de cada um e para a densificação da segurança jurídica” (MITIDIERO, 2018, p. 94). Destarte, a igualdade se mostra indispensável na observância de aplicabilidade desse mecanismo, inclusive no contexto interno da decisão, afim de que os casos análogos tenham tratamento convergente por todos órgãos da jurisdição, tendo em vista o conteúdo do precedente. (MITIDIERO, 2018, p. 94).

Do mesmo modo, a segurança jurídica é vital na análise do precedente, considerando que é “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’” (MARINONI, 2019, p. 92). Assim sendo, não é possível a alteração do conteúdo do precedente criado pelo órgão jurisdicional, sem qualquer motivação, já que foi criado com a intenção de ser obrigatório, pois, do contrário, haveria frustração das expectativas esperadas da própria jurisdição e do sentido desse instituto (LESSA, 2019, p. 03).

De tal forma, a segurança jurídica deve permear tanto o dispositivo legal, quanto a interpretação do mesmo, qual seja, o precedente judicial, tendo em vista que, pelo princípio da legalidade, as decisões devem ter coerência à vista da legislação, por consequência, o precedente não tem a obrigação de criar o direito, pois essa função é destinada ao poder legislativo, então, o mecanismo tem obrigação de afirmar o direito

positivado e garantir a estabilidade da jurisprudência, daí decorre a influência da segurança jurídica (GUTIERREZ, 2019, s/p).

Vista a essencialidade de explanação dos princípios da legalidade, igualdade e segurança jurídica na visualização do precedente e sua aplicação, ainda, é imperioso ter em mente que o *civil law* prepondera suas decisões no direito positivado, sendo que o considera suficiente para garantir a segurança jurídica e igualdade de todos, em contraponto ao *common law* que, com o *stare decisis*, sempre se teve a certeza de que os juízes poderiam proferir decisões diferentes, sendo que a segurança jurídica esteve em paralelo à esse sistema que, inclusive, assentou sua força vinculante com base no raciocínio do precedente judicial (MARINONI, 2019, p. 49).

Não obstante, é visto que o Código de Processo Civil de 2015 assentou o instituto do precedente judicial no sistema jurídico com maior relevância, tendo em vista que estendeu o alcance da eficácia dos precedentes judiciais, onde antes era limitada aos tribunais superiores e, agora, aos tribunais de segundo grau (MELLO; BARROSO, 2016, p. 11). Ou seja, visivelmente se atrelou a ideia da vinculação aos precedentes nas decisões proferidas pelos tribunais, tanto superiores quanto de segundo grau, como dever obrigatório de observância das resoluções dos casos já julgados, daí decorre a incidência do princípio da segurança jurídica e da importância de assegurar a “estabilidade” da prestação jurisdicional.

Ainda, levando em conta o princípio da igualdade para a aplicabilidade do precedente, têm-se a ressalva de que

[...] não se cogita da supressão da livre apreciação da prova, da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, enfim, do exercício do livre convencimento fundamentado. [...] ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar,

de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos do precedente (DONIZETTI, 2015, p. 20).

Destarte, como norma jurídica, mesmo que “secundária”, tem-se em vista a necessidade de parametrizar o precedente judicial ao caso concreto, considerando todos os fundamentos, a fim de resguardar a igualdade do caso concreto quando comparado ao paradigma, resultando na coerência de aplicabilidade do mecanismo, em que pese como norma jurídica.

Técnicas das distinções e superações do precedente

A aplicabilidade do precedente judicial depende de técnicas que se mostrem suficientes para garantir a efetividade da sua incidência, isso quer dizer que, na execução do precedente, se deve observar as chamadas *distinguishing* e *overruling*. Para compreender a técnica de distinção – *distinguishing* – se mostra necessário delinear um confronto entre o caso analisado e o precedente paradigma e, nessa acareação, avaliar a probabilidade de vinculação desse caso em análise, ao tempo em que a *ratio decidendi* do precedente paradigma mostre fundamentalmente pertinente e correspondente ao caso discutido (DUXBURY, 2008, p. 113 apud SERRA, 2017, p. 138). Na hipótese de diferença entre os casos analisados, não deve ocorrer a aplicação do precedente, sendo que os motivos que fundamentaram a distinção devem ser indicados (MELLO; BARROSO, 2016, p. 29-30).

Nessa senda, o que justifica ou não a execução da técnica, é a análise dos fundamentos que tornaram o caso correlato ou distinto, nesta hipótese, serão indicados os pontos que justificam o deslinde da assimetria, configurando, então, a técnica *distinguishing*. Dessa perspectiva:

(...) o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem. (MARINONI, 2019, p. 232)

Na medida em que a técnica desenvolve o sistema jurídico, de outro ponto, acaba por gerar dúvidas quanto à eficiência relativamente aos juízes aplicando a diferenciação de acordo com seu interesse, visto que poderiam recusar um precedente de acordo com seu senso individual (TAQUES, 2019, p. 335).

De forma a evitar quaisquer dúvidas ou intercorrências na aplicação do precedente, é necessário que o julgador indique as razões que o fizeram diferenciar um caso de outro (MELLO; BARROSO, 2016, p. 29-30) e, ainda, evidenciar que a *ratio decidendi* do precedente utilizado pela parte não abrange uma resolução apropriada para o caso (TAQUES, 2019, p. 337).

Assim, denota-se que as teses que fundamentaram a decisão do precedente são carentes para a resolução do caso em análise (MELLO; BARROSO, 2016, p. 30), concluindo-se, portanto, que “apesar da noção de obrigatoriedade, os precedentes não devem ser invocados em toda e qualquer situação” (DONIZETTI, 2015, p. 259).

Nessa perspectiva, a ideia de engessamento do direito em relação ao precedente judicial mostra-se inócua, ante a diferenciação minuciosa entre cada caso diante da necessidade de aplicação do mecanismo. Nesse sentido, por se tratar de uma técnica de característica maleável, “o direito não se petrifica em razão da possibilidade [...] da flexibilização proporcionada pelo *distinguishing*” (ANDERLE; OLIVEIRA, 2014, p. 237).

Da mesma forma, a técnica de superação do precedente – *overruling* – influencia no desenvolvimento do direito, visto que, mesmo alterando o viés do pensamento, foi imperioso chegar à elucidação das falhas do precedente paradigma ao ponto de, posteriormente, operar com precisão uma nova senda de parecer.

Conforme Mitidiero, “a *superação total* de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica¹⁰⁹ ou a um evidente equívoco na sua solução” (EISENBERG, 1991, p. 44 apud MITIDIERO, 2018, p. 115). Ou seja, da mesma forma que com a técnica *distinguishing*, a superação total do precedente também objetiva o desenvolvimento do direito e seu não engessamento, de modo que inexistente a possibilidade de tornar eterna a incidência de um entendimento pelos órgãos jurídicos (DONIZETTI, 2015, p. 260).

Mas, em contrapartida à primeira técnica referida, *overruling* se caracteriza pelo reconhecimento da “existência de fundamento suficiente para o abandono do precedente anteriormente estabelecido” (TOSTES, 2001, p. 212 apud CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 490). Dessa forma, quando se percebe que a *ratio decidendi* de um precedente não mostrou mais adequação à atualidade, ou a incidência de algum parecer jurídico deixar de ser congruente, supera-se o precedente (ANDERLE; OLIVEIRA, 2014, p. 239).

No mesmo sentido, a superação ou revogação do precedente judicial se caracteriza pela “modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação” (DONIZETTI, 2015, p. 261).

Destarte, assim como explorado da técnica da *distinguishing*, “Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência” por

isso, “a revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos válidos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica”, bem como os critérios que emitem as razões para preservar ou estabilizar o precedente (MARINONI, 2019, p. 249-250).

De qualquer sorte, através da superação do precedente é que ocorre sua revogação, sendo que, apesar de o paradigma se adequar à aplicação de algum caso prático atual, não se preserva o precedente em razão da modificação de valores sociais, a instabilidade de sua aplicação ou fatores tecnológicos ou jurídicos (DONIZETTI, 2015, p. 260-261).

Tendo em vista a existência de técnicas que contornam a aplicabilidade do precedente, há que se observar a validade temporal do instituto relativamente à sua superação.

Validade temporal na aplicabilidade do precedente judicial

Observando o sistema *civil law* e seguindo por referência a utilização da lei como principal fonte de direito do sistema, o momento da superação de um precedente, instituto qual possui raízes em um sistema jurídico diferente do qual estamos inseridos, se mostra complexo pois depende de profunda preservação de todos os princípios e elementos que compõem o mecanismo. Nessa linha, “Quando uma decisão diz respeito à sociedade, a sua não observância e revogação têm grande impacto social e, portanto, assumem outros contornos jurídicos” (MARINONI, 2019, p. 354).

A modificação parcial ou a revogação do precedente judicial se sujeitam à devida fundamentação pelo julgador, diante de circunstâncias sociais relevantes para tanto (JESUS, 2014, p. 15). Além disso, submete-se à uma análise de necessidade, sendo que o fundamento que vinha sendo utilizado para resolução de questões passa a se mostrar inadequado ao caso concreto (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 491).

Diante de tal explanação, evidencia-se a noção de confiabilidade do precedente judicial, visto que a confiança e igualdade entre os jurisdicionados relativos ao mecanismo necessitam de proteção (MITIDIERO, 2015, p. 252). Dessa forma, só se garante um ordenamento jurídico estável e confiável mediante as devidas alterações e revogações de precedentes paralelamente ao desenvolvimento jurídico-social.

Essa confiança se dá a partir da vinculação atribuída ao precedente judicial, ou seja, as pessoas passam a estar ligadas e obrigadas a seguir o mecanismo pois inexistem mais opções a se escolher. Portanto, vê-se o efeito vinculativo proporcionado pelo precedente, dessa forma, “para que o direito seja observado, basta a existência de um *meio geral* capaz de forçar a sua realização” (MITIDIERO, 2020, p. 50-51).

A competência para validar a aplicação e retirar a eficácia dos precedentes pode ser exercida pelo órgão também responsável pela sua formação (MITIDIERO, 2018, p. 116). Mas, para que ocorra a revogação, é necessário evidenciar que o posicionamento que vinha sendo aplicado não poderá mais suceder nos próximos julgados. Importante demonstrar, ainda, que as “novas razões são boas”, mas que “as antigas razões não podem subsistir em face das suas novas razões” (MARINONI, 2019, p. 355-356).

Portanto, resume-se a necessidade de revogação do precedente diante de modificações sociais e jurídicas, visto a imprescindibilidade de o direito acompanhar a realidade social. Assim, na concepção de Marinoni:

(...) quando essas novas razões estão fundadas na alteração dos valores sociais, no desgaste do precedente na própria Corte Suprema, na alteração da concepção geral acerca do direito ou em equívoco na formulação do precedente, e, ainda, os valores da confiança justificada ou da isonomia não determinam a manutenção do precedente, preferindo-se a sinalização de que

ele em breve deverá ser revogado para que não ocorra “surpresa injusta”.
(2019, p. 356)

A referida “surpresa injusta” é vedada, pois, a Constituição Federal visa determinada previsibilidade de decisões como forma de garantia da segurança jurídica (DONIZETTI, 2015, p. 262-263). Portanto, “os critérios que devem regular a modulação da temporalidade dos efeitos da decisão que revoga o precedente estão situados no local em que se busca a ‘confiança justificada’, cujo valor reflexo [...] é a prevenção contra a ‘surpresa injusta’” (MARINONI, 2019, p. 357).

No mesmo sentido, para melhor coordenação da justiça e evolução de uma sociedade onde o direito é considerado, a previsibilidade é essencial (MARONINI, 2015, p. 431-450 apud CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 466).

Destarte, observa-se que o mecanismo do precedente judicial segue os contornos da evolução social e jurídica e que influenciam diretamente em sua revogação. Diante da necessidade de certa previsibilidade de decisões desenvolvida a partir da vinculação do precedente judicial, nota-se que o instituto é dotado de validade até o momento em que as alterações no mundo fático operem como forma a interromper seu uso.

Aspectos positivos de aplicação da técnica *overruling* do precedente judicial

A maior preocupação em um sistema jurídico está conexa com a segurança que o mesmo produz em seu próprio ambiente, se as normas estão sendo seguidas, e se possui legítima efetividade para prosseguir gerando os efeitos que são buscados. Nessa senda, quando se discute a ideia de superar um entendimento, como opera a técnica da *overruling* no instituto dos precedentes judiciais, é nítido que o objetivo do mecanismo,

em atuar seguindo a evolução da sociedade, está sendo cumprido. De acordo com essa sistemática:

Poder-se-ia definir a teoria de *overruling* como o conhecimento especulativo, metódico e organizado, de caráter hipotético e sintético, que visa conferir racionalidade e unidade ao direito e estabilidade ao sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) por meio da densificação da segurança jurídica e da promoção da liberdade e da igualdade da ordem jurídica, numa perspectiva lógico-argumentativa de interpretação, que impõe a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação de precedentes e o respeito a eles, como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. (ROCHA, 2018, p. 86)

Dessa feita, além de considerar os valores de estabilidade em que se sustentam, inclusive devendo dar a credibilidade e prioridade à estabilidade antes de se optar pela revogação, os precedentes, para serem revogados, dependem de uma justificação plausível, para não constituir em um resultado prematuro (MARINONI, 2019, p. 355). Além disso, “a consideração da igualdade e da confiança justificada no precedente importa para que os efeitos temporais da decisão não apanhem o jurisdicionado de forma injusta” (MARINONI, 2019, p. 355).

Por isso, se mostra imperiosa a superação de um precedente quando todos os aspectos externos demonstram essa necessidade, pois no momento em que “o precedente carece de congruência e consistência ou é evidentemente equivocado, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica, liberdade e igualdade – deixam de autorizar sua replicabilidade” (MITIDIERO, 2018, p. 115), de forma que, ao fim, deve ser superado, pois do contrário a evolução contínua do direito se faria estancada, ou melhor, engessaria (MITIDIERO, 2018, p. 115).

A congruência social e a consistência sistêmica fazem parte da manutenção de aplicação do precedente judicial. Quando existe alteração

dessas razões, torna-se precisa a superação do mecanismo, sem contar que, na hipótese de não ter sido sinalizada a revogação pela Corte, ocorre a chamada *prospective overruling*, postergando os efeitos da alteração de entendimento (ANDERLE; OLIVEIRA, 2014, p. 315). A referida postergação está prevista no parágrafo 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil, versando sobre a modulação dos efeitos e permitindo a mudança eficaz do precedente (MITIDIERO, 2015, p. 340).

A referida modulação dos efeitos visa, exclusivamente, o interesse da sociedade e a segurança jurídica para não causar a mencionada surpresa injusta, pois “os tribunais devem agir com probidade e boa-fé objetiva, a fim de impedir abusos e alterações desnecessárias e prejudiciais aos litigantes, tendo como norte evitar a estagnação do direito” (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 491).

No mesmo sentido, visando a evolução do sistema, a utilização da técnica *overruling* “promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo”, se operando, portanto, a revogação do precedente, na hipótese da injustiça justificada do precedente, como forma de preservação da estabilidade jurídica (PEIXOTO, 2016, p. 123).

Há que se observar após a explanação da técnica de superação do precedente, portanto, exemplos práticos de julgados que ocorreram na sociedade jurídica brasileira e que tiveram por conclusão suas teses modificadas.

Precedente judicial frente ao desenvolvimento social e jurídico: análise de julgados com alteração de teses aplicadas

Diante da explanação acerca de todos os princípios que envolvem o precedente judicial, além dos elementos de composição e as técnicas de superação e distinção desse instituto, é visto que a vinculação dos precedentes judiciais ao desenvolvimento judicial do ordenamento jurídico é essencial, nessa senda, Donizetti conclui que tudo depende de motivação,

ou seja, fundamentação, pois com ela se demonstra a eficiência dos precedentes judiciais e se avalia o exercício da jurisdição (2015, p. 271).

Isso se buscou com o Código de Processo Civil de 2015, pois o alto quadro de demandas e suas conclusões delongas mostraram a necessidade de vinculação dos precedentes, a fim de amenizar incertezas e desigualdades nas decisões de casos idênticos (MELLO; BARROSO, 2016, p. 47).

Entretanto, por ser um instituto incluído recentemente ao ordenamento jurídico brasileiro, quando ocorre a alteração de algum entendimento já consolidado pelas cortes, gera diversas dúvidas aos jurisdicionados e resulta em instabilidade do sistema. Por isso, a importância da manutenção do precedente como prioridade na atual situação do direito pátrio, sendo, destarte, a superação como “última opção a ser feita pela corte” (PEIXOTO, 2016, p. 132).

Exemplo disso, foi a prisão em segunda instância no âmbito do direito processual penal, a qual divide opiniões quanto a sua constitucionalidade, relativas à possibilidade ou não de cumprimento provisório da pena sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em contrapartida a violação do princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal (CODO, 2018, p. 85).

O debate iniciou com a publicação da Constituição Federal, tendo o Superior Tribunal de Justiça se posicionado de forma que a liberdade tolhida do indivíduo não violaria a presunção da inocência, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, unificados os julgamentos, foi redigida a Súmula 9 do STJ. Posteriormente, em 2009, o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento, julgando o *habeas corpus* nº 84.078, no sentido de que poderiam, os acusados, recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória (CODO, 2018, p. 83-85). Dessa forma, preferenciando o princípio da presunção da inocência, foi publicada a ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (ST, Pleno, HC 84.078, Tel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009 apud CAMARGO; SOUZA, 2020, p. 142)

Dessa feita, evidencia-se a mudança de posicionamento sem uma prévia sinalização da alteração de tese, configurando, de certa forma, instabilidade jurídica e insegurança aos jurisdicionados, conduzindo incertezas sobre os futuros julgamentos a partir de tal decisão, mesmo com maior reconhecimento ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Entretanto, após sete anos de reiterados julgamentos em tal acepção, com maior índice de violência social e informações sobre grandiosos esquemas de corrupção levados ao conhecimento público, o Supremo Tribunal Federal, novamente, alterou sua concepção a respeito do início do cumprimento de pena previamente ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória “quando se tratasse de casos em que a decisão condenatória tivesse sido proferida em segunda instância” (CODO, 2018, p. 86-88). Através do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, o Supremo Tribunal Federal, diante da situação política e econômica evidenciada, variou sua interpretação referente ao princípio constitucional, relativizando o mesmo e permitindo a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o acórdão embargado, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”

2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios. 3. Embargos de declaração rejeitados. (CAMARGO; SOUZA, 2020, p. 142-143)

Verificou-se, nesse caso, relacionando a decisão ao mecanismo dos precedentes que, o Supremo Tribunal Federal, entendeu por melhor relativizar o princípio constitucional da presunção da inocência ao verificar sérias mudanças no âmbito social e político da época.

Ocorre que, no ano de 2019, três anos após a última mutação do entendimento pela Corte, houve o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, tendo o Supremo, repisado a ideia no

sentido da impossibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, observando, portanto, a imprescindibilidade da análise do princípio da presunção da inocência previsto na Constituição Federal (CAMARGO; SOUZA, 2020, p. 143).

Mais uma vez, portanto, observa-se a alteração no entendimento da Corte, revogando anterior posicionamento de forma a inclinar princípio constitucional. Tais variações foram caracterizadas pela insegurança jurídica causada no conjunto social.

Mas, tendo em vista que a oscilação de decisões leva à impossibilidade de harmonizar e tornar singularizado os posicionamentos frente a certo assunto, “se faz necessário retomar a integralidade do direito e a coerência da ordem jurídica”, para evitar a instabilidade da sociedade jurídica (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017, p. 470).

No presente caso demonstrado, dúvidas não pairam de que a alteração do posicionamento necessitava de maior “ônus argumentativo”, além da devida fundamentação (PEIXOTO, 2016, p. 134), sob pena de gerar instabilidade aos jurisdicionados, sendo que foi o que ocorreu.

Dessa forma, como constatado anteriormente, a necessidade de superar um precedente judicial deve ser a última opção do operador do direito, quando inexistir qualquer caminho a ser seguido, tendo em vista a necessidade de preservação máxima da confiança aos jurisdicionados relativa ao sistema jurídico. Além disso, importante referenciar que na hipótese de carência de alteração de teses aplicadas nos julgamentos frente às significativas mudanças sociais, não há que se olvidar sobre a hipótese de superar o entendimento e adequar nova razão às necessidades sociais.

Considerações finais

Diante de tal pesquisa, há que se concluir que o sistema de precedentes judiciais demonstra maior garantia e confiança na tomada de

decisões aos jurisdicionados, visto que se caracteriza por reiterar julgamentos com a mesma tese argumentativa para casos que se mostrem análogos, ou seja, assegura aos destinatários do direito maior segurança jurídica e estabilidade do sistema no proferimento de julgamentos.

Nesse sentido, para identificação e facilitação na aplicabilidade do precedente, leva-se em consideração os elementos que compõem o precedente judicial, quais sejam, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sendo que aquela demonstra as razões pela qual se atinge a decisão e, esta, pelos pontos marginais do julgamento que não fazem parte dos fundamentos pelos quais se decide, mas que, ainda assim, são relevantes na hipótese de se operar possível distinção ou revogação de um entendimento.

Dessa forma, a inserção do mecanismo no Código de Processo Civil foi fundamental para concretizar os princípios que balizam a incidência dos precedentes judiciais, confirmando, ainda mais, a segurança jurídica e, conseqüentemente, o não engessamento do sistema, diante da necessidade observância dos elementos que compõem o instituto, além das técnicas de *overruling*, a qual supera certo entendimento já consolidado e de *distinguishing*, a qual influi diretamente na comparação de um caso e outro para, finalmente, aplicação ou não do precedente à determinado caso.

A validade temporal de aplicação de precedentes judiciais depende, tanto da evolução social e jurídica, como da técnica de superação do mecanismo, pois, de nada adiantaria reiterar a aplicação de um precedente que não corresponde às necessidades de uma realidade social. Por isso, a importância de o direito estar em consonância com o desenvolvimento de todos os nichos, sejam culturais, jurídicos, científicos, tecnológicos, sociais e políticos.

Além disso, por certo que o instituto visa garantir a uniformidade das decisões judiciais, mas, por certa ausência de execução em longo prazo,

ainda carece de reiterada prática para que não gere instabilidades no ordenamento como um todo, como por exemplo as decisões colacionadas sobre a matéria de prisão em segunda instância relacionada ao princípio da presunção da inocência. Tais decisões ainda geram debates e hesitação social relativa à instabilidade do ordenamento, pois as mudanças de entendimento influenciaram diretamente na insegurança jurídica.

Destarte, é necessário que os órgãos julgadores observem todos os requisitos que o instituto do precedente judicial demanda, principalmente na hipótese de revogação o mesmo, sinalizando uma possível alteração de tese, além de modular os efeitos para restringir a eficácia temporal das decisões, gerando efeitos prospectivos, ou seja, exclusivos para o futuro.

Por conseguinte, como amplamente demonstrado quanto ao sistema jurídico pátrio, que se funde nas decisões pautadas, preponderantemente, em norma legislativa, a vinculação do precedente judicial se mostra imperiosa para garantir a uniformização de decisões e estabilidade do ordenamento como forma de sustentar a segurança e confiança em uma sociedade jurídica. Para tal alcance, os órgãos julgadores devem observar os requisitos necessários de incidência do precedente e seu pleno funcionamento, sob pena de ferir e causar transformações inseguras ao instituto e, portanto, ao sistema jurídico e social.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2020.
- CAMARGO, Caroline Leite de; SOUZA, Nicolle Rodrigues de. **A constitucionalidade das interpretações do Supremo Tribunal Federal**: uma análise acerca da prisão em segunda instância. Interfaces Científicas - Direito, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 134-148, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/8389>. Acesso em: 18 jun. 2021.

- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. **Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 978, abr. 2017. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/23641>. Acesso em: 19 mai. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.
- CODO, Nathália Ferreira dos Santos. **A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à prisão depois da condenação em segunda instância**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 998, p. 373-397, dez. 2018.
- DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 11, p. 250-272, 2015. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/264>. Acesso em: 19 mai. 2021.
- GUTIERREZ, Emílio Sobrinho. **A doutrina dos precedentes no Código de Processo Civil**. Âmbito Jurídico, 11 set. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-doutrina-dos-precedentes-no-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 08 jun. 2020.
- JESUS, Priscilla Silva de. **Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil**, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>. Acesso em 19 mai. 2021.
- LESSA, Renato Nascimento. **A teoria dos precedentes judiciais à luz dos princípios da segurança jurídica e da igualdade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 24, n. 5869, 27 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69694>. Acesso em: 14 set. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MELLO; Min. Luís Roberto Barroso (autores convidados) P. P. C. M. P. C. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU. Distrito Federal, v. 15, n. 03, p. 09-52, 23 set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 19 mai. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 333-349, jul. 2015. 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.245.12.PDF. Acesso em: 22 mai. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas Cortes Supremas**: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. **O sistema de precedentes no CPC projetado**: engessamento do direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 307-324, jun. 2014.

PEIXOTO, Ravi. **A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo Comparado, v. 3, p. 121-157, jan./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF. Acesso em: 16 jun. 2021.

ROCHA, Leonardo Bolelli da. **A teoria do overruling à luz de Robert Alexy**: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 110, n. 1, p. 77-89, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/download/340/80>. Acesso em: 23 out. 2020.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131. Acesso em: 16 jun. 2021.

TAQUES, Fernanda Rennhard Biselli Taques. **Técnicas de Distinguishing no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v. 289, p. 333-353, mar. 2019.

Alienação parental: uma análise hermenêutica do instituto e da influência psíquica na criança

*Kessiane Rother*¹

1. Introdução

Compreendido pelo ordenamento jurídico brasileiro, o instituto familiar evoluiu ao longo dos anos, sofrendo significativas mudanças diante dos novos valores e demandas sociais, em luta pela igualdade entre homens e mulheres, até culminar no modelo de família moderna, baseada fundamentalmente nos laços de afeto. Cumpre observar que além das relevantes modificações sociais, há de se levar em conta os novos regulamentos jurídicos como a Constituição de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente que desenvolveu a equiparação dos direitos e deveres dos pais e das mães, de maneira que cabe a ambos educar e zelar pelo filho, independentemente do vínculo conjugal existente entre os progenitores.

Com a facilidade de dissolução conjugal dos progenitores, houve um aumento relevante no número de divórcios, e partir deste momento é necessário averiguar o estabelecimento da guarda do menor. Não se trata de uma tarefa fácil, pois há ainda sentimentos amargurados diante do término, que tendem os progenitores a querer se vingar utilizando a criança como instrumento, deixando de lado o melhor interesse da criança e do adolescente. Dentre os males advindos da ruptura dos laços conjugais, surge a alienação parental como comportamento verdadeiramente nocivo às crianças e adolescentes.

¹ kessianerother@gmail.com

O objetivo do presente trabalho é buscar dados que alicercem as propostas elencadas na pesquisa, com o intuito de propor soluções que apaziguem ou extingam as causas de conflitos entre os detentores da guarda e os menores alienados.

2. O instituto da família no contexto contemporâneo

O instituto familiar é o agrupamento conhecido como mais antigo e vêm passando por diversas transformações ao longo dos anos. Todo o ser humano nasce através de uma família e busca por laços familiares com outros membros pelo resto de sua vida, sejam estes laços biológicos ou afetivos. Em todo o âmbito histórico, o ser humano viveu em aglomerado, seja por razões psicológicas, sociais ou econômicas, não sendo possível desenvolver de forma solitária. Desta forma, as famílias se desenvolveram, muito antes da civilização, do direito e até mesmo das religiões.

O instituto da família foi identificado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança - Decreto nº 99.710/1990, como “núcleo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular, as crianças”, as quais deverão receber a proteção e assistência necessária para que possam assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 17) o Direito de Família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. No Código Civil de 1916, o conceito de família estava atrelado ao modo como ela se constituía, assim o casamento era fundamental para tornar aquela família legítima ou ilegítima. Desta forma, apenas era considerada família a patriarcal, patrimonial e heterossexual,

ou seja, a família constituída pelo casamento. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o Código Civil de 2002, foi consagrado o princípio da igualdade entre os homens e as mulheres passando a serem protegidos ambos de forma igualitária.

Na visão de Dias e Pereira (2005, p. 5), adveio o Código Civil de 2002, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais – é bem verdade -, procurando adaptar-se à evolução social e dos costumes, observada com maior ênfase nos anos que circundaram a passagem do milênio, e também incorporando as mudanças legislativas sobrevindas do período. Devido a diversos aspectos, sejam eles sociais, políticos e econômicos o instituto da família passou por transformações e atualmente não existe um conceito restrito de família, possuindo várias formas de constituição e união dos membros familiares, que são reconhecidos no ordenamento jurídico como família.

Dentro deste quadro de acepções, eis o conceito de família que mais se adapta aos novos tempos e recentes regramentos e pronunciamentos jurídicos: o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais, morais e afetivos, em união pública e duradoura, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados, ou por duas pessoas ainda que do mesmo sexo (RIZZARDO, 2019, p. 12).

2.1 Poder familiar

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o poder familiar era denominado poder pátrio e deveria ser exercido exclusivamente pelo pai, enquanto na atualidade é dever conjunto dos pais. Diante das mudanças e evoluções sociais, o exercício passou a ser feito por ambos os pais reforçando a proteção e a importância de ambos os genitores no

desenvolvimento do filho, razão pela qual a expressão foi substituída desde o advento do Código Civil de 2002 por Poder Familiar.

Para o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 412) o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Com relação à titularidade do poder familiar, dispõe a Constituição Federal de 1988 no artigo 226 §5 que Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; da mesma forma no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.631 garante o exercício por ambos os pais. Importante ressaltar que tal atribuição à ambos os pais, também foi ressaltada com advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente no que tange em seu artigo 21 que se refere a igualdade entre homens e mulheres em relação a seus filhos.

Entende-se por poder familiar os direitos e deveres conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como para a preparação da vida. O instituto constitui um múnus público, ou melhor, um encaminhamento sobre os filhos e seus bens, pois o Estado determina as normas para o seu exercício, interessando o seu bom desempenho. Assim, o poder familiar é irrenunciável, não podendo ser renunciado pelos genitores nem transferido a terceiros, a não ser em caso de adoção, onde haverá a destituição do poder familiar. Ainda, é indispensável no próprio cumprimento das atribuições dos pais, sendo de sustento e educação dos filhos, e por isso não podem ser cerceados em determinados atos, como a necessidade de estudos, estabelecimento de ambientes propícios para o bom desenvolvimento, e ainda adquirir capacidade para administrar seus próprios bens.

Da mesma forma, conforme leciona Sílvio Salvo Venosa (2017, p. 354-355), o poder familiar é indisponível. “Decorrente da paternidade natural

ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros”. Assim, os pais que consentem na adoção não transferem o poder familiar, e sim renunciam. Então, por livre vontade os pais não podem renunciar ao poder familiar, sendo este um elo entre pais e filhos.

Por fim, o poder familiar é imprescritível, pois não se extingue, mesmo que jamais possa ser exercido por alguma circunstância, somente podendo perdê-lo nos parâmetros legais. É de suma importância a função desenvolvida pelo pai e pela mãe, para o desenvolvimento do indivíduo que está em formação, dando a eles a direção, criação e educação, e esses deveres compete a ambos os cônjuges, mesmo que separados, deverão dividir as funções e proporcionar o desenvolvimento da criança e do adolescente (o artigo 1.634 do Código Civil discorre sobre as atribuições daqueles que exercem o poder familiar).

Além das atribuições expressamente previstas, é notório que aos pais, ou a quem exercer o poder familiar, caberá adotar todas as providências necessárias para o sadio desenvolvimento da criança, para que se possa encarar a vida adulta. A suspensão do poder familiar (prevista no artigo 1.637 do Código Civil) é uma punição aplicada aos genitores por uma infração aos deveres que lhe são inerentes, sendo estabelecida por meio de decisão judicial e devendo perdurar enquanto por necessário para o melhor interesse da criança.

De acordo com Maria Berenice Dias (2005, p. 160), a suspensão pode ser total ou parcial, para a prática de determinados atos. Esse é o sentido da medida determinada pelo juiz, para a segurança do menor e de seus haveres. A suspensão em relação a um dos pais concentra o exercício do poder familiar no outro, salvo se for incapaz ou falecido, para o que nomeará tutor. A suspensão total priva o pai ou a mãe de todos os direitos que emanam do poder familiar.

Assim, a suspensão do poder familiar é a modalidade de interdição do poder familiar menos severa do que a destituição, pois, via de regra é de forma temporária e pode ser revista. Poderá ser decretada, em face liminar, nas ações de destituição do poder familiar, como dispõe o artigo 157, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim caberá ao juiz decidir acerca da convivência familiar e do tempo em que será necessário a aplicação da suspensão do poder familiar, de maneira que, cessados os motivos que levaram a determinada motivação judicial, poderá haver o restabelecimento da autoridade parental, sempre prevalecendo o melhor interesse dos filhos menores.

A destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais, que levará ao fim do poder familiar em decorrência dos casos elencados no artigo 1.638 do Código Civil. Por se tratar de uma medida grave, deve ser muito criterioso o juiz que determinará a destituição do poder familiar, pois além de punir os genitores, poderá acarretar em consequências para os filhos que estão em pleno desenvolvimento. Cumpre observar, que a falta ou a carência de recursos materiais não constituem motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, conforme o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A perda do poder familiar é permanente, não se pode dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de carácter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas a que determinaram. É imperativa, e não facultativa. Abrange toda a prole, por representar um reconhecimento judicial de que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício, é o que leciona o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 434).

Por fim, a extinção do poder familiar ocorrerá em caso de morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial de acordo com o artigo 1.635 do Código Civil.

2.2 Princípio da afetividade e do melhor interesse da criança

Diante de uma breve análise histórica, é possível perceber que a afetividade nem sempre esteve presente na origem dos vínculos familiares. Da antiguidade até a Idade Média, os aspectos religiosos eram de grande importância para o relacionamento familiar (CALDERÓN, 2017, p. 22). Com a Idade Média, a expansão da religião cristã altera as características da sociedade. O líder espiritual deixa de ser o pai de família, passando ao clero. Entretanto, a figura masculina continua dominante e o afeto não é base para constituição de família, pois apenas o casamento é que a origina. Portanto, mantêm-se as mesmas características: religiosidade e patriarcado. Como é a sociedade quem perfila na frente do Direito, coube a este se adaptar às alterações dela, o que tornou perceptível a necessidade de revisão da noção clássica dos institutos de direito de família para que melhor correspondessem aos conflitos contemporâneos (CALDERÓN, 2017, p. 142).

O princípio da afetividade fundamenta-se na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade social e na igualdade entre os filhos. A afetividade tornou-se um princípio que rege as relações familiares, passando a ter valor jurídico a ser tutelado pelo Direito de Família. Destarte, o princípio da afetividade no contexto contemporâneo passou a ser norteador das relações familiares, onde se valoriza as relações de afeto, inclusive, quando deve ser tomada uma decisão judicial.

O princípio do melhor interesse por sua vez, significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares,

como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LOBÔ, 2018, p. 76).

Inobstante o princípio não esteja expressamente previsto na legislação, a Constituição Federal promulgada em 1988, consagrou a Doutrina da Proteção Integral, definindo crianças e adolescentes como prioridade absoluta nas condutas e elevando a convivência familiar a direito fundamental da infância, conforme preceitua o artigo 227, e de acordo ainda está o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com Paulo Lobô (2018, p. 76), o princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Da mesma forma, o princípio está inserido na proteção integral da criança e do adolescente, que está expresso no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que por sua vez se originou na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

A proteção integral conferida às crianças e adolescentes através dos referidos dispositivos legais, consagra-se no fundamento de que são sujeitos de direito em plena formação, e por esta razão encontram-se frágeis e vulneráveis. Assim, deverão ter seus direitos resguardados e respeitados pela sociedade, pelo Estado e por seus genitores.

Cabe ressaltar que além de serem resguardados e respeitados os direitos das crianças e adolescentes, eles deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, considerando o carácter social da legislação e a condição apresentada por estes seres humanos em desenvolvimento. Assim sendo, o Poder Judiciário nas ações que envolvam direito de família e guarda dos filhos menores, prioriza a tutela do

princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fundamentando suas decisões nesta proteção integral.

É necessário analisar quem atenderá ao melhor interesse da criança e do adolescente, quem proporcionará as melhores condições de ensino, educação, moradia, noções de higiene e bons hábitos, alimentação correta, bem como a relação de afeto que melhor atenderá ao infante.

3. O conceito e a origem da alienação parental

Todo vínculo conjugal tem como característica intrínseca às expectativas de um cônjuge em relação ao outro, bem como a satisfação das suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social, conforto, entre outros. Sabe-se que a ruptura do enlace traz consequências para ambas as partes, em especial, para as crianças, que estão em pleno desenvolvimento e por isso não possuem formação integral.

A alienação parental surgiu a partir da experiência de perito judicial desenvolvida por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América. Gardner, denominou como Síndrome da Alienação Parental, na tentativa de incluir no rol do DMS-IV (Manual de Diagnóstico e Estatísticas dos Transtornos Mentais, buscando facilitar o tratamento.

A prática da alienação parental desenvolve-se neste cenário de dissolução dos laços conjugais, onde um dos cônjuges não aceita esta mudança, seja por sentimentos de abandono, rejeição e até mesmo traição, e acaba utilizando do filho para atingir o ex-companheiro. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge (DIAS, 2012).

Bastos (2019, p. 110) salienta que a alienação parental decorre do fracasso na aceitação do término de uma relação, utilizando-se,

frequentemente, de manobras nefastas, como acusações de incesto advindas de abusos sexuais, ficando o Estado, enquanto guardião da aplicação do Direito e assumindo o dever legal de proteger prioritariamente o menor, diante de situação de xeque.

Trata-se, como dito, de um distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas de interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor. Infelizmente, não compreendem, esses pais, que a utilização do filho como instrumento de catarse emocional ou extravasamento de mágoa, além de traduzir detestável covardia, acarreta profundas feridas na alma do menor, vítima dessa devastadora síndrome (GAGLIANO, 2014, p. 614).

Neste cenário, há então a figura do alienador, alienante e da criança/adolescente que são tidos como vítimas nestes processos. A figura do alienador não está restrita aos genitores propriamente dito, pai e mãe, os avós poderão também integrar o polo de alienador, assim como qualquer pessoa que tenha autoridade e seja responsável pela criança ou adolescente.

Cabe acentuar, ainda que o arranjo familiar não seja composto pela genitora ou genitor da criança/adolescente, o responsável familiar deverá zelar e propiciar um ambiente saudável para que este ser humano em formação desenvolva-se adequadamente, de forma digna. Decorre do texto constitucional, em especial nos artigos 226 e 227 (BRASIL, 1988), que a família é a base da sociedade e por isso possui proteção do Estado, devendo assegurar dignidade e convivência familiar, dentre outros deveres. A criança que está sendo utilizada como instrumento de agressividade entre os cônjuges passa a se afastar de quem ama e de quem a ama, diante inverdades que lhe são ditas, as quais muitas vezes passam a ser entendidas como fatos que realmente aconteceram.

Nas brilhantes palavras de Venosa (2017, p. 369), trata-se de abuso emocional de consequência graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor. Na visão de Lobô (2018,

p. 203), não é qualquer conduta de um genitor separado em relação ao outro que caracteriza a alienação parental. Há de se ficar comprovada a interferência na formação psicológica permanente da criança ou adolescente, ou efetivo prejuízo ao contato ou convivência com o outro genitor e seu grupo familiar, ou às relações afetivas com estes.

Com o intuito de proteger os direitos individuais das crianças e adolescentes, vítimas da alienação, bem como aplicar sanções às condutas praticadas pelos alienadores, foi publicada em 26 de agosto de 2010, a Lei da Alienação Parental nº 12.318. O artigo 2º define:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Oportuno distinguir a Síndrome da Alienação Parental da Alienação Parental, propriamente dita. Como já visto, a alienação parental é a conduta desenvolvida pelo alienador, que busca afastar o filho do outro genitor, causando consequências psicológicas ao menor em pleno desenvolvimento. No entanto, a Síndrome da Alienação Parental consiste nas consequências ao menor que é afastado de sua convivência familiar.

3.1 Condutas do alienador e a implementação de falsas memórias

Em um primeiro momento, cabe destacar que o alienador não necessariamente deve ser um dos genitores, podendo ocupar este polo, os

avós, os tios, ou então qualquer pessoa que tenha autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente, é o prevê o artigo 2º da Lei da Alienação Parental (Lei n 12.318/10). O alienador é aquele indivíduo que age no intuito de desmoralizar, desconstruir e romper os laços afetivos da criança/adolescente para com o outro genitor. Em alguns casos de forma intencional e em outros não, o alienador acaba por afastar a criança e restringir o seu direito à convivência familiar com o genitor alienado.

Phillips Douglas Freitas (2015, p. 26) refere que esta conduta, intencional ou não, desencadeia uma campanha de modificação nas emoções do alienador e da criança, na sequência, que faz esta produzir um sistema de cumplicidade e compreensão da conduta do alienante, ora justificando, ora praticando (a criança) atos que visam a aprovação do alienante que joga e chantageia sentimentalmente o menor, com expressões do tipo: “você não quer ver a mãe triste, né?”, entre outras. Normalmente, o genitor alienador é emocionalmente frágil e superprotetor, não aceita a separação, sente-se rejeitado ou traído pelo ex-cônjuge e move-se por um sentimento de vingança pela suposta rejeição sofrida, o que leva a desejar punir o ex- companheiro, privando-o de manter uma relação de afeto e amor com o filho (2012, p. 63).

Bastos (2019, p. 134) identifica como alienante aquela pessoa que impõe meios para afastar um dos genitores da criança, implementando situações que os desqualifiquem ou mesmo os dois simultaneamente, cujo objetivo principal é que a criança alimente rancor, repulsa, e/ou um medo insuperável do adulto alienado, tornando-se impossível a convivência entre eles.

Não se trata de tarefa fácil a identificação das características dos alienadores, haja vista que em se tratando de alienação parental, diversas podem ser as condutas desenvolvidas, a depender do caso concreto (o artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 traz um rol meramente exemplificativo de

diversas formas de ocorrência da alienação parental). Em um estágio inicial as interferências são pequenas, como deixar de passar o celular para o filho quando o outro genitor liga, a fim de parecer que o genitor alienado não está buscando contato com a criança ou adolescente. Outras condutas que podem ser praticadas pelo alienador, são denegrir a imagem do genitor alienado; omitir informações importantes referentes as atividades desenvolvidas na escola, para que o genitor não saiba e assim não participe com o filho; organizar e planejar atividades diferenciadas com a criança ou adolescente no período de visitação, presentear a criança com presentes melhores e diferentes daqueles dados pelo alienado.

O genitor alienador ou o responsável pela criança que desenvolve atos de alienação parental não percebe que acaba por ferir direitos fundamentais das crianças e adolescentes, expressamente previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente bem como na referida Lei da Alienação Parental.

O genitor alienante esquece-se do seu dever de cuidado, zelo, preservação e respeito do amor do filho para com o outro genitor, seja ele pai ou mãe, assim como que deverá proporcionar um ambiente saudável de convivência com o genitor não-guardião e seus familiares. Esquecendo-se desses deveres, utiliza-se da criança como “meio de campo” para desmoralizar o alienado e dificultar o convívio familiar.

Uma das condutas praticadas pelo alienante é a implementação de falsas memórias, o que alguns autores denominam de “lavagem cerebral”. Oportuno salientar que, é considerada a conduta mais agressiva para as crianças e adolescentes, haja vista que tal fato é tido como verdadeiro e acarretará em prejuízo para as vítimas e para o genitor alienado. As falsas memórias consistem em recordações de fatos, que na verdade, nunca aconteceram ou então aconteceram, mas foram contados de forma totalmente diferente às crianças/adolescentes. Essas situações narradas

geralmente envolvem “abuso sexual”, e na grande maioria dos casos levam à separação do filho para com o genitor alienado.

Considerando as emoções e sentimentos gerados pela ruptura do vínculo conjugal dos genitores, podemos dizer que a criança/adolescente se encontra frágil e vulnerável às falsas memórias, ou seja, aceita como verdade e é convencida da existência do fato, passando a reproduzido às autoridades policiais, Conselho Tutelar, Ministério Público, Juiz, e demais profissionais envolvidos.

Desta forma, instaurada a falsa acusação de abuso sexual, que geralmente é imputada ao genitor, leva-se ao conhecimento do Poder Judiciário, que analisando a situação concreta e gravidade dos fatos noticiados, acaba por suspender liminarmente as visitas com o genitor alienado e determinar estudos psicológicos e sociais a fim de investigar se os fatos são verdadeiros. Cabe ressaltar que as consequências serão drásticas para o genitor alienado, uma vez que o processo criminal poderá gerar condenação e privação de sua liberdade, bem como poderá gerar o afastamento do agressor da moradia comum, conforme prevê o artigo 130 (BRASIL, 1990) do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2 Consequências psicológicas na criança alienada

A ruptura conjugal, por si só, acarreta em consequências emocionais para os filhos, uma vez que estes deixarão de conviver diariamente com um dos pais. Quando se fala em prática de atos de alienação parental, sabemos que as consequências são ainda mais drásticas, pois as partes encontram-se em um cenário de conflitos, disputas e mágoas.

A criança/adolescente, vítimas da alienação parental, são os mais prejudicados pois não possuem estrutura emocional e psíquica para entender o que está acontecendo e acabam ficando com “sequelas”, que poderão perdurar pela fase de adolescência, e, até mesmo na vida adulta.

A criança, além do fato de perder o contato e vínculo com o genitor alienado, terá seus pensamentos e sentimentos interrompidos e coagidos em direção a determinados padrões patológicos. Essa atividade degradante perdurará até que cessem os abusos por parte dos pais e seja introduzido um tratamento psicológico adequado. A criança vítima da alienação parental, todavia, poderá também ser um adulto que pratica os atos abusivos, por ter sofrido deste mal na infância (SOUZA, 2017, p. 156-157).

Uma das consequências mais relevante para as vítimas de alienação parental, é sem dúvidas, o rompimento do vínculo afetivo entre a criança/adolescente e o genitor alienado. Dentre outras consequências psicológicas que podem ser apresentadas está a depressão, a baixa estima, transtornos de déficit de atenção, hiperatividade, e transtornos de ansiedade. De salientar que esta situação é agravada quando se associa a este fator o ingrediente de atos alienativos, implicando em uma sobrecarga de sentimentos na criança, que deverá lidar com os seus próprios e com aquele imposto pelo genitor alienante e com o conflito de lealdade existente (BASTOS, 2019, p. 179).

Os filhos de pais superprotetores, como é comum no comportamento do genitor alienante, tornam-se inseguros, ansiosos e dependentes, isto sem esquecer as consequências físicas desses característica de abuso emocional, tais como alterações no padrão de sono, com a alimentação e condutas regressivas, e das acadêmicas e sociais falta de atenção e concentração, como condutas revoltosas e empobrecimento da interação social (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 49).

4. Considerações hermenêuticas acerca da Lei nº 12.318/2010

O projeto de lei da alienação parental surgiu diante da necessidade do Estado de se manifestar a respeito das práticas abusivas que vinham

acontecendo com as crianças e adolescentes. O Juiz do 2º TRT de São Paulo, Elizio Luiz Perez, autor do projeto de lei, discorreu que “constata-se uma cegueira do Estado em relação à alienação parental”.

Em 26 de agosto de 2010, foi aprovada a Lei nº 12.318/2010, com o objetivo inicial de definir juridicamente o que é alienação parental, induzindo os operadores do direito a uma análise mais aprofundada em determinadas hipóteses, bem como transparecer segurança as pessoas envolvidas no diagnóstico de casos concretos. A lei da Alienação Parental é tida como um instrumento de grande valor jurídico para que sejam identificadas situações de extrema gravidade e prejuízo às crianças e adolescentes, que são vítimas de condutas praticadas pelos seus genitores e que lhes acarretaram inúmeras consequências, inclusive, na vida adulta.

O artigo primeiro defini o tema a ser tratado na lei, ou seja, alienação parental. No artigo segundo, é apresentado o conceito legal da prática de alienação parental, e os sujeitos que podem incorrer nestas práticas, não sendo limitado apenas aos genitores, pai e mãe, avós ou responsáveis que tenham autoridade sobre a criança/adolescente também podem ser possíveis alienadores. Para completar, o parágrafo único do artigo segundo, traz alguns exemplos de condutas que identificam a prática da alienação parental.

O artigo terceiro aborda a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, que serve de pilar constitucional e jurídico para a nossa sociedade. O artigo traz o direito fundamental a convivência familiar que toda criança/adolescente possui e justificativa de propositura de ação por danos moral, decorrentes dos abusos sofridos. A interpretação que o artigo terceiro nos traz é de que a prática de alienação parental constitui abuso moral aos direitos das crianças e adolescentes, portanto, uma vez configurada, deve ser penalizado o genitor ou responsável

alienador, uma vez que tal prática prejudica as relações de afeto da vítima para com o genitor alienado, e além de criar rupturas de convívio familiar, causa consequências.

O artigo quarto da lei trata sobre os atos processuais e que a sua tramitação deverá ocorrer em regime de urgência, pois as vítimas são crianças e adolescentes que se encontram em situações que possivelmente não serão revertidas. No parágrafo único resta expresso o princípio da convivência familiar, uma vez que a legislação assegura a garantia mínima de visitação assistida, para que a criança/adolescente não perca o vínculo afetivo e a convivência com o genitor alienado. As visitas assistidas por profissionais são permitidas desde que não haja emitente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança/adolescente.

Constatada a prática de atos de alienação parental, o juiz se necessário determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme prevê o artigo quinta da referida lei.

Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2019, p. 128) citam que o artigo sexto da Lei nº 12.318/2010, autoriza que o juiz faça cessar desde logo os atos de alienação, ou atenuar seus efeitos por meio de pontuais medidas judiciais declinadas nos incisos subsequentes ao disposto em destaque, sem detrimento de alguma ação de responsabilização civil ou criminal, e, certamente, sem juízo de outras medidas judiciais não previstas expressamente na Lei, mas todas elas intimamente vinculadas à gravidade do caso - os incisos elencados no artigo sexto são meramente exemplificativos.

Os atos de alienação parental geram danos morais às vítimas, crianças e adolescentes, e ao genitor alienado, pessoas titulares deste direito. Conforme expresso no artigo terceiro da aludida lei, “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do

adolescente de convivência familiar saudável”, portanto, uma vez ferido este direito fundamental, deve ser reparado.

No intuito de colocar um fim nos atos de alienação parental ou então diminuir seus efeitos, o legislador elencou as seguintes medidas que podem ser tomadas pelo magistrado: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou a sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; e VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

No tocante ao inciso I deste artigo, que trata da declaração de ocorrência de alienação parental e advertência do alienador, é o passo inicial na realização de todas as outras medidas para encerrar ou minorar a prática de alienação parental, conforme expõe Freitas (2015, p. 47).

O inciso II traz a ampliação do direito de convivência do genitor alienado para com o filho (a), que é de fundamental importância, a fim de a criança/adolescente não deixe de manter o convívio com o genitor alienado e não tenha a imagem desmoralizada e degradada deste. No que concerne ao inciso III, que cuida da estipulação de multa ao genitor alienador, diz respeito à tutela específica disposta no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Já o inciso IV do referido artigo trata do acompanhamento psicológico ou biopsicossocial, que tem como objetivo diminuir as consequências causadas pela prática dos atos de alienação parental, uma vez que as crianças/adolescentes podem trazer sequelas para a vida adulta. O inciso V dispõe sobre a alteração da guarda para guarda compartilhada ou a sua inversão. Resta claro diante da leitura do inciso que o legislador buscou enfatizar a importância da guarda compartilhada, quando o filho (a) é vítima de alienação parental, uma vez

que os operadores do direito devem ter como base a convivência familiar da criança/adolescente com ambos os genitores. Quando for inviável a guarda compartilhada, é que deverá ser concedida a guarda unilateral ao genitor que melhor atender as necessidades do infante. Neste contexto, é comum que o genitor alienador mude constantemente de endereço, a fim de dificultar o convívio da criança/adolescente com o outro genitor, assim, o inciso VI do artigo sexto, traz a previsão de que o juiz poderá determinar a fixação do domicílio do infante, como forma de garantir as medidas elencadas na Lei de Alienação Parental.

A suspensão da autoridade parental é uma das medidas que poderão ser tomadas pelo juiz, e está elencada no inciso VII, do artigo sexto da referida lei. Ainda que o legislador tenha denominado de autoridade parental, o inciso refere-se ao poder familiar, que foi abordado no primeiro capítulo deste trabalho. Portanto, conclui-se que a prática de atos de alienação parental é considerada como causa para a suspensão do poder familiar, o que está previsto no artigo 1.637 do Código Civil (BRASIL, 2002). Por fim, o artigo oitavo prevê que a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Desta forma, busca-se que a criança/adolescente mantenha o convívio com o genitor alienado, para que não perca o afeto e vínculo familiar, desde que a convivência não afete a integridade física e emocional da prole. Não sendo possível a convivência familiar como busca a legislação, caberá ao juiz a decisão que melhor atender aos interesses do menor envolvido uma vez que o ordenamento jurídico é composto de normas que buscam proteger o lícito e reprimir o ilícito conforme palavras de San Tiago Dantas.

Nas relações familiares, busca-se um ambiente saudável a fim de assegurar o direito de convivência das crianças/adolescentes para com seus genitores, de modo que esses seres humanos em formação possam se desenvolver de forma sadia, preservando os laços afetivos. Assim, havendo a violação das relações familiares, diante da prática de atos de alienação parental, que acabam por construir falsas memórias, ambientes conflituosos e conceitos perversos para os filhos em relação a um dos genitores, surge o direito de reparar as vítimas, considerando que são violados direitos íntimos e de personalidade.

Uma vez provado que um dos genitores não está conseguindo exercer seu direito de convivência para com o filho, que teve sua imagem denigrada, e seu direito de exercer a afetividade restou prejudicado, este poderá exigir indenização por danos morais, diante do sofrimento que está passando diante da prática de atos de alienação parental. Não só o genitor alienado, mas também as vítimas, crianças/adolescentes, que descobrem terem tido seus vínculos afetivos rompidos para com a mãe ou pai, no decorrer do seu desenvolvimento humano, são titulares do direito indenizatório.

4.1. Responsabilidade civil decorrente dos atos da alienação parental

A responsabilidade civil é composta por duas espécies de danos: o dano material e o dano moral. O aqui mencionado trata-se do dano moral, causado pela violação de sua imagem, integridade, direitos de personalidade, aspectos intelectuais e sentimentais. Esses danos de ordem psicológica deverão ser reparados, uma vez que são constitucionais e estão previstos no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na visão de Phillip (2015, p. 118) a prática de conduta alienadora, além de ilícita, é culpável de forma ativa, geradora de dano e, por constituir

os elementos mínimos e necessários para configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, impõe o dever, do alienador, em compensar o alienado (genitor e até mesmo o menor) moralmente dos danos causados por sua conduta.

Destarte, a ação indenizatória fundamentada na responsabilidade civil, deve ser proposta na vara da família, por iniciativa do alienado, do Ministério Público ou até mesmo de ofício pelo juízo, quando a situação for a prática de atos de alienação parental. Cabe assinalar que é de fundamental importância que os operadores do direito façam a análise do caso concreto, a fim de verificar a necessidade de propositura da ação indenizatória por danos morais, uma vez que tal prática deve ser a última conduta a ser tomada, após as formas alternativas de combate à alienação parental previstas na Lei nº 12.318/2010.

4.2 Análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Após o estudo do instituto da alienação parental e das consequências causadas nas vítimas e nos genitores alienados, necessário se faz a pesquisa de casos concretos em que as crianças/adolescentes são vítimas e em razão disso, possuem seus direitos fundamentais violados.

Com a devida análise da referida lei da Alienação Parental, veja-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Apelação Cível nº 70080365315, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 10 de 07 de 2020, que reconheceu a ocorrência de alienação parental e a necessidade de reconstrução de laços afetivos entre o pai e a filha.

Trata-se de ação declaratória de alienação parental, onde o autor ajuizou a ação em face da genitora, em razão de suposta prática de alienação parental em relação à filha do casal. O autor relatou na época do ajuizamento da ação, estava a mais de dois anos sem ver a criança, que

contava com dez anos de idade. Alega o apelante que quando a filha contava com quatro anos de idade, a genitora no intuito de afastar o genitor da filha, e objetivando criar uma imagem destorcida dele, acusou o autor de ter praticado abuso sexual contra a menina. Assim, foi instaurado processo criminal contra o autor, e medida de proteção foi ajuizada pelo Ministério Público. No processo criminal, o apelante foi denunciado por ter, em tese, praticado atos libidinosos com a filha, aproveitando-se dos momentos em que estava sozinho com a infante. Na denúncia, foi relatado que os abusos ocorreram quando a menina tinha um ano e meio de idade e perduraram até que esta completasse quatro anos de idade.

Nos autos da medida de proteção ajuizada pelo Ministério Público em desfavor do apelante, foi determinado o afastamento do genitor, sob pena de incidir no crime de desobediência. Desta forma que a criança deixou de conviver com o pai. Durante as ouvidas e avaliações psicológicas a genitora apresentou relatos contraditórios em relação a ocorrência dos fatos, o que causou certa estranheza aos operadores do Direito, em especial porque, ela disse ter presenciado o primeiro abuso quando a criança contava com um ano e meio de idade, contudo, manteve a convivência do genitor para com a infante. Após o laudo psicológico das partes, restou concluso a inexistência de indícios da prática de abuso sexual pelo genitor contra a infante. A psicológica que atuou nos autos ainda ressaltou que a mãe trazia ideias vivenciadas por ela na infância, ideias estas ligadas ao histórico de abuso sexual/psicológico e maus tratos sofridos por esta genitora na infância.

No acórdão em análise, foi dado provimento ao recurso de apelação, julgando procedente a ação incidental de alienação parental, nos termos do artigo 2º da Lei nº 12.3018/2010, sendo determinado a reconstrução dos laços afetivos entre o pai e a filha, promovida a reaproximação

proposta pela psicóloga atuante no caso concreto. Por fim, a genitora foi submetida a tratamento psicológico.

Restou claro diante da análise jurisprudencial, que a prática de alienação parental é um instituto que deve ser analisado com o devido cuidado e cautela pelos operadores do Direito, o que não é uma tarefa fácil, haja vista que quando noticiados os atos de alienação parental, as medidas inibitórias devem ser tomadas a fim de prevenir ou obstar a violação de direitos da vítima e do genitor alienado. O caso concreto mostra que a conduta praticada pela genitora alienadora foi a de falsa denúncia de abuso sexual, o que acarretou no afastamento do genitor, e ajuizamento de ação criminal e medida de proteção. Cabe ressaltar que, a psicóloga atuante no caso constatou que a genitora praticava os atos de alienação parental em razão de que na sua infância sofreu abuso sexual pelo seu próprio pai. Destarte, verifica-se que a alienação parental gera consequências tanto para a vítima quanto para o genitor alienado, visto que a criança deve seu convívio com o pai interrompido, e os laços afetivos suspensos. O genitor alienado, por sua vez, teve seu direito de personalidade violado, tendo que responder a processo criminal, de fato que sequer ocorreu.

No intuito de analisar o princípio do melhor interesse da criança nas ações que envolvem a prática de alienação parental, traz-se também o Agravo de Instrumento nº 70083791053, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Daltoe Cezar, julgado em 30 do 07 de 2020.

A presente decisão tem por objetivo a reforma da decisão proferida pelo juiz singular, que indeferiu o pedido de reversão da guarda em favor do genitor. O desembargador relator aduziu sobre o princípio da proteção integral, previsto no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil e o intuito de impedir a exposição da criança a um cenário conflituoso. O caso em análise já era de conhecimento da Corte, uma vez

que já possuía processo criminal envolvendo a prática de abuso sexual por parte do genitor para com a filha, que foi julgado improcedente. O desembargador assinalou a dificuldade de convivência saudável entre as partes, o que acaba por dificultar decisão que melhor atenda os melhores interesses da infante, bem como dos genitores.

Ainda que, no passado, tenha sido constatado a prática de alienação parental em constância com os acontecimentos, atualmente a convivência da genitora com a criança encontra-se regularizada, e esta encontra-se fazendo tratamento psicológico, o que é de fundamental importância para a criança, que esteve no meio de uma disputa entre os pais. O recurso foi julgado improcedente, mantendo a decisão do juízo de primeiro grau, para manter a criança com a genitora, considerando que não há atual risco que impeça que a infante tenha o convívio materno mantido.

Diante desta análise jurisprudencial, restou evidente a consagração do princípio da proteção integral as crianças e adolescentes, já estudado no primeiro capítulo deste trabalho. Com o objetivo de não submeter a criança a um novo conflito, e dando atenção aos fatos já ocorridos entre as partes, foi mantida a guarda com a mãe, prevalecendo o interesse da menor.

Conclusão

O instituto da família passou por diversas mudanças no decorrer dos anos, seja por motivos éticos, sociais, estruturais, onde atualmente contamos com arranjos familiares de diferentes formações. Com o advento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, restou consagrado o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes. Através deste princípio, e com base no princípio da dignidade da pessoa humana, é que as crianças e adolescentes, pessoas em pleno

desenvolvimento, passaram a ser seus direitos resguardados com prioridade absoluta.

Concluiu-se que a ruptura conjugal que não for aceita pelos cônjuges, causará consequências na prole através da alienação parental. Tratando-se de ações de divórcio e alienação parental, deve-se sempre levar em considerações os melhores interesses das crianças e adolescentes, pois são seres que estão em formação e não possuem discernimento necessário a enfrentar conflitos familiares. Se faz necessário, que o Poder Judiciário analise com o devido cuidado e cautela caso a caso, pois um terá suas peculiaridades. As condutas praticadas pelo genitor alienador são várias, dentre as quais, dificultar o convívio com o outro genitor, omitir as visitas, denigrir a imagem do genitor alienado, fazer falsa denúncia de abuso sexual contra o outro genitor. A lei da alienação parental, nº 12.318/2010, tem como objetivo prevenir os atos de alienação parental, ajudando a identificar as práticas e prevê algumas sanções aos genitores alienadores.

Ao focar nas consequências psicológicas causadas nas vítimas de alienação parental, foi possível verificar que a prática de atos de alienação parental gera consequências que podem perdurar até a vida adulta. A pessoa que sofreu alienação parental na sua infância ou adolescente pode ser uma pessoa agressiva e que pratica atos abusivos quando na fase adulta. Além de ter consequências na vida adulta, as próprias crianças e adolescentes sofrem com transtornos de ansiedade, depressão, transtornos de personalidade, baixa estima, dentre outros.

Em relação a responsabilidade civil decorrente dos atos de alienação parental, uma vez configurado o dano a outrem, surge o direito de reparação. A indenização moral por atos decorrentes de alienação parental vem sendo aplicada pelos operadores do Direito, como pode ser visto na análise jurisprudencial feita.

Concluiu-se enfim que os pais ao romperem os laços conjugais devem ter plena consciência que, embora exista sentimentos de rancor e vingança, deverão estar preocupados com o bem-estar e desenvolvimento dos filhos. A proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes devem ser assegurados pelos pais, pela sociedade e pelo Estado, pois são seres vulneráveis e estão se desenvolvendo. Desta forma, deverão estar em um ambiente saudável, para que não sejam vítimas da alienação parental e apresentem consequências psicológicas, até mesmo na vida adulta.

Referências

BASTOS, Alder Tiago. **A Saúde mental da criança vítima de alienação parental.**

Curitiba: Editora Brazil Publishing, 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

Acesso em: junho de 2021.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3

[A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do**

Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

Acesso em: de junho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação**

parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível

em: <www.planalto.org.br/ccivil_03/_At02007-2010/2010/Lei/L12318.htm>.

Acesso em: junho de 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** – 2. ed. – Rio de

Janeiro: Forense, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. Delgado, Mario. **Guarda compartilhada**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

DARNALL, D. **Uma definição mais abrangente de Alienação Parental**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/> Acesso em: 03 de março de 2021.

Decreto nº 99.710, de 22 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: fevereiro de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e suas consequências**. http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_e_suas_consequencias.pdf. Acesso em: 10 de março de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. - 9 ed - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e novo Código Civil** – 4 Ed. Belo Horizonte; Del Ray, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010** – 4.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pomplona Filho - 4 Ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família** – 8 Edição. São Paulo. Ed. São Paulo, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil. - Direito civil brasileiro vol. 4** – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, volume 5: Direito de Família**. 2ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOBÔ, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rodolfo. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais** – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 8. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v.5: direito de família**. 28 Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RICHARD A. GARDNER. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)? Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacao-parental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 03 de março de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10 Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Jardim Mônica. In: **Psicologia na prática jurídica**. Coordenadora Beatrice Marinho Paulo - 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação parental – Sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. – 2ª Ed. Mundo Jurídico, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família.** – 17 Ed. – Volume 5. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** – 17 Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

Prisão Invisível – dependência econômica e violência doméstica: o trabalho como fator proveniente no empoderamento feminino

*Liliane de Oliveira Camargo*¹
*Orientadora: Maira Tonial*²

Introdução

O presente artigo traz como temática básica à “Violência Doméstica”, que infelizmente permanece na sociedade, demonstrando ter cunho resultante de uma estruturação social. Para isso, perscruta-se inicialmente de estudos de Simone de Beauvoir, Joan Scott, Heleieth Saffioti, Carole Pateman, em que permitem a compreensão do impasse – violência doméstica - por meio do entendimento do que é ser mulher ao longo da história.

A partir deste entendimento, questiona-se a subjugação da mulher, presente em todos os aspectos de sua vida, incluindo o trabalho. Análises críticas dos estudos de Karl Marx, Friedrich Engels, juntamente com as autoras anteriores, permitem identificar quanto a mulher sempre esteve dependente do homem economicamente.

Assim, delimitou-se o tema “violência doméstica e dependência econômica: o trabalho como fator proveniente no empoderamento feminino”, estudando por meio de dados estatísticos, abordando a dependência econômica das vítimas de violência doméstica para com o agressor como um fator determinante na permanência das mesmas em

¹ Aluna graduanda

² Graduada em Direito pela UPF. Pós Graduada em Direito Processual Civil e do Trabalho pela UPF. Mestre em Direito pela Unissinos e doutoranda pela Univali

um relacionamento violento. É neste cenário que a importância do trabalho para o empoderamento feminino deve ser campo de estudo, por meio de políticas públicas que possam agir para que as mulheres consigam obter autonomia econômica e romper com a submissão à violência física/psicológica/sexual/patrimonial.

Partindo da visão de desenvolvimento de Amartya Sen, interligando com a visão de liberdade de Axel Honneth, conceito de Estado de Dalmo Dallari, interligação de organizações públicas e privadas de Mariana Mazzucato, o estudo de como deve ser promovido as políticas públicas, a sua importância, se torna efetivo.

Nesse sentido, o objetivo é mostrar o quanto a dependência econômica foi ao longo da história, e continua sendo um fator de permanência de casos de violência doméstica. Consequentemente, como o trabalho e a renda são capazes de mudar esse cenário, mas para isso por meio de um Estado que promova mais políticas públicas para esse grupo de mulheres marginalizadas. Para que dessa maneira, o empoderamento feminino seja a libertação da “prisão invisível”.

O método de pesquisa, para a realização do artigo, foi dedutivo. Partindo da formação da mulher na sociedade ao longo da história, chegou-se à legitimação da violência doméstica, e enfim a prisão da dependência econômica como fator de não rompimento da violência sofrida nos seus “lares”. Ou seja, do geral para o particular, permitiu uma pesquisa minuciosa e crítica, interligando estudos das mais diversas vertentes.

1. A subjugação da mulher e a violência doméstica resultante da estruturação social: análise histórica do que é ser mulher

Assim como muitos problemas advêm de uma estruturação social, a violência doméstica também se insere nesse âmbito partindo da subjugação da mulher devido seu gênero.

É inevitável o fato das diferenças acerca do papel que cabe ao sexo feminino em contraposição ao sexo masculino. A mulher, desde sempre, teve sua vida trajada em pontos específicos – casar-se, tornar-se mãe e uma exemplar dona de casa – caracteres que permitem entender o porquê da afirmação de Simone de Beauvoir “não se nasce mulher, torna-se.” Dessa forma, a dualidade é mais que perceptível: ser mulher ou parecer.

“Ser mulher” é uma das incógnitas difícil de resolver, pois o “parecer mulher” sobressai a todo e qualquer livro arbítrio feminino de escolha. Parecer uma mulher, é seguir um fato social – ser feminina, não se empoderar, aceitar a não reciprocidade, não ter autonomia, ser o outro – destarte a subjugação do ser.

Infelizmente, as mulheres ao longo da história sempre estiveram subordinadas ao sexo masculino (estudo da segunda onda feminista)³. Segundo Aristóteles “A fêmea é fêmea em virtude de certa carência de qualidades” ou partindo de uma análise crítica da bíblia em que “da costela do homem formou-se a mulher”, os fatos tornam-se instigantes, pois faz com que haja uma dependência da mulher para com o homem. Infere-se, por consequência, a dependência econômica.

Sempre coube ao homem, ter o privilégio da autonomia econômica, como “chefe da família” tornou-se o sustento da mesma através da renda que obtinha. Até então, não há problema em ser o que traz o sustento familiar, a problemática surge no momento em que utiliza desse fator para se sobressair aos demais membros da família – nesse caso, principalmente, à mulher – e aniquilar constantemente o seu ser como agente modificador.

³ A Segunda Onda Feminista, que ocorreu na década de 1960 à 1980, diferentemente da Primeira Onda que focava sobre tudo no sufrágio universal e demais direitos legais, tal como a propriedade, aquela visava o debate aos acontecimentos dentro do âmbito familiar - surgindo em pauta a violência doméstica e o estupro conjugal - além dos questionamentos à respeito dos papéis de gênero. É neste contexto, que a questão do mercado de trabalho ganha ênfase nos debates femininos, reflexões acerca do patriarcado e da dominação do homem sobre a mulher, consequentemente a prisão constante que as mesmas eram postas sem poder exercer seus direitos fundamentais. Destarte, trouxe reflexões acerca da formação da mulher na sociedade, acerca da sexualidade, acerca da opressão do sexo feminino.

É neste cenário, que “o homem define a mulher não em si mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo.” (BEAUVOIR, 1970, p.10).

Por conseguinte, é observável, uma relação de poder (opressor versus oprimido), o homem sente-se como o ser todo absoluto, sujeito dotado de liberdade e que, dessa forma, pode restringir a liberdade do outro (mulher). Assim, conclui-se, que as relações de gênero e poder estão constantemente interligadas.

O homem, advindo de um patriarcalismo, colocou a mulher como uma moeda de troca - notável o fato da figura masculina (chefe da família) buscar o pretendente para a moça que lhe desse maior retorno financeiro favorável - a dominação e a exploração são evidentes. Interligando com o pensamento de Beauvoir “Tudo o que ganha, ganha contra ela; quanto mais poderoso se torna, mais ela decai.” (BEAUVOIR, 1970, p. 99), há uma irrelevância quanto à dignidade da mulher como pessoa, a mesma passa como patrimônio do pai e posteriormente do marido, e a relação de poder se torna indubitável. Logo, seguindo essa estruturação social, que também se infere o papel da mulher de ser dona de casa, assim não podendo ter autonomia econômica por meio do trabalho.

A dependência econômica, que advém sobre tudo de um processo de desigualdade de gênero e posteriormente uma relação de poder do homem para com a mulher, permitiu com que a violência doméstica fosse firmada, haja vista que no momento que a mulher reivindica pelo seu direito de liberdade econômica e pessoal, o homem como único que detém esse poder, se sente ameaçado. Dessa forma, impede que a mulher busque essa liberdade, por esse viés utilizando da violência física e/ou psicológica, pois afinal: Como fazer da esposa ao mesmo tempo uma serva e companheira?

Contudo, a violência contra mulher não finaliza em tal fato, pois no momento que a mesma sofre da violência física, as pessoas que se diferem

da “cordialidade” proposta por Sérgio Buarque de Holanda (O Homem Cordial), apoiaram e apoiam indiretamente a atitude do homem. Esse apoio pode ser perceptível em frases, tais como “apanhou, é porque mereceu”; “porque só agora resolveu denunciar o marido por violência doméstica?”. Ou seja, há e sempre houve um julgamento muito forte da mulher como sujeito, agente de mudança. É neste cenário, que o pensamento proposto por Simone de Beauvoir (1970) ganha ênfase “ser-outro”, há uma alienação evidente da mulher não afirmar sua transcendência, e quando afirma a mesma é aniquilada. Ademais, observa-se a problemática desse julgamento às mulheres que reivindicam pela afirmação de sua transcendência, quando surgem de outras mulheres. Ora, as mulheres que solidificam essa atitude, estão cooperando há um sistema que as inferioriza. Segundo Simone de Beauvoir (1970) “o opressor não seria tão forte se não tivesse cúmplices entre os próprios oprimidos”.

O destino pré-determinado, a procriação, a imposição de cumprimento de tarefas secundárias, a impossibilidade de ter fala, a manipulação à conformação do destino imposto, notavelmente, todos advém de uma organização social. Organização essa, que deve ser detalhadamente estudada. O patriarcalismo é o sistema perverso que legitimou a subjugação da mulher e a violência contra a mesma, buscar suas origens é desvendar os acontecimentos históricos que levaram as mulheres nessa prisão invisível de eterna submissão e violência.

1.1 Organização social: subjugação da mulher – investigação antropológica do patriarcado

Em primeira análise, é perturbador observar que a história da mulher está ligada predominantemente ao patriarcalismo. Só esse fato, permite observar a subjugação da mulher iniciando pela anulação de sua própria história. Isso ocorre, porque o patriarcalismo é antes de tudo um

sistema de dominação, e nada mais eficaz do que começar a dominação pela própria história.

Esse fato, foi o principal precursor da aceitação ideológica ao patriarcado pelas próprias mulheres, pois o patriarcalismo inicia antes mesmo da mulher nascer, é a única história que lhe é contada – uma história da visão machista – onde resulta na errônea naturalização e universalização. Por exemplo, recentemente na Universidade de Cambridge, uma pesquisa apontou que as mulheres na pré-história tinham uma força muito expressiva. Através da análise minuciosa da estrutura óssea de algumas mulheres da época, pesquisadores sugerem uma “história oculta” de protagonismos das mulheres em trabalhos extenuantes e fundamentais. Isso demonstra, como dito anteriormente, uma dominação da história da mulher pelo patriarcalismo, onde o que é mais difundido é exatamente a fragilidade da mulher e seu não protagonismo como agente ativo na produção.

Obviamente, como apontado por Simone de Beauvoir (1970), em sua obra “O segundo sexo”, é difícil abordar a situação das mulheres nas sociedades primitivas. No entanto, era perceptível segundo anotações de Heródoto que a mulher tinha o protagonismo no trabalho da época de um povo nômade, se via inviável às tarefas árduas da época somente no período gestacional e menstrual. Destarte, é devido esse fato que se observa os primeiros vieses da afirmação da superioridade do homem e vai sendo posta a fragilidade/feminilidade como molde do papel social da mulher.

Contudo, nesse momento a superioridade do homem não era tão expressiva como atualmente, até porque é um período em que inexistem as instituições, a propriedade, o dogma religioso. Mas, já é possível observar caracteres que permitem o surgimento da subjugação da mulher e de uma organização social patriarcal.

No entanto, a partir do momento que esse povo nômade se fixa no solo e a agricultura se instala, surgem juntamente as instituições. Tanto na propriedade coletiva como primária, e depois na propriedade privada como secundária, o homem se coloca como detentor da terra e também detentor da mulher (BEAUVOIR, 1970). Na propriedade coletiva, é imposto à mulher o papel de procriar para gerar os futuros filhos que ajudaram no papel central do homem – trabalhar, ser um agente ativo, dono da propriedade – o que faz com que o destino do trabalho doméstico venha se instalando mais fortemente na vida das mulheres e como único destino da mesma. Se na sociedade primitiva a mulher tinha um papel ativo no trabalho para sustentação familiar e era reconhecida como produtora em uma propriedade comum, agora seu papel se torna passivo através da hierarquização firmada no reconhecimento do homem ao outro (terra e mulher) como único detentor do trabalho e da produção. É neste cenário que ocorre uma modificação do viés da propriedade e conseqüentemente da organização social e familiar como é posto por Engels em sua obra “Origem da Família, da propriedade privada e do Estado”. A propriedade privada, é a instalação do patriarcado, o homem quer ser dono de tudo - o proprietário aliena sua existência na propriedade - é neste cenário que Engels (1984) aborda a vitória da propriedade privada sobre a propriedade comum/coletiva primitiva e, conseqüentemente sua interferência nas relações familiares. Tanto Engels (1984) e Beauvoir (1970) concordam na subjugação da mulher como propriedade e na negação de direitos fundamentais a elas, tais como o direito à vida. Ocorre a criação de um direito patriarcal. A mulher é proibida da vida pública/política. O patriarcalismo se instala progressivamente.

Quando se observa a história brasileira colonial e consta fotos da época, é ocorrente o fato de o homem estar sentado em uma cadeira, ao passo que a mulher está de pé ao seu lado, o que demonstra a hierarquia.

O controle social masculino esteve presente durante toda a história (BEAUVOIR, 1970). A situação piora, com as conotações do capitalismo, e exatamente neste cenário que o estudo toma outras proporções.

A análise do capitalismo, do trabalho, é consequência das relações sociais entre os sexos que foi abordado até agora.

1.2 O entrelaçamento do patriarcado com o sistema capitalista

A importância do foco nas relações capitalistas com o patriarcado, é para poder chegar a uma libertação dessa prisão invisível que é a dependência econômica da mulher para com o homem e a permanência da mesma em um ciclo de violência doméstica.

Contudo, ao decorrer da história, foi observado o quanto a mulher sempre esteve subordinada ao homem, principalmente quando o mesmo se vê na propriedade privada como único detentor da produção, e coloca a mulher como detentora da reprodução. Ou seja, a mulher não teve o direito de ter sua autonomia econômica, o que fez com que a mesma estivesse presa em um ciclo de trabalho doméstico – sem rendimento – e exposta a ser vítima de violência doméstica ao reivindicar esse direito.

Em concordância com Federici (2017), a subordinação das mulheres aos homens no sistema capitalista resultou da não remuneração, houve a instalação do “patriarcado do salário”. Fato que, sem dúvida, permitiu a existência da prisão invisível em que é citado. Contudo, o capitalismo reforçou a partir da reprodução da força do trabalho, o papel não transcendente da mulher. A acumulação primitiva (MARX, 2013) é ao mesmo íterim uma acumulação de hierarquia de gênero no trabalho (FEDERICI, 2017). A invisibilidade das mulheres como trabalhadoras tornou-se uma ideologia progressiva, mesmo após a remuneração das mesmas nas atividades laborais, essa remuneração era muito baixa. O trabalho doméstico foi; por muito tempo; visto como fora da categoria de

trabalho “[...] e até mesmo quando feito fora de casa era pago à um valor menor [...] nunca o suficiente para que as mulheres pudessem sobreviver dele.” (FEDERICI, p. 184, 2017). Destarte, a explicação dos reflexos na sociedade atual - mulheres que dependem economicamente do agressor - infelizmente. As mulheres, sempre estiveram fadadas a uma dificuldade de empoderamento por meio das relações laborais, o que impedia às mesmas de exercerem seu direito de dignidade. A privatização da terra, já desenvolvido anteriormente, juntamente com as instituições geraram o “contrato sexual” (PATEMAN, 1993) que interligando com a ideia de Beauvoir (1970) - a mulher foi posta como propriedade do homem e com papel delimitado (ser mãe, dona de casa, ocultas de serem vistas como trabalhadoras, etc.) - e como abordado por Federici (2017), propriedade de seus empregadores. Muitas mulheres trabalhavam juntamente com seus maridos para produzirem para o mercado, mas seus salários eram propriedade do homem. Tal política, em uma organização capitalista, gerou a subordinação das mulheres aos homens e a apropriação da sua força de trabalho pelos trabalhadores homens. Neste aspecto, Silvia Federici (2017) explica o “patriarcado do salário”, e que se pode criticamente a partir de uma análise, observar um novo regime feudal. Regime este, que agora os homens - maridos, empregadores - detinham o direito da vida e da dignidade das mulheres. “O aparecimento do capitalismo se dá, pois, em condições extremamente adversas à mulher”. (SAFFIOTI, 1976, p.35). A inferiorização social do papel da mulher fez com que houvesse legitimação para durante a Revolução Industrial, serem vítimas de salários extremamente mais baixos que do masculino, altas cargas horárias de trabalhos extenuantes e exposição a ocorrência de acidentes nas indústrias. Todos esses fatores contribuíram para que a “mais-valia” - termo utilizado por Karl Marx- fosse alcançada. Ademais, devido a esta divisão sexual do trabalho, a presença de mulheres no

mercado informal é muito maior que a presença de homens (FEDERICI, 1976). As funções que os homens desempenhavam nas atividades laborais tinham maior valor social, algo que explica a dificuldade da ascensão de escritoras, cientistas, além de mais profissões desempenhadas por mulheres na época. A intelectualidade da mulher sempre foi inferiorizada em relação à do homem. Todos esses fatos, repentinamente, mostram a dificuldade que as mulheres tiveram para adentrarem em atividades laborais, e o quanto o próprio sistema capitalista da época dificultou a representatividade das mesmas. Assim, perpetuando a subordinação das mulheres aos homens, e impossibilitando a autonomia econômica e o empoderamento feminino.

No entanto, a história não diverge muito dos acontecimentos observados atualmente, partindo da análise do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, há uma alta dificuldade de inserção das mulheres no trabalho – a taxa da participação feminina é 53,7% em comparação aos 73,7% da porcentagem masculina – e uma alta desigualdade salarial – os homens ganham 29,6% a mais do que as mulheres – fatores que indicam um problema social estrutural. Assim, sendo necessário o planejamento de políticas públicas direcionadas aos grupos em desvantagem (IBGE, 2020). Essas políticas públicas devem possibilitar, interligando com o estudo abordado até aqui, com que esse grupo em específico, que são as mulheres, consigam por meio do trabalho exercer sua condição de agente, tal como abordado por Beauvoir (1970) e Amartya Sen (2000). É nesta análise, que o estudo da obra “Desenvolvimento como Liberdade” de Amartya Sen, se faz presente e essencial. Primeiramente, é mais do que óbvio o fato de quanto há desigualdade entre mulheres e homens, 65,5% do nível de ocupação masculina aos 46,1% do nível feminino é prova disso (IBGE, 2020), demonstram uma restrição altíssima de liberdades substantivas para o sexo feminino. (SEN, 2000). Essa restrição se projeta

na insegurança econômica, o que demonstra a falta da expansão de capacidades. Segundo Amartya Sen (2000), a “capacidade” é a possibilidade de o indivíduo conduzir o modo de vida que bem pretender e influenciar todos à sua volta com sua condição de agente – participante na economia, no campo social e na política – tornando efetivo o desenvolvimento. Dessa forma, levando em consideração um relacionamento conjugal onde uma mulher sofre violência doméstica, e não consegue romper essa relação devido à falta de autonomia econômica, a falta da expansão de capacidades e a privação de suas “liberdades substantivas” é evidente. Para isso, será analisado políticas públicas que promovem o trabalho e conseqüentemente a renda para essas mulheres, pois o desemprego deste grupo está contribuindo para maior “exclusão social” do mesmo e péssima condição de vida (vítimas de violência doméstica), além da perpetuação do patriarcado.

2. Políticas públicas como sinônimo de renda e de autonomia econômica das vítimas de violência doméstica

A solução para a problemática apresentada, sem dúvida, surge do regimento de políticas públicas. Contribuir para equidade e para justiça social, é implementar oportunidades sociais básicas, possibilitando a participação direta dos cidadãos no processo de expansão econômica (SEN, 2000). O desenvolvimento social interfere diretamente no desenvolvimento econômico em um Estado democrático de direito. Políticas públicas que permitem a desvinculação de mulheres à relacionamentos abusivos, é respeito a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na prática “[...] nos dias de hoje o cerne da problemática dos direitos humanos não reside na sua fundamentação mas no desafio de sua tutela.” (BOBBIO, 2004, p.5), e a eliminação de formas de privação de liberdade substantivas oriundas da violência doméstica.

Entre as políticas públicas realizadas até então, é observado a Secretaria Nacional de Políticas Públicas para Mulheres (SNPM), vinculada ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), que tem como objetivo inserir e promover oportunidades para todas as mulheres no campo econômico, político e social. Dessa forma, foi desenvolvido o Projeto-Piloto Qualifica Mulher (2020), que estimula ações para promover a autonomia econômica das mulheres por meio de qualificação profissional, trabalho e empreendedorismo -foco de análise do estudo- por meio de parcerias com o poder público federal, estadual, distrital, municipal e entidades e instituições privadas. Em 2020, foram investidos cerca de R\$ 18 milhões para inserção de mulheres em situação de vulnerabilidade social no mercado de trabalho (MMFDH, 2020), no entanto a problemática que deve levar a análise é o fato que somente 13 Estados foram incluídos nesse projeto, cabendo haver possibilidade de inserir os demais.

Além do projeto “Qualifica Mulher”, há o projeto “Tem Saída” promovido pela Prefeitura de São Paulo em parceria com o Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunal de Justiça, OAB-SP e ONU Mulheres, que buscam empregabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Recentemente, o8 de março de 2019, o decreto nº 39.705⁴ passou a vigorar, onde informa sobre a “Rede Sou Mais Mulher”.

⁴ Art.1 Fica instituída, no âmbito da Secretaria de Estado da Mulher do Distrito Federal, a Rede Sou Mais Mulher, com a finalidade de estimular ações voltadas para enfrentamento à violência contra as mulheres, promoção da igualdade entre mulheres e homens, o empreendedorismo e a autonomia econômica das mulheres.

Parágrafo único. A Rede Sou Mais Mulher é uma articulação de organizações públicas e privadas, que atuam no Distrito Federal.

Art. 2º Poderão compor a Rede Sou Mais Mulher:

I - os órgãos e as entidades públicas distritais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; II II - as empresas públicas federais e distritais;

III - os organismos internacionais;

IV - as organizações da sociedade civil; e V - as entidades empresariais.

A Rede Sou Mais Mulher é uma interligação de organizações públicas e privadas que tem como objetivo combater a violência contra às mulheres – violência doméstica neste estudo – por meio da autonomia econômica. Importante frisar que, a maioria dessas políticas públicas citadas necessitam de participação voluntária, fator esse problemático. Além, que advindo de um decreto do governador do Distrito Federal, ele tem validade territorial. Dessa forma, vale somente para o Distrito Federal, cabendo a outros governadores de outros Estados também seguirem o exemplo de promoverem políticas públicas tal como a citada, para inserirem as mulheres no âmbito laboral.

Contudo, há também a Casa da Mulher Brasileira (CMB), onde em 2020 o governo repassou R\$ 123 milhões para políticas públicas voltadas à questão das mulheres, onde o mesmo objetiva o empoderamento feminino e a libertação das vítimas de violência doméstica.

Enfim, a vigência da Lei Maria da Penha no ano de 2006, no Brasil, foi uma das principais políticas públicas que trouxe maior segurança jurídica e proteção às vítimas de violência doméstica. Sendo a esta, a que ocorre no âmbito familiar ou unidade doméstica, em que há um vínculo entre o agressor e a vítima, a Lei Maria da Penha veio especificar o assunto, em seu respectivo art.7º, I, II, III, IV, V.⁵

⁵ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Diante da análise da respectiva lei, é criticamente necessário analisar o art.9, § 2º, II, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), onde é posto que o magistrado assegurará à mulher em situação de violência doméstica, a manutenção do vínculo trabalhista, e quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Esse direito de manutenção de vínculo trabalhista, pode ser considerado uma modalidade de garantia de emprego, algo fundamental para às mulheres se sentirem mais seguras ao romperem com um relacionamento abusivo e dependente. No entanto, é necessário ser especificado a quem cabe o ônus da responsabilidade – empregador ou INSS – acerca da manutenção do vínculo trabalhista das vítimas.

No entanto, há entendimento jurisprudencial, onde em 2019, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) deverá arcar com a subsistência da mulher que tiver de se afastar do trabalho para se proteger de violência doméstica. (STJ, REsp 1.757.775-SP, 2019).

Entretanto, quando é debatido a questão da permanência de mulheres em um relacionamento violento devido a dependência econômica, programas assistenciais são muito relevantes, mas políticas públicas – que são poucas – para inserir as mulheres no âmbito laboral obtendo rendimento é fundamental. Segundo o Instituto de Pesquisa DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência, onde por meio da pesquisa ouviram vítimas de violência doméstica, foi apontado que 27% das vítimas não denunciam o agressor e

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

permanecem na relação, devido dependerem economicamente do mesmo. (DATASENADO, 2019).

Essa prisão invisível precisa chegar ao fim, para que a “liberdade como desenvolvimento” proposta por Amartya Sen seja concretizada. A autonomia econômica das mulheres, em especial aquelas que estão submetidas diariamente a violência doméstica, é promover desenvolvimento social e econômico. Para isso, como citado acima, mecanismos que possibilitem a efetividade de um país mais igualitário por meio do reconhecimento da “condição de agente” das mulheres, é imprescindível.

3. Libertação da prisão invisível: dependência econômica e violência doméstica

Por fim, chegar à libertação da “prisão invisível” é observar mulheres fortes, empreendedoras, e sobre tudo empoderadas. Simone de Beauvoir, que foi tanto citada, apresentou sua concepção de mundo que quebrou com paradigmas construídos historicamente, obra atemporal, permite com que todas as mulheres reflitam o porquê que “não se nasce mulher, mas torna-se”, para que assim busquem mudar o cenário.

Silvia Federici, também citada, juntamente com Heleieth Saffioti, mostram a situação das mulheres na sociedade capitalista, permitindo com que atualmente consiga chegar em uma solução para a problemática, partindo da análise de quanto o trabalho é fundamental às mulheres, em especial, às vítimas de violência doméstica. Fato esse tão importante que diminuiria a permanência das vítimas no relacionamento violento. Diante disso, a visão de desenvolvimento de Amartya Sen, é importante para um país democrático de direito, fazer com que as instituições não somente visem o desenvolvimento econômico, mas o pessoal através de capacidades que permitam a exclusão de desigualdades, é necessário. O

que permite, haver uma inter relação com os estudos de Honneth sobre liberdade:

[...] a aspiração à liberdade do indivíduo só é satisfeita no seio de instituições ou com ajuda delas [...]. Em última instância, o sujeito só é “livre” quando, no contexto de práticas institucionais, ele encontra uma contrapartida com a qual se conecta por uma relação de reconhecimento recíproco, porque nos fins dessa contrapartida ele pode vislumbrar uma condição para realizar seus próprios fins. (HONNETH, 2015, p.87).

Neste aspecto, políticas públicas, parcerias entre instituições públicas e privadas, é permitir condições para que essas mulheres consigam realizar seus próprios fins: mulheres independentes, libertas e empoderadas. Essa libertação da prisão invisível, deve partir de análises críticas, como dito por Heleieth Saffioti:

Já que o caráter problemático da situação da mulher nas sociedades de classes não decorre, nem exclusiva nem primordialmente, das condições e efeitos da mudança social intensa que o mundo moderno sofre, qualquer atitude de intervenção racional na realidade social, visando à solução de tal problema, deve atacar os focos de tensão originados da própria dinâmica da organização social (SAFFIOTI, 1976, p.372).

Promover a autonomia econômica da mulher, é desconstruir uma organização social que sempre colocou um papel delimitador no seu ser, que jamais deixou que sua transcendência fosse firmada no campo social, e que quando reivindicava direitos se tornava vítima de violência pelo seu companheiro.

A libertação por meio da autonomia econômica, não é apenas “renda”, mas é o rompimento de um ciclo de relacionamento abusivo

(aumento de tensão, ataque violento, lua de mel)⁶. De que outra forma, a mulher dependente vai conseguir romper com esse ciclo, se não pela autonomia econômica?

Fato é que, se não houver uma seguridade social para que essas mulheres consigam obter uma renda, as mesmas irão permanecer se submetendo à violência. O problema se agrava mais, quando envolve filhos, pois a necessidade de subsistência aumenta. Destarte, debater sobre o assunto é imprescindível, mas para isso é necessário que o Estado juntamente com os setores privados, busquem inserir essas mulheres no âmbito laboral. É nesta ideia, que uma relação simbiótica harmônica entre setor público e privado, se torna importante (MAZZUCATO, 2014). Originar políticas públicas para a libertação da dependência econômica e consequentemente a violência doméstica é papel do Estado “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. (DALLARI, 2011, p.122). A autonomia econômica desse grupo de mulheres, vem tanto como objeto de análise da violência doméstica, quanto estratégia política para a sua superação (IPEA, 2019). O que gera o empoderamento tanto citado, pois “empoderamento” é emancipação política, social e individual, onde não há vínculo de dependência. (BERTH, 2018). Deve haver uma mudança de condição de vida dessas mulheres, mas sobretudo melhorar sua condição de empoderamento. Por isso, a importância do trabalho, possibilitando a obtenção de renda para controlarem o seu próprio desenvolvimento. Somente assim, a porcentagem dos 36% das mulheres brasileiras, vítimas

⁶ “Aumento de tensão” é a fase 1 da violência doméstica, onde o agressor passa agir com excesso de irritabilidade, raiva, logo ameaçando a mulher, destruindo objetos, etc. Consequentemente essas características apontadas na fase 1, acabam por explodir na fase 2, onde ocorre o “ataque violento”, se manifestando na agressão física, psicológica, sexual e patrimonial sobre a mulher. Por fim, chega-se na fase 3 em que ocorre a chamada “lua de mel”, onde esse agressor mostra sentimentos de arrependimento e culpa, utilizando de palavras e atitudes amáveis para fazer com que a mulher lhe perdoe pelo “ataque violento”. É nesta fase, que o ciclo recomeça, pois após a mulher perdoar o agressor, ele geralmente volta a repetir todas as fases.

de violência doméstica, poderá entrar em declínio. Além, dos 34% de dependência econômica para com o agressor. (DATASENADO, 2019).

Destarte, é um problema estrutural, advém de uma organização social patriarcal com que fez que as mulheres sempre estivessem com papéis delimitados, dependentes dos homens. A violência doméstica, atualmente, é reflexo da que sempre existiu na história. É uma construção histórica, um fato social, mas exatamente por ser isso chegará ao fim. Assim, obtendo a libertação da “Prisão invisível: dependência econômica e violência doméstica”.

Considerações finais

Através do estudo da violência doméstica, foi possível observar o quanto o problema parte de uma estruturação social por meio da dominação do homem à mulher, se manifestando na violência física, psicológica, sexual e patrimonial. Neste cenário, a dependência econômica é um dos fatores principais que fazem com que as mulheres permaneçam no vínculo conjugal violento. Por isso, a importância do trabalho como fator de empoderamento feminino, e conseqüentemente do rompimento da relação. No entanto, o problema se centrou em como essa autonomia econômica poderia ser permitida ao alcance dessas mulheres, neste aspecto que as políticas públicas foram debatidas. As vítimas de violência doméstica ao mesmo íterim que precisam passar pelo sofrimento físico/psicológico/sexual de um relacionamento violento, passam pela dificuldade de conseguirem autonomia econômica. A situação piora quando se observa, infelizmente, que há poucas ações governamentais e parcerias entre o setor público e privado, que inserem mulheres vítimas de violência doméstica no âmbito laboral. Para isso, a interligação realizada de estudos/conceitos do autor (a) Amartya Sen, Axel Honneth, Mariana Mazzucato e Dalmo Dallari, tornou-se fundamental para chegar

em uma conclusão de como deveria ser o papel do Estado diante de grupos fragilizados. Um Estado que busque um desenvolvimento a partir do pessoal para o econômico.

Portanto, promover a inserção de mulheres no âmbito laboral, é promover maiores capacidades para exteriorização de suas liberdades substantivas, possibilitar “condição de agente” como parte ativa e importante na economia, na política e no campo social. Refletindo em empoderamento feminino e, conseqüentemente, no fim do patriarcado em que se manifesta na violência doméstica, e no rompimento do “Patriarcado do Capitalismo”.

Enfim, o presente artigo envolveu: contexto histórico, contemporaneidade, apresentação de dados estatísticos, economia, análise jurídica e observância do papel do Estado na promoção de políticas públicas. Entender a formação da mulher ao longo da história, é destruir a dominação masculina sobre todos os aspectos da vida. A mulher foi constantemente delimitada a fragilidade, a submissão, ao trabalho doméstico sem rendimento, a ser propriedade, a ser dependente do homem, a ter seu “sujeito agente” aniquilado constantemente. Mas, a partir do momento em que as mulheres têm a possibilidade de se inserirem no âmbito laboral, o seu “sujeito agente” se manifesta, fazendo parte de um corpo social, político, econômico, o empoderamento e a libertação da “Prisão invisível – dependência econômica e violência doméstica” é consequência.

Referências

ALISON MACINTOSH; et al. **University of Cambridge**. Investigação antropológica do trabalho manual das mulheres pré-históricas. Disponível em: <https://www.cam.ac.uk/research/news/prehistoric-womens-manual-work-was-tougher-than-rowing-in-todays-elite-boat-crews.html>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. Trad. Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Editora Difusão Europeia do Livro, 1970.

BERTH, Joice. **O que é empoderamento**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. – 7ª reimpressão.

BRASIL. Governador do Distrito Federal. **Decreto nº 39.705, de 08 de março de 2019**. Institui a Rede Sou mais Mulher. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/Norma/397b48b9b2e644909cf2b9b9a6bb46f9/exec_dec_39705_2019.html>. Acesso em: 14 maio. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Gabinete da Ministra. **Portaria nº 3.175 de 10 de dezembro de 2020**. Brasília, 2020.

BRASIL. Presidente da República. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.html>. Acesso em: 20 maio. 2021.

CMB, Casa da Mulher Brasileira. **Casa da Mulher Brasileira auxilia na autonomia das mulheres e no enfrentamento à violência**. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/marco/casa-da-mulher-brasileira-auxilia-na-autonomia-das-mulheres-e-no-enfrentamento-a-violencia.html>>. Acesso em: 16 maio. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DATASENADO. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Pesquisa OMV/DataSenado. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civil/acoes_afirmativas/inc_social_mulheres/Diversos_Mulheres/DataSenado_2019_Relatorio_-Viol%C3%Aancia_Dom%C3%Astica_e_Familiar_Contra_a_Mulher_v13_Com_Tab_elas.pdf.html>. Acesso em: 24 maio. 2021.

ENGELS, Friedrich. **Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A, 1984.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação**. Trad. Coletivo Sycorax. 1. ed. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2015.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2020**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf.html>>. Acesso em 30 abr.2021.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil**. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9358/1/td_2501.pdf.html>. Acesso em: 24 maio. 2021.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro I: O processo de produção do Capital. Trad. Rubens Enderle. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MMFDH, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Qualifica Mulher contará com R\$ 18 mi para capacitação voltada à inserção no mercado de trabalho**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/dezembro/qualifica-mulher-contara-com-r-4-mi-para-capacitacao-voltada-a-insercao-no-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso em: 04 maio. 2021.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. Elvira Serapicos. 1. ed. São Paulo: Editora Portfolio- Penguin, 2014.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Trad. Marta Avancini. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth. **A Mulher na Sociedade de Classes**: mito e realidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1976.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2000.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.757.775. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 20/08/2019, Dje 02/09/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea.html>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

TEM SAÍDA; Projeto para Autonomia Financeira de Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Cartilha destinada a empresas para reconhecer e ajudar vítimas de violência doméstica no ambiente de trabalho**. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/trabalho/Cartilha_Tem_Said_a_empresas%20\(1\).pdf.html](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/trabalho/Cartilha_Tem_Said_a_empresas%20(1).pdf.html)>. Acesso em: 07 maio. 2021.

Da proposta de desmilitarização da polícia face o antagonismo entre as ações policiais e os direitos humanos ¹

Lillian de Freitas ²
Josiane Petry Faria ³

Introdução

O alto índice de violência policial no Brasil tem preocupado não só a sociedade brasileira, mas também a nível internacional, onde organizações como a ONU, estão se movimentando para exigir das autoridades competentes medidas com o intuito de ao menos diminuir essa violência. Assim, serão analisadas as causas do aumento dessa violência, uma vez que, por um lado existe uma parcela da população que deseja o fim da violência policial utilizada como instrumento de combate à criminalidade, e do outro, setores da sociedade que defendem os chamados de atos de exceção cometidos pelos agentes de segurança pública, entendendo que dessa forma, o serviço se torna mais eficaz.

Atualmente o modelo policial adotado divide-se em uma polícia civil e outra militar, onde a primeira atua como polícia judiciária e a segunda como ostensiva. O foco do trabalho será analisar a estrutura da polícia militar, o treinamento que os agentes são submetidos, a hierarquia

¹ Artigo científico produzido como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, sob orientação da Professora Doutora Josiane Petry Faria, no ano de 2021.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 165953@upf.br. Link para o currículo na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3540745442769156>.

³ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa realizada. E-mail: jfaria@upf.br Link para o currículo na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6863685994450647>

imposta e os métodos utilizados no combate à criminalidade, já que reflete diretamente na prevenção e repressão ao crime.

Também é necessário investigar qual é a influência das políticas criminais em relação a violência policial. Tendo isso em vista, serão expostos os posicionamentos doutrinários existentes acerca das políticas criminais adotadas pelo Brasil nas duas últimas décadas, construindo uma linha do tempo, com o objetivo de demonstrar, através de dados compilados, até que ponto elas são eficazes, e quais são os reflexos para a sociedade.

Com efeito, uma vez localizado o problema ensejador da violência policial, será apresentada uma possível solução para ele, que implica em uma mudança na estrutura da polícia, com um modelo de polícia desmilitarizada, totalmente desvinculada às Forças Armadas, com a estrutura baseada nos direitos fundamentais, direcionada principalmente ao tratamento do cidadão, utilizando-se da força adequadamente, somente quando em situações extremas.

O presente artigo é de devida importância para que se tenha noção da verdadeira função da polícia, além de demonstrar que a violência por parte desses agentes não propicia o sucesso no combate ao crime. Destarte, as políticas criminais possuem o papel de alterar esse cenário, mas é necessário examinar se as medidas que estão sendo tomadas são efetivas ou apenas favorecem a disseminação da violência policial, bem como se a desmilitarização da polícia seria uma possível solução para o fim dessa violência, ao mesmo passo que seria mais efetiva no combate a criminalidade.

1 Violência Policial no Brasil: o antagonismo entre ações policiais e os direitos humanos

A violência policial é um dos maiores desafios enfrentados no Brasil, visto que acaba sendo utilizada como instrumento de controle da

criminalidade, o que gera ainda mais violência, uma vez que os índices de criminalidade não diminuem, pelo contrário, aumentam. Assim, passa-se a uma análise da estrutura policial no Brasil, e como ela afeta a sociedade, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos.

Atualmente, as principais e mais conhecidas forças de segurança pública no Brasil são a Polícia Federal, a Polícia Civil e a Polícia Militar, sendo que as atribuições de cada uma delas estão expressamente elencadas no artigo 144 da Constituição Federal. De forma simplificada, a Polícia Federal atua em questões de interesse da União ou da Federação como um todo, e as polícias Civil e Militar atuam em questões de interesse dos Estados-membros da Federação.

A Polícia Militar e a Polícia Civil subordinam-se aos governos estaduais (ou distrital, no caso do Distrito Federal), e a principal diferença entre elas é que a Militar atua como polícia ostensiva e a Civil atua como polícia judiciária. A polícia judiciária é um órgão da segurança do Estado, e a ela compete a apuração das infrações penais (exceto as militares), o que ocorre através de uma investigação preliminar ou investigação criminal, formalizada através do Inquérito Policial. Dessa forma, cabe exclusivamente à polícia judiciária a apuração de fatos delituosos e a coleta preliminar dos elementos de prova que sustentarão a viabilidade ou não do subsequente processo penal, cujo procedimento nada mais é que um meio instrumentalizador à pretensão punitiva do Estado. (CORREIA, 2009, p. 40)

Já a polícia ostensiva é um órgão da segurança do Estado que tem como principal função a prevenção e repressão ao crime, onde o militar estadual no exercício de sua autoridade pública, identificada de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, visa ilidir condutas ilícitas, protegendo a integridade de pessoas, bens e serviços. Assim, a Polícia Militar, sendo polícia de preservação da ordem pública, utiliza-se

do policiamento ostensivo para cumprir sua missão. (LAZZARINI, 1999, p. 103)

Dessa forma, a Polícia Militar, objeto de estudo do presente trabalho, representa, conforme dispõe o parágrafo sexto do artigo 144 da Constituição Federal, força auxiliar e reserva do Exército brasileiro, subordinando-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Portanto, a preparação que os policiais recebem para o exercício de suas funções é bastante exigente, incluindo treinamentos de força máxima. No entanto, esse tratamento e a postura adotada se mostram, por vezes, ineficazes, resultando em temor por parte da população, que passa a ter medo não apenas da criminalidade, mas também de quem deveria defendê-la. Sobre o assunto, ensina Amaral (2003, p. 61):

A formação do militar, que é essencialmente profissional da guerra, não deve ser confundida com a do policial, mesmo porque o mais cruel dos bandidos não é o inimigo mortal a ser eliminado (senão a ser preso) como é fato normal e decisivo nas guerras. A essência da guerra é a eliminação do inimigo, a essência da missão policial é preservar a ordem pública e prender o criminoso, nada mais que isso... Essa confusão na formação e na rotina operacional do policial explica muitas de nossas crises no sistema de segurança pública brasileiro.

Existe uma confusão na formação e na rotina operacional do policial, que entende que o “criminoso” é um inimigo a ser executado, tal como acontece na guerra, fazendo-se justiça com as próprias mãos, quando na verdade sua função é prender o sujeito para preservar a ordem pública, nada mais.

Apesar do crescimento vertiginoso da criminalidade comum, segue-se fazendo segurança pública com o modelo do passado. O Estado não reagiu adequadamente à institucionalização do crime organizado e

manteve uma estrutura policial desenhada para o controle social e político da população. O remédio adotado foi fortalecer uma estrutura que, na origem, já era inadequada para uma atividade de policiamento democrático. (WEICHERT, 2017, p. 114)

O Brasil apresenta um quadro crescente de casos de violência policial, fato que atinge diretamente, de forma prejudicial, grande parte da sociedade brasileira. O papel de um policial é garantir a segurança pública, e, de certa forma, transmitir confiança para toda a população, porém, o que se tem vivenciado são os limites estabelecidos pela lei no cumprimento do mandato legal sendo ultrapassados pela ação policial.

Para entender o significado de abuso de autoridade, Guimarães; Torres e Faria (2005, p. 264), explicam:

A violência policial está baseada na prática do abuso de autoridade contra o cidadão. Para se falar em violência policial é necessário entender o significado de abuso de autoridade. Ferreira, citado por Oliveira e Tosta (2001, p. 60), afirma que o termo abuso apresenta a ideia de excesso, injustiça e violação em relação às normas. Já o termo autoridade constitui a ideia de "direito de se fazer obedecer, aquele que tem por encargo fazer respeitar as leis, ou representante do poder público".

Conforme esses autores o abuso de autoridade está diretamente ligado à violência policial. Com isso, um policial que usa sua força física de forma violenta está desrespeitando as normas, cometendo excessos que não são permitidos, o que resulta em injustiças.

Segundo Chevigny (2003, p. 49), uma “série de respeitáveis estudos tem demonstrado que não há correlação entre o número de tiros dados pela polícia, a quantidade de prisões, a taxa de criminalidade (incluindo a taxa de homicídios), ou a segurança dos policiais”. No Brasil, apesar dos preocupantes índices de mortes causadas por policiais e do elevado

encarceramento, o número de homicídios (inclusive de profissionais de segurança pública) não diminuiu, pelo contrário, apresentou uma tendência de alta. (WEICHERT, 2017, p. 117)

Através dos dados compilados dos Anuários Brasileiros de Segurança Pública, elaborados em 2014; 2016; 2018 e 2019, pelo Fórum de Segurança Pública, verificou-se que, no período de 2011 a 2017, a letalidade policial teve um aumento significativo de 106,09% e, o número de crimes violentos letais intencionais teve uma alta de 32,17%. Não obstante, a população carcerária, nesse período, também cresceu 35,96% e a morte de profissionais de segurança pública aumentou 41,46%. Ou seja, todos os números apontam o aumento da repressão, sem qualquer efeito positivo na segurança pública.

Sobre o policiamento rigoroso implantado no Brasil, Matsuda, Graciano e Oliveira (2009, p. 46), explicam:

Ainda que um policiamento rigoroso, de fato, ajude a coibir a prática de atos criminosos, o que vemos acontecer na prática em nosso país é que, com baixo investimento em treinamento e equipamentos, o maior 'rigor' do policiamento descamba muitas vezes para o vale-tudo, o desrespeito às leis, a lógica do olho por olho, dente por dente. Como vimos, essa lógica só reproduz o ciclo de violência, que acaba vitimando pessoas inocentes e gerando um sentimento de insegurança geral.

O treinamento ao qual o policial é submetido é um dos principais contribuintes para a atuação violenta destes agentes, uma vez que a violência é combatida com mais violência. E, pode-se afirmar que a falta de iniciativa para reformar as forças de segurança pública está diretamente relacionado ao fracasso no combate à criminalidade. Na mesma linha, Oliveira e Tosta (2001) entendem que a polícia, no que diz respeito ao seu papel, é responsável pela segurança social dos indivíduos e

pela manutenção das regras jurídicas, por meio da prevenção ou da investigação, mantendo a ordem social. Todavia, isso não lhe dá o direito de punir os infratores ou realizar julgamentos, mas apenas de direcioná-los à justiça.

A grave situação da segurança pública, incluindo a violência generalizada e os abusos policiais, chamou a atenção dos Estados-membros da ONU, os quais elaboraram uma grande lista de recomendações sobre as violações aos direitos humanos. O Reino Unido, Ruanda e Malásia sugeriram a introdução de treinamento em direitos humanos para as forças policiais, tendo sido também recomendada, pelo Reino Unido, a implementação de um programa para reduzir as mortes provocadas por policiais em 10% até a próxima revisão periódica. (ONU, 2017)

O crescimento da violência policial vem sendo associado ainda à ineficiência do aparelho policial e do Judiciário e à impunidade dentro das corporações de ofício. Devido ao baixo controle, alguns policiais (civis e militares) consideram-se acima da lei e acreditam que a solução para a violência e a criminalidade está na ação truculenta das forças policiais, que contam ainda com o apoio de parte da população e com a possibilidade de não serem denunciados, julgados e punidos exemplarmente por suas atitudes violentas e arbitrárias. A realidade é que o Estado encontrou caminhos para legalizar os seus abusos e para realizar atividades ilegais sem punição, a prática cotidiana dos órgãos responsáveis pela persecução penal de tolerar a ilegalidade e o abuso, segue protegendo os autores de condutas ilegais com o manto da impunidade. (COSTA, 2004, p. 113)

Em uma matéria desenvolvida em 2016 pela organização internacional *Human Rights Watch*, escrita por César Muñoz Acebes, foram examinados 64 casos envolvendo violência policial no Rio de Janeiro, e apenas 08 foram a julgamento, onde somente 04 resultaram na

condenação dos policiais envolvidos. Em 36 dos 64 casos, promotores de justiça sequer apresentaram denúncias, apesar de evidências críveis de que a polícia havia acobertado um caso de uso ilegal da força. O Ministério Público disse à *Human Rights Watch* que apresentou denúncia em apenas 0,1 por cento dos 3.441 casos de homicídios cometidos pela polícia que foram registrados entre 2010 e 2015. (ACEBES, 2016)

Os casos de violência policial alimentam um sentimento de descontrole e insegurança que dificulta qualquer tentativa de controle. A violência policial, principalmente quando os responsáveis não são identificados e punidos, é percebida como um sintoma de problemas graves de organização e funcionamento das polícias. Estes problemas, se não forem solucionados, principalmente em democracias emergentes como o Brasil, podem gerar problemas políticos, sociais e econômicos sérios e podem contribuir para a desestabilização de governos e de regimes democráticos. (MESQUITA NETO, 1999, p. 131).

Um dos pontos que contribuem para a impunidade nos casos de violência policial é bem explicado pelo Defensor do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos, Daniel Lozoya, que declarou:

O que se verifica na prática é que todos os atos são tendentes a confirmar a hipótese inicial que se baseia exclusivamente na palavra do próprio policial envolvido ou do seu colega que também é envolvido na ocorrência. O resultado disso é a não responsabilização, o não encontro de provas, não produção de provas, não apuração dos fatos relevantes para o esclarecimento do objeto da investigação. (LOZOYA, 2016, p. 32)

Como bem explica Lozoya, muitas das vezes a única prova obtida é a palavra do policial que está envolvido na operação. E, portanto, o que for declarado por ele é tomado como verdade, o que resulta na falta de empenho para esclarecer efetivamente as circunstâncias em que a

violência policial ocorreu, e conseqüentemente, na sua não responsabilização pelo ato cometido.

De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2020), o racismo policial se insere em um contexto de impunidade histórica e insuficiente responsabilização das práticas de abuso policial, tanto pelo sistema de justiça criminal quanto pelas próprias instituições policiais. A Comissão considerou necessário que as capacidades estatais do sistema de justiça criminal e encarregados da aplicação da lei fossem fortalecidas, para que o uso de critérios raciais e o uso excessivo da força fossem proibidos.

Por conta da instabilidade existente às margens entre o legal e o ilegal, bem como a questão da impunidade nos casos de abuso policial, não só a polícia é temida, mas também o sistema judiciário é deslegitimado, não sendo mais reconhecido como um recurso confiável para a justa resolução de conflitos. Com efeito, “[...] a combinação de uma polícia violenta com um sistema de justiça deslegitimado é fatal para o controle da violência civil em qualquer situação, mesmo numa democracia. Na verdade, ela só ajuda a violência a proliferar, colocando em xeque as instituições democráticas”. (CALDEIRA, 2000, p. 155). Dessa forma, Machado e Noronha (2002) compreendem que a arbitrariedade policial não é um aspecto isolado, mas que abrange autoridades e cidadãos, colocando o combate à criminalidade acima da aplicação da lei e proteção da sociedade.

Portanto, depreende-se que a violência policial é causada por diversos fatores, sendo que a própria estruturação da polícia é um deles, tendo em vista que, a polícia militar é força reserva do Exército, confundindo, assim, sua verdadeira função, porquanto não deveria receber treinamento para guerra, uma vez que não está em meio a uma. Também é deplorável que o tratamento do Poder Judiciário seja diferente nos casos em que envolve

violência policial. Nota-se que o mesmo esforço para condenar acusados é o mesmo para não condenar os policiais que cometem atos ilegais, que lamentavelmente são justificados como atos de exceção. Essa impunidade gera uma insegurança jurídica preocupante, pois, a teor do disposto no art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, não podendo haver qualquer distinção no momento de sua aplicação, em que pese esta seja uma realidade aparentemente utópica.

Dessa forma, a análise das políticas criminais adotadas no Brasil é de suma importância, tendo em vista que os efeitos decorrentes destas atingem toda a sociedade, bem como influencia no tema violência policial. Assim, no próximo tópico será esclarecido se as medidas que estão sendo tomadas são efetivas ou apenas favorecem a disseminação da violência policial.

2 Posicionamentos existentes acerca das políticas criminais adotadas pós Constituição de 1988, e os efeitos delas decorrentes

O aumento das mortes causadas por policiais tem crescido exponencialmente nas últimas duas décadas, e as políticas criminais exercem papel fundamental sobre esse fato, uma vez que a eficiência das políticas criminais são fatores que atingem diretamente no combate à criminalidade.

Marty (2004, p. 42), considera política criminal como “o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”, ampliando a perspectiva do objeto da política criminal, que atualmente tem a necessidade de incluir problemas não só de repressão, mas também de prevenção.

Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007) entendem que existem três tendências político-criminais na atualidade, sendo elas: Movimentos Punitivistas ou Repressivistas; Movimentos Abolicionistas; e Movimentos Minimalistas.

Segundo esses autores, as *tendências punitivistas/repressivistas* acreditam no Direito Penal como instrumento de pacificação social, portanto só seria alcançada a paz social por meio da intensificação das proibições penais e dos castigos. Diferente das *tendências abolicionistas*, que não acreditam no Direito Penal, pois ele seria mais lesivo que o próprio crime e produziria males maiores do que os que pretende evitar. E por fim, as *tendências minimalistas*, que apesar de duvidarem da eficácia do Direito Penal para a resolução de conflitos, procuram justificar a sua existência a partir de uma perspectiva de mínima intervenção. Assim, este deveria ser aplicado como *ultima ratio*, de modo subsidiário e com respeito a todas as garantias penais e processuais estabelecidas pelo Estado Constitucional e democrático de Direito. (GOMES, PABLOS DE MOLINA, BIANCHINI, 2007)

Além desses movimentos, Carvalho (2013) em sua metodologia desenvolvida através de anamnese, busca explicar as políticas criminais no Brasil baseado em um caráter ideológico. Dessa forma, para esse autor, existe um tripé formado pela: Ideologia de Defesa Social, pela Ideologia de Segurança Nacional e por Movimentos de Lei e Ordem.

A *Ideologia de Defesa Social*, em seu contexto positivo, é uma forma de integrar a sociedade, de modo a estabelecer condutas criminalizantes que estão em consenso com determinados valores ideológicos do estrato social dominante. Já no seu conceito negativo, essa política não leva em conta o caráter individual, psicológico e social presente nas condutas coibidas. Como por exemplo a criminalização da conduta abortiva, que não leva em conta as necessidades individuais do corpo feminino, entre outros fatores, mas se atentará a um conceito de reprovabilidade social que estará concentrado em um determinado estrato social dominante. Além disso também funciona como uma válvula de escape de vontades, culminando

no afastamento da sanção penal como medida reeducativa e desta como medida retributiva. (CARVALHO, 2013)

Tendo seu auge na época pós-64 e na Guerra Fria, a *Ideologia de Segurança Nacional* contribui para a militarização das instituições de caráter coercitivo, onde faz a associação entre o criminoso político e o criminoso comum. Surgindo assim o direito penal do inimigo, que tem como base o uso de coerção de caráter militar como única reação às condutas desviantes. Um exemplo é a criação de facções criminais, como o Comando Vermelho no Rio de Janeiro, que tem como princípios a “paz, justiça e liberdade” e como jurisdição moradores de áreas periféricas da cidade “sob seu controle” e parte da população carcerária. (CARVALHO, 2013)

Por fim, os *Movimentos de Lei e Ordem* servem como garantidores do status quo presente, ratificando a criação do estado de exceção como única maneira de proteger a moral, a ordem, os bons costumes, o agente produtivo da sociedade, considerados como conceitos primordiais à manutenção da sociedade. Desse modo, utiliza-se da cultura do medo, concentrada na mídia de caráter sensacionalista, como por exemplo a Ação Penal 470, apelidada pela grande mídia de “mensalão”. (CARVALHO, 2013)

Verifica-se, portanto, que a punição e a consequente identificação do inimigo gera um certo alívio à sociedade, o que acaba por afastar a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a análise das razões que deram causa àquelas situações negativas, pois punindo o “inimigo”, é provocada uma sensação superficial de que o problema já estaria satisfatoriamente resolvido. E é esse um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, ocultando as reais fontes geradoras da criminalidade, estimula a “crença em desvios pessoais a serem

combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.” (KARAM, 1996, p. 82)

A partir disso, percebe-se que a teoria retribucionista está presente na realidade, não de forma direta, mas sim subjetiva. A sociedade se satisfaz ao ver o infrator ser punido brutalmente, mesmo que esse castigo não contribua em nada para sua ressocialização. Não é levado em conta se a punição aplicada é ultrajante ou desumana - a situação aviltante dos nossos presídios é um exemplo. O que realmente interessa é que o criminoso seja punido; assim, até mesmo a morte do transgressor passa a ser vista como retribuição pelo delito cometido.

Assim, o povo, por acreditar na fantasia de uma lei penal mais rígida, acaba se tornando ainda mais vítima de políticos e governantes, que se aproveitam da vontade popular em suas campanhas. A defesa constante da "guerra contra o crime", aumenta a discrepância entre o formal e o real, bem como a utilização unicamente autoritária do Direito Penal. Nesse contexto, marcado pela incansável busca da "tranquilização da vida social", “o que se verifica é a consolidação de uma sociedade de exclusão, de uma democracia sem cidadania, de um cidadão sem direitos. Esse é também o retrato nacional”. (PASTANA, 2009, p. 135)

Azevedo e Azevedo (2008) apontam que a legislação penal produzida no Brasil a partir da Constituição Brasileira de 1988 tende a utilizar normas penais de “emergência” que passam a reger campos da vida que antes não eram regulados por normas penais, o que, de certa forma, representa um aprofundamento do intervencionismo penal em uma vertente punitivista. Como exemplos, citam a lei dos crimes hediondos (8.072/90), a lei do crime organizado (12.850/2013), entre outras. Essa noção de emergência, alimentada pelo medo social estrategicamente incorporado pelos indivíduos, transforma os conflitos em ameaças, facilmente desviando a verdadeira causa dos problemas, que não são de

natureza conjuntural, mas social. E sob essa lógica, o Estado punitivo busca sua legitimidade lançando mão dos mecanismos de punição capazes de gerenciar a pobreza e disseminar o medo. (PASTANA, 2007, p. 39)

Sob essa ótica, explica Baratta (1991, p. 49-50):

En el caso de la teoría de la resocialización, aquel fin se lograría transformando al condenado de tal modo que él se vuelva capaz de una vida en libertad sin delitos. La función inmediata es esta transformación del infractor. En el caso de la teoría de la intimidación general, en cambio, la defensa social se realizaría creando a través de la amenaza de la pena y/o el espectáculo de su aplicación, una contramotivación en los potenciales infractores, o sea, en todos aquellos sujetos que aun no siendo autores de infracciones, se puede hipotetizar que no tengan una actitud espontánea de lealtad con el ordenamiento.

O autor expõe duas teorias de finalidades diferentes. A primeira, onde há uma preocupação em tornar o sujeito que foi condenado em uma pessoa que, após o cumprimento de sua pena, não voltasse a cometer crimes. Já a segunda teoria, possui a função apenas de punir e intimidar, fazendo com que a aplicação da pena vire um espetáculo, transformando a imagem da realidade, de maneira a contentar os espectadores, não se importando em satisfazer as reais necessidades dos cidadãos.

Torna-se possível afirmar que, no Brasil, ao invés da punição servir como defesa da sociedade contra a criminalidade, através da prevenção geral ou especial de novas condutas delitivas, é utilizada como ferramenta para se conformar cada estrato social no lugar que lhe é atribuído pelo sistema de produção vigente e o código social por ele instituído. (WERMUTH, 2015)

Maria Lúcia Karam (1996) também destaca a existência da seletividade no âmbito penal, uma vez que o status negativo de criminoso recai, preferencialmente, sobre a classe subalterna, do mesmo modo em que os bens e atributos positivos são distribuídos entre as classes

dominantes, onde um ou outro membro é condenado “tão somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação.” (KARAM, 1996, p. 81)

E é justamente neste ponto que, como destaca Wermuth (2015), o Direito Penal brasileiro revela sua proporção desumana, partindo da premissa ideológica, a qual possui respaldo nos discursos de “lei e ordem” e do “direito penal do inimigo”, de combate ao crime organizado e ao narcotráfico, assim, o sistema punitivo busca estimular a confiança dos principais setores da sociedade.

O fato é que esse modelo de política criminal bélico produz a banalização da morte, onde os mortos desta guerra têm uma camada social comum: são jovens, negros, índios e pobres. De maneira que os projetos que preveem penas maiores para os traficantes deixam ainda mais expostos à criminalização e demonização as principais vítimas dos efeitos implacáveis do controle social globalizado: a juventude pobre das cidades brasileiras. (BATISTA MALAGUTI, 2003, p. 12-13)

Como alude Bicudo (2000, p. 96): “O papel das Polícias Militares aparece portanto bastante claro, qualificando as populações marginalizadas, as mais expostas a essa guerra, com o conceito – advindo ainda da ideologia da segurança nacional – de inimigo interno, que cumpre eliminar.”

De acordo com os dados compilados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, elaborado em 2020, pelo Fórum de Segurança Pública, foram mortas por policiais (em serviço e fora de serviço) no Brasil, 6.357 pessoas no ano de 2019. Sendo constatado que o Rio de Janeiro é o estado com a maior taxa e o maior número absoluto de pessoas mortas em confronto com a polícia: 1.810 vítimas. No que tange à raça/cor, 79,1% das

vítimas de intervenções policiais que resultaram em morte eram pretas e pardas.

Nessa linha expõe Weichert (2017, p. 113-114):

Esses dados permitem inferir que a política criminal e o funcionamento do aparato de segurança e justiça estão direcionados diretamente a esse público de jovens negros e pobres. Além de sofrerem a mão pesada do Estado através da repressão legal (encarceramento) e ilegal (execuções sumárias), são entregues à própria sorte no que diz respeito à proteção de sua integridade, tanto que terminam sendo as vítimas predominantes de mortes intencionais violentas em geral (ou seja, aquelas não cometidas por agentes estatais). Parece evidente, portanto, que se reproduz no campo da segurança e da justiça a estrutura hierarquizada e excludente da sociedade.

De acordo com esse autor, existe uma seletividade dentro do sistema, onde jovens negros e pobres, por estarem nessa condição, não possuem a proteção do Estado, estando, desse modo, desamparados. Portanto, a desigualdade social é um fator contribuinte para o aumento da violência em geral, uma vez que essa classe é excluída da sociedade, e não possui meios de se defender, acabando como vítimas do próprio sistema.

Ao mesmo passo, conforme explica Bauman (1999, p. 121-122), a sociedade anseia por “justiça”, e essa justiça lhe é conferida quando a polícia efetua a prisão de uma determinada camada da sociedade, que de alguma maneira esteja ameaçando a ordem social. Sendo assim, o encarceramento é visto como um método eficiente no combate à criminalidade, principalmente porque é utilizada como método de punição.

Sob essa ótica, destaca Wacquant (1999, p. 48):

Consequentemente, uma profunda simbiose estrutural e funcional se estabeleceu entre o gueto e a prisão. As duas instituições se interpenetram e se completam na medida em que ambas servem para garantir o confinamento

de uma população estigmatizada por sua origem étnica e tida como supérflua tanto no plano econômico como no plano político.

As políticas criminais brasileiras adotadas atualmente causam um efeito negativo à sociedade, uma vez que estão demasiadamente focadas apenas em punir e reprimir, porquanto acreditam que o endurecimento das penas e a tipificação de novos crimes são um método eficaz no combate à criminalidade, colocando o Direito Penal como a solução primordial para a maioria dos problemas da sociedade.

Nesse sentido, Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007, p. 304-305) argumentam:

São notas marcantes do nosso modelo político criminal: endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal etc. Na era da globalização, o Direito penal brasileiro não se distingue da maioria dos países: vem experimentando uma expansão exagerada e, com isso, deformando-se. [...] O colossal incremento da criminalidade, derivado, sobretudo, do modelo socioeconômico injusto que prepondera no nosso país vem gerando uma forte demanda por políticas criminais duras.

O temor decorrente do aumento da criminalidade, acarreta no apoio da sociedade para a inserção de políticas criminais mais duras, onde tem-se como solução para esse problema a aplicação de penas mais rigorosas, bem como o afastamento dos direitos humanos. Um exemplo disso foi a criação da PEC nº 171/93 (redução da maioria penal).

A crise econômica associada ao crescimento da criminalidade, resultou em uma grande resistência da polícia contra as reformas para minimizar a tortura e as execuções sumárias. Por consequência disso, a defesa dos direitos humanos foi responsabilizada, por boa parte da opinião pública, pelo aumento da criminalidade. (AZEVEDO, 2009, p. 99). Dessa

forma conclui Azevedo (2009, p. 102): “A defesa dos direitos humanos, ou seja, do puro e simples respeito à lei no processo penal e no momento da execução da pena, passa a ser tachada como a “defesa de bandidos”.

Entretanto, essas políticas criminais adotadas no Brasil se mostraram insuficientes para conter o avanço da criminalidade, pois conforme destaca Weichert (2017, p. 118), o uso da violência policial abusiva e ilegal não elucida crimes. Ela serve mais especificamente aos propósitos de vingar, retaliar e amedrontar, os quais não são função de uma polícia democrática.

Um começo para reverter esse cenário de violência é a desmilitarização da polícia, uma vez que o problema principal que contribui para a violência policial é o caráter militar desta. Assim, no próximo tópico será demonstrado o que é a desmilitarização, bem como quais são seus pontos positivos para a sociedade.

3 Da desmilitarização da polícia: impasses provenientes da manutenção do atual modelo policial e a relevância da mudança no contexto sociopolítico brasileiro

Como já destacado nos tópicos anteriores, o método de repressão e punição severa utilizado polícia, não surtiu efeitos favoráveis no combate à criminalidade, pelo contrário, gerando ainda mais violência.

O modelo policial militarizado adotado atualmente é herança do período ditatorial, cuja transição para a democracia não foi bem executada, acarretando em uma política de esquecimento. A população foi impedida de ter acesso à verdade, uma vez que não foram procedidas as investigações a respeito das atrocidades cometidas durante o período autoritário, por conta da Lei da Anistia, que pode-se dizer, foi “vendida” à sociedade como se os militares tivessem prestado um favor, e não como consequência da luta travada pelos movimentos de oposição ao regime. (SILVA FILHO, 2011)

Nesse sentido, com a vinda da Constituição Federal de 1988, em se tratando de uma democracia, esperava-se que o objetivo fosse tornar clara a separação das funções da polícia, sendo a responsabilidade desta tratar da ordem interna, resolvendo questões de segurança pública, enquanto que os militares federais se encarregavam dos problemas externos, ou seja, da guerra. Contudo, a Constituição não procurou fazer essa separação, pelo contrário, acabou dificultando-a. (ZAVERRUCHA, 2000)

Dessa forma, expõe Valente (2012, p. 213):

O problema maior da militarização é que a filosofia operacional das Polícias Militares ainda é fortemente ligada à do Exército. A formação dos policiais militares é semelhante à formação para a guerra, com uma doutrina que confunde defesa externa e defesa interna. É adotado o modelo de guerra para o combate ao crime, sendo o criminoso percebido como inimigo a ser eliminado, os policiais são vistos como combatentes e a favela como território a ser ocupado. O policiamento é, então, realizado com a adoção de estruturas e conceitos militares. Nas academias há pouco treinamento específico policial, sendo reproduzida a doutrina do Exército herdada do regime militar.

Sobre a organização das polícias militares, verifica-se uma hierarquia similar à que é praticada no modelo organizacional do Exército Brasileiro. De acordo com o artigo 8º da Decreto-Lei nº 667/69 e artigo 85, parágrafo segundo, A do Decreto-Lei nº 3.864/41, os integrantes são divididos em dois grupos distintos, o de Oficiais (Coronel, Tenente-Coronel, Major, Capitão, 1º e 2º Tenente e Aspirante-a-Oficial) e o de Praças (Subtenente, 1º, 2º e 3º Sargento, Cabo e Soldado). Demonstrando que, embora as funções destas duas instituições sejam totalmente diferentes, o modelo estrutural adotado pela polícia militar é o mesmo do Exército, e, conseqüentemente, o treinamento empregado também é similar.

Percebe-se que o autoritarismo segue presente nessa hierarquia, devendo o militar de posto inferior obedecer ao seu superior logo que seja

demandado, sendo que na maioria das vezes, sem questionamento (ASSIS, 2006). Isso acontece justamente em virtude do treinamento fornecido a esses militares, onde os superiores se utilizam de sua superioridade hierárquica para humilhar os inferiores, submetendo-os a violento estresse psicológico, visando criar um sentimento de vingança contra o “inimigo”. (VALENTE, 2012, p. 213)

Sendo assim, completa Lima (2014, p. 41) “quando o policial se vê despedido de seus direitos, não se identificando mais como um sujeito de direitos, transfere esse sentimento para a pessoa que visa combater, despidendo-a de qualquer direito fundamental”. A partir disso, o suposto “criminoso” deixa de ser uma pessoa munida de direitos, e se torna um inimigo a ser combatido a qualquer custo.

De acordo com o relatório do Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil), realizado pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada (CPJA) da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO FGV), no ano de 2017, apenas 26% dos brasileiros confiavam no trabalho da polícia, tendo ocorrido uma queda de 10 pontos percentuais, no período de 2014 a 2017. Esse estudo mostra que os brasileiros, ao decorrer dos anos, estão mais insatisfeitos com a atuação da polícia, demonstrando a falência desse modelo ultrapassado, que não mais supre as necessidades da população.

Além disso, os próprios agentes de segurança pública não estão satisfeitos com a manutenção do atual modelo policial. Uma pesquisa realizada em 2014, pelo Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas - CPJA, da Escola de Direito da FGV em São Paulo e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em parceria com a SENASP, revelou que 63,5% dos policiais são favoráveis ao fim da justiça militar para as polícias militares, bem como 76,1% de policiais militares apoiam a desvinculação ao Exército, sendo que 93,6% acreditam na necessidade de modernização dos regimentos e códigos disciplinares de modo a adequá-los à CF de 1988.

Outro dado revelado entre os entrevistados foi a questão de vitimização e letalidade: 59,6% já foram humilhados ou desrespeitados por superior hierárquico e 43,2% acreditam que policial que mata criminoso deveria ser premiado e inocentado pela justiça.

Sobre essa pesquisa, Renato Sérgio de Lima, pesquisador da FGV e membro do Fórum, afirmou que os policiais entrevistados “identificam um limite no modelo atual. Os policiais apoiam o fim da Justiça Militar e a desvinculação do Exército para que o foco seja a proteção da sociedade, e não os interesses do Estado”, ressaltando ainda que, “isso não significa ausência de disciplina, hierarquia, uniformes e controle, elementos necessários em uma organização policial”. (CARTA CAPITAL, 2014)

Quanto a isso, é necessário esclarecer que desmilitarizar a polícia não significa extinguir a hierarquia e disciplina, mas sim romper com uma estrutura que se mostra incompatível com os princípios democráticos. E isso exigiria uma separação radical entre a lógica das polícias militares e das Forças Armadas, criando-se um modelo de polícia civil unificado. (LIMA, 2014)

O problema da militarização da polícia não está na utilização de armas para exercer sua função, e sim na sua percepção maniqueísta de que a sociedade é dividida entre “cidadãos de bem” e “criminosos”, marcada por uma formação que insiste em disseminar ainda mais a desigualdade existente no país. Onde o cidadão de boa índole necessita de proteção, enquanto quem está do outro lado merece ser policiado e punido, como se inimigo fosse.

Esse novo modelo sofreria alterações relevantes em sua estrutura, acabando com o privilégio da centralização, rigidez, a verticalização e o autoritarismo rígido e absoluto que atualmente caracterizam a polícia. Seria conferida ao policial autonomia, estando este em contato direto com os problemas sociais e com os cidadãos. (LIMA, 2014, p. 57). Com a

unificação das polícias, consoante Bicudo (2000), a polícia seria especificamente civil, terminando com a sua função autoritária, obtendo um resultado muito mais benéfico na relação custo/benefício com a manutenção dessa nova polícia, onde haveria um aumento significativo no número de policiais nas ruas, bem como uma melhor utilização de seu efetivo, equipamentos e instalações. Ressalta que “com esse modelo, encerrar-se-á aquele concebido para atuar no controle social da população mais pobre, excluída ou marginalizada, para uma polícia democrática, subordinada ao poder civil.” (BICUDO, 2000)

Segundo Silveira (2014), ao manter a existência dessas duas polícias, a Constituição Federal onerou demasiadamente os cofres públicos, que precisam sustentar uma dupla estrutura policial. E, conseqüentemente, acabou criando uma espécie de rivalidade entre as duas polícias, importando na má qualidade em que o serviço é realizado, sendo pouco eficaz, visto que quando de fato consegue atingir seus fins, o faz com exacerbada violência.

Sobre essa questão, afirma Rodrigues (2010, p. 25):

[...] a polícia militar e a polícia civil encontram-se à deriva de um sistema falido e não conseguem atuar articuladas para o fortalecimento das corporações. A oposição declarada entre essas instituições impede uma ação efetiva de combate ao crime como também impede de se efetivar um projeto administrativo de forma coordenada.

O que é proposto através da desmilitarização, é que a preparação e qualificação dos agentes ocorra baseada nos direitos fundamentais, direcionada principalmente ao tratamento do cidadão, utilizando-se da força adequadamente, somente quando em situações extremas. O treinamento não se resumiria apenas em combates diretos e armados, mas com foco no preparo do policial para atender a sociedade - muito mais do

que prender o criminoso, a polícia necessita expandir seus atos. Em um caso de feminicídio, por exemplo, a força policial poderia realizar um trabalho de campo para saber se naquela área todas as mulheres tem ciência de seus direitos e como podem procurar proteção. Tal trabalho deve ser realizado, principalmente, nas comunidades mais carentes, que muitas vezes não possuem acesso a essas informações. Assim, o policial pode estimular as entidades, mobilizando quem possa auxiliar nessas questões, para prevenir que tal crime volte a ocorrer, cumprindo com seu dever de proteger a sociedade.

No que tange aos direitos humanos, é também fundamental que os agentes de segurança pública recebam treinamento guiado pelas normas constitucionais e internacionais sobre o respeito aos direitos humanos, uma vez que, conforme alude Nucci (2018): “Os direitos humanos somente atrapalham a polícia quando esta for despreparada ou desaparelhada; mal paga ou corrupta”.

Um modelo de polícia desmilitarizado não consistiria, necessariamente, na solução para a violência policial recorrente no Brasil, uma vez que existem diversos fatores que contribuem para essa violência, mas se apresentaria como uma iniciativa na efetivação de uma polícia cidadã e democrática, com a qual a sociedade se sinta segura e respeitada, onde a cor e a classe social não interfeririam no tratamento policial.

Considerações finais

Conclui-se, portanto, que o modelo policial militarizado adotado é ineficiente no combate ao crime, e que além disso, traz inúmeros prejuízos para a sociedade. Com efeito, verifica-se que as políticas criminais, ao invés de alterar o cenário de violência vivido no país, acabam disseminando ainda mais a violência policial, uma vez que apresentam como solução para o fim da criminalidade a aplicação de penas mais severas e leis mais

rígidas, utilizando-se da repressão e punição, com o intuito de satisfazer uma parcela da população que não se importa com a ressocialização do indivíduo, e enxerga o suposto “criminoso” como um inimigo que deve ser combatido a qualquer custo. Conforme esse pensamento, até a morte do suspeito pode ser considerada como um método válido para combater a criminalidade.

Além disso, como demonstrado nas estatísticas apresentadas, o “inimigo” a ser reprimido possui cor e classe social, sendo que o próprio sistema penal é seletivo, tendo em vista que a lei é feita para todos, porém é aplicada apenas para alguns, que, na maioria das vezes, não possuem condições para se defender. Assim, os direitos humanos são constantemente violados, pois a partir do momento em que uma pessoa é condenada, não mais é tratado como um sujeito detentor de direitos, é visto apenas como um criminoso que deve sofrer todo o tipo de consequência, e quanto mais severa a punição, melhor.

A realidade é que a polícia não está cumprindo com a sua função que é prezar pela segurança e proteger a sociedade, uma vez que é uma das polícias que mais mata. Por isso, para que este cenário melhore, é crucial que seja realizada uma mudança na estrutura policial, através da sua desmilitarização, assim, o policial não mais receberá um treinamento para enfrentar uma guerra, e sim voltado ao cidadão e aos direitos humanos, para que a força seja utilizada apenas em casos extremos. Também é necessário que sejam criadas políticas públicas que possuam foco na ressocialização do indivíduo, pois este um dia retornará para a sociedade, e para que ele possa recomeçar a vida longe do crime, é preciso oferecer oportunidades de estudo e trabalho durante o tempo que permanecer no cárcere.

Referências

- ACEBES, César Muñoz. **“O bom policial tem medo” Os custos da violência policial no Rio de Janeiro**. Human Rights Watch, 07.jul.2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291419>. Acesso em: 18.jun.2020.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Direito e segurança pública, a juridicidade operacional da polícia: O manual do policial moderno**. Brasília: Consulex, 2003.
- ASSIS, Jorge Cesar de. **Os regulamentos disciplinares militares e sua conformidade com a Constituição Federal**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, nº 221, 2006. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/rdmconformcf.pdf>. Acesso em: 29.mai.2021.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva**. Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, 4ª edição, 2009. p. 94-113. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6074/1/42-69-1-SM.pdf>. Acesso em: 29.mai.2021.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas**. In: WUNDERLICH, Alexandre. Política criminal contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica**. Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal. Barcelona: PPU, 1991. p. 37-55.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª edição, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BICUDO, Hélio. **A unificação das polícias no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, Universidade de São Paulo - USP, vol.14, nº 40, 2000.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros Crime: Segregação e Cidadania em São Paulo**. São Paulo, Edusp, 2000.

CARTA CAPITAL. **Cresce debate sobre desmilitarização da PM, 2014.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/excessos-cometidos-por-pms-impulsionam-debate-sobre-desmilitarizacao-da-policia-1256/>. Acesso em: 29.mai.2021.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** São Paulo. Saraiva, 2013.

CHEVIGNY, Paul. **The Control of Police Misconduct in the Americas. In: Crime and Violence in latin America: Ci-tizen security, democracy, and the state.** FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S.; GOLDING, Heather A. Washing-ton, DC: Woodrow Wilson Center Press, 2003. p. 45-68.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **A CIDH condena ações policiais violentas no Brasil e insta a que sejam adotadas medidas para combater discriminação social e racial.** Organização dos Estados Americanos (OEA), 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/187.asp>. Acesso em: 29.mai.2021.

CORRÊA, Vanessa Pitrez de Aguiar. **O Papel da Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito.** Segurança Pública e Cidadania, Brasília, v. 2, n. 1, p. 39-54, jan./jun. 2009.

COSTA, Naldson Ramos da. **Ofício de polícia, violência policial e luta por cidadania em Mato Grosso.** Perspec. São Paulo, v. 18, n. 1, p. 111-118, mar. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So10288392004000100014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 jun. 2020.

FGV ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO. **Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017.** 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 29.mai.2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública,** 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 29.mai.2021.

– **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 29.mai.2021.

GOMES, Luiz Flávio (Coord); PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Gonçalves Juliany; TORRES R. R. Ana; FARIA R. G. V. Margareth. **Democracia e violência policial: o caso da polícia militar**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 10, n. 2, p. 263-271, mai./ago. 2005. – Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141373722005000200013&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 16.mar.2021.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Discursos Sediciosos, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, jan.-jun. 1996. p. 79-92.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Nicole Vasconcelos. **Militares em ação. Meia volta... voltar! Desmilitarização da polícia e direito fundamental à segurança pública: análise crítica das PECS nºs 430/2009, 102/2011 e 51/2013**. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; SANTOS, Thandara. **Opinião dos Policiais Brasileiros sobre Reformas e Modernização da Segurança Pública**. Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas da Escola de Direito da FGV; Fórum Brasileiro de Segurança Pública; SENASP, 2014. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Opiniao_policiais_brasileiros_reformas%20seguranca_publica_2014.pdf. Acesso em: 29.mai.2021.

LOZOYA, Daniel. **Poder Legislativo do Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro (DOERJ)**, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/131425297/doerj-poder-legislativo-23-11-2016-pg-32>. Acesso em: 29.mai.2021.

MACHADO, E. P.; NORONHA, C. V. **A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas**. Sociologias, n.7, p. 188-221, 2002.

MARTY, Mireille Delmas. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Editora Manole Ltda. 2004.

MATSUDA, Fernanda E.; GRACIANO, Mariângela; OLIVEIRA, Fernanda C. F. **Afinal, o que é segurança pública?** Editora Global, 1ª edição, 2009.

MESQUITA NETO, Paulo de. **Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle**. Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 129-148.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Há confronto entre direitos humanos e segurança pública?** 2018. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/554147060/ha-confronto-entre-direitos-humanos-e-seguranca-publica>. Acesso em: 17.jun.2020.

OLIVEIRA, D. D.; TOSTA, T. L. D.. **Abuso de autoridade: fronteiras entre a segurança e a agressão**. Em D. D. Oliveira, S. A. Santos; V. G. B. Silva (Orgs.), *Violência policial: tolerância zero?* (p. 53-67). Goiânia: UFG; Brasília: MNDH. Série Violência em Manchete, 2001.

ONU, 2017. **Brasil recebe centenas de recomendações para combater violações aos direitos humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/76511-brasil-recebe-centenas-de-recomendacoes-para-combater-violacoes-aos-direitos-humanos>. Acesso em: 02.jun.2021.

PASTANA, Debora Regina. **Os Contornos do Estado Punitivo no Brasil**. Perspectivas, São Paulo, v. 31, jan./jun. 2007. p. 29-46.

_____. **Justiça Penal Autoritária e Consolidação do Estado Punitivo no Brasil**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 17, n. 32, fev. 2009. p. 121-138.

RODRIGUES, Marcus Paulo Ruffeil. **Gestão da Polícia Militar: A cultura institucional como agente limitador da construção de uma polícia cidadã**. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira**. In: PAYNE, Leigh; ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo (Orgs.). *A Anistia na era da responsabilização: o Brasil em*

perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin America Centrem 2011, p. 203-204.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Reflexões sobre a Desmilitarização e Unificação das Polícias Brasileiras**. PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer (Coord); SANTOS, Rogério Dutra dos (Coord). Memória, verdade e justiça de transição. Editora CONPEDI, 2014. p. 108-208. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e835b6e59c2bea36>. Acesso em: 29.mai.2021.

VALENTE, Júlia Leite. **“Polícia Militar” é um oxímoro: a militarização da segurança pública no Brasil**. São Paulo: Revista do Laboratório de Estudos de Violência da UNESP, n. 10.dez. 2012. p. 204-224. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/2646#:~:text=A%20partir%20da%20constata%C3%A7%C3%A3o%20da,democracia%20e%20os%20direitos%20humanos.&text=A%20pesquisa%20leva%20%C3%A0%20afirma%C3%A7%C3%A3o,um%20ideal%20de%20pol%C3%ADcia%20cidad%C3%A3>. Acesso em: 29.mai.2021.

WACQUANT, Loïc. **Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, 1999. n. 13. p. 39-50.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Violência sistemática e perseguição social no Brasil**. Rev. bras. segur. pública | São Paulo v. 11, n. 2, 106-128, Ago/Set 2017.

WERMUTH, Maiquel Dezordi. **Cultura do Medo e Criminalização Seletiva no Brasil**. Editora Amazon, 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. **Frágil Democracia: Collor, Itamar, FHC e os Militares (1990 – 1998)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

Vínculo empregatício e a uberização: possíveis alternativas

Luísa da Rosa Vieira¹
Maira Angélica Dal Conte Tonial²

Introdução

A tecnologia tem acompanhado a evolução da sociedade e suas necessidades com bastante precisão. O aplicativo Uber defende a ideia de facilitar a vida de seus usuários, que com apenas um toque na tela de seus smartphones, contratam um serviço de transporte privado de qualidade por um preço atrativo em relação aos demais serviços já existentes, como o táxi, por exemplo, além de oferecer diversos postos de trabalho para aqueles que desejam ter autonomia no momento de trabalhar, taxando os motoristas cadastrados na plataforma como parceiros autônomos.

Contudo, o que acontece na prática, é que a própria Uber estipula o preço cobrado pelos serviços que os condutores realizam. Os cálculos por sua vez, são realizados sobre um valor base, a distância percorrida e o tempo gasto para a prestação do serviço. Não obstante, os algoritmos do aplicativo podem fazer esses valores variarem de local para local, podendo inclusive subir ou baixar o montante a qualquer momento, dependendo da demanda. Desta forma, manipulando livremente a lei da oferta e da procura.

¹ Graduada do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. luisa.vieira@hotmail.com
<http://lattes.cnpq.br/1280031166220033>

² 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>

Entretanto, cabe aos condutores arcarem com as despesas do seu meio de trabalho: o automóvel, como combustível, manutenção, impostos, seguro, taxas, licenciamento... além de gastos com a sua própria subsistência, como alimentação, saúde e seguro de vida. Sendo assim, o serviço prestado ocorre sem total autonomia em relação aos lucros, mas sim, em relação aos custos.

Considerando isso, observa-se que tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Consolidação das Leis Trabalhistas, (Lei 5.452/43) qualificam a posição de empregado e empregador, assim como expõe seus deveres e asseguram seus direitos e garantias.

Nessa perspectiva, o presente artigo analisará, no primeiro tópico, a evolução histórica do direito de trabalho e seus princípios norteadores, a fim de contextualizar como os direitos trabalhistas foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiros e a importância do acompanhamento da legislação com os fenômenos sociais.

No segundo tópico, inicialmente é destinado as características de uma relação de emprego e quais elementos são necessários para que o vínculo esteja presente, de forma clara e objetiva. Em seguida, é abordado como o vínculo formal de emprego ocorre atualmente, com o surgimento das novas tecnologias.

Finalmente, o terceiro capítulo discorre especificamente acerca da (im)possibilidade de ser reconhecido o vínculo de emprego entre o motorista e a Uber, levando em consideração decisões nacionais e internacionais sobre a temática.

Na construção do presente artigo, foi utilizado o método hipotético dedutivo, identificando, primeiramente, uma problemática - a (im)possibilidade de ser reconhecido o vínculo empregatício entre o motorista e a Uber. Em segundo lugar, foram identificadas hipóteses

acerca da possibilidade e da impossibilidade, sendo observadas, por fim, as razões para que se chegassem até a decisão final de cada possibilidade.

Evolução histórica do direito de trabalho e seus princípios norteadores

O trabalho é reconhecido internacionalmente como um Direito Humano, como se menciona no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo também reconhecido no Brasil como um valor estruturante do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal e um direito fundamental social (CF, art. 6º).

É possível compreender a história do trabalho por meio da evolução dos modos de produção de bens e serviços, embora nem sempre coincidam os momentos históricos em todas as regiões do mundo. Leite (2019, p. 19), identificou cinco regimes de trabalho, quais sejam: o primitivo, escravo, feudal, capitalista e comunista.

No Brasil, pode-se dividir a história do direito do trabalho em três fases: a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da Proclamação da República à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta, que somente a partir dela é que iniciou a fase contemporânea do direito do trabalho no país (LEITE, 2019 p. 19).

Nesse sentido, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante mencionam:

Com a Revolução de 1930 é que se inicia a fase da oficialização do Direito do Trabalho. Com o governo de Getúlio Vargas, o ideal da intervenção estatal nas relações de trabalho passa a ter aceitação, notadamente, pela influência histórica do modelo corporativista italiano. Em 1930, com o Decreto 19.433, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, sendo que o Ministro era Lindolpho Collor (NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 99).

Na sequência, diante do Decreto-lei número 5.452, de 01/05/1943, foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual reuniu a vasta legislação, englobando os direitos individuais, direitos coletivos e direito processual do trabalho (NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 101).

No referido ano, com a criação das prerrogativas trabalhistas, prestações e aumento dos direitos nas relações de emprego, grande parte dos trabalhadores urbanos tiveram as suas rendas elevadas, e, como consequência disso, houve fluxo dos trabalhadores rurais para a área urbana, acarretando o fenômeno da urbanização. Deste modo, “a CLT cumpriu, assim, importante missão educativa, a par de ter gerado o clima propício à industrialização do país, sem conflitos trabalhistas violentos” (Arnaldo Süssekind, LAMARCA, Antonio. Ob. cit., p. 182, apud NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 101). Logo, nasceu a fase industrial, na qual passou a se exigir o vínculo de emprego.

Nesse sentido, apesar de a primeira Constituição brasileira a versar sobre direitos trabalhistas ser a de 1934, é a partir da Constituição Federal de 1988 que se pode falar, efetivamente e de modo científico, no surgimento de um real Direito Constitucional do Trabalho no País (DELGADO, 2019, p. 65), catalogando no artigo 7º, os direitos individuais dos trabalhadores.

Para a compreensão da (im) possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício entre motorista e os aplicativos de transporte, é necessário, primordialmente, entender como os direitos dos trabalhadores estão inseridos no contexto atual, bem como os princípios que os regem.

É sabido que os princípios possuem funções relevantes na aplicação das normas, sendo elas: a de integrar, quando há lacunas na Lei; a de interpretar, com a finalidade de apurar o verdadeiro sentido e alcance das normas; e, por fim, de inspirar o legislador na edição de novas normas. Como menciona Rodriguez (2000, p. 19), os princípios do Direito do

Trabalho constituem o fundamento do ordenamento jurídico do trabalho; assim sendo, não pode haver contradição entre eles e os preceitos legais. Assim :

[...] os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza as pessoas e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas influenciando. Na dinâmica das pessoas e sociedades, os princípios atuariam como enunciados que refletem e informam – em maior ou menor grau – as práticas individuais e sociais correspondentes. (DELGADO, 2019, p. 220).

Em que pese a doutrina apresente diversos princípios norteadores do Direito do Trabalho, faz-se necessário mencionar os seguintes: a) princípio da proteção; b) princípio da norma mais favorável; c) princípio da continuidade da relação de emprego; d) princípio da irrenunciabilidade de direitos; e por fim, e) princípio da primazia da realidade.

A necessidade de proteção do trabalhador tem duplo fundamento. O primeiro manifesta-se pela dependência, subordinação do trabalhador às ordens do empregador. Em seguida, a dependência econômica, a qual apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida (RODRIGUEZ, 2000).

O Princípio da Proteção se manifesta sob três formas distintas: a regra do *in dubio, pro operário*, na qual o operador do direito deve escolher, dentre as possíveis interpretações da norma, aquela mais favorável ao empregado; a regra da norma mais favorável, critério determina que o intérprete, em caso de mais uma norma aplicável, deve escolher a mais favorável ao trabalhador; e, por fim, a regra da condição mais benéfica, que significa que uma nova norma trabalhista nunca deve

diminuir as condições mais favoráveis em que o trabalhador se encontrava (RODRIGUEZ, 2000).

Para o Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção é a materialização, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. No ordenamento jurídico brasileiro, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal³, bem como toda a sistemática constitucional, nos remete, ainda que implicitamente, ao princípio em tela, haja vista que restou evidente intenção do constituinte em construir um Estado Democrático de Direito. Para tanto, a Constituição de 1988 buscou a efetivação da igualdade substancial ao elevar muito dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais (VECCHI, 2016).

Em suma, a regra da norma mais favorável dispõe que, em havendo pluralidade de normas aplicáveis em um determinado caso, deve ser utilizada aquela que garanta direitos mais favoráveis ao trabalhador, melhorando sua condição. Dessa forma, se o dispositivo de uma norma de grau inferior atribuir direitos mais vantajosos para o empregado, esta vai ter preferência sobre aquela de grau superior que não seja mais vantajosa ao trabalhador (CAIRO JR., 2016).

Nesse sentido, o Princípio da Norma Mais Favorável relativiza a aplicação da regra de hierarquia tradicionalmente aplicada em outros ramos jurídicos, nos quais uma norma jurídica de caráter superior se sobrepõe a uma norma jurídica de caráter inferior, criando uma ordem de preferência (VECCHI, 2016).

Portanto, para o Direito do Trabalho, “a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma somente se verifica quando a norma de grau inferior excluir ou diminuir os direitos sociais previstos na norma de grau superior

³ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

ou quando esta última for de natureza proibitiva ou de ordem pública” (CAIRO JR., 2016).

Podemos observar outro princípio da Primazia da Realidade como essencial no âmbito trabalhista, porque se baseia na valorização dos fatos sob aqueles formalmente estabelecidos, ou seja, a realidade prevalece sobre a forma (CASAGRANDE, 2017, p. 21).

O principal objetivo deste princípio é proteger o empregado, mesmo que na relação formada entre ele e o empregador haja elementos como, contrato, registros ou demais documentos que possam, aparentemente, condizer com a realidade vivida por ambos, favorecendo a prática de determinados abusos por parte do empregador.

O efeito deste princípio é a valorização do cotidiano, bem como de outros meios de prova que contraponham tais documentos. Delgado nos ensina que:

No Direito do Trabalho, deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (DELGADO, 2019, p. 244).

Nesta senda, princípio da Continuidade da Relação de Emprego, presume que os contratos de trabalho possuem validade por tempo indeterminado, isto é, que terá continuidade nas relações de emprego, com exceção dos contratos por prazo determinado e os contratos temporários (CASAGRANDE, 2017, p. 21).

A súmula 212 do TST representa esse entendimento, remetendo ao empregador a responsabilidade de comprovar o fim do contrato de trabalho, “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando

negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado” (BRASIL, 2003).

Para Nascimento, “a continuidade é mais que mera técnica de classificação dos contratos de trabalho; é, pela sua importância, um princípio do direito do trabalho” (NASCIMENTO, 2014, p. 470), sendo que está entre os valores que presidem tal direito, considerado, inclusive, como uma natural aspiração do empregado, visto que um dos maiores medos para a pessoa que trabalha é perder o emprego (RODRIGUEZ, 2000, p. 103).

Já o princípio da Irrenunciabilidade de Diretos, via de regra, consiste na impossibilidade jurídica do empregado negar voluntariamente seus direitos conferidos em lei, “é um princípio em que há um acordo unânime dos autores quanto a sua vigência e importância, se bem que possa haver diferenças quanto a seu alcance, sua fundamentação e significado” (RODRIGUEZ, 2000, p. 58).

A Lei brasileira não explicita se a renúncia de direitos trabalhistas é permitida. No entanto, é considerado nulo o ato destinado a impedir, fraudar ou desvirtuar a aplicação dos seus preceitos, conforme o art. 9º da CLT, mas não tem uma regra expressa como a do direito mexicano, que considera ineficaz a “renúncia por parte do trabalhador de qualquer dos direitos ou prerrogativas consignadas nas normas de trabalho” (NASCIMENTO, 2014, p. 670).

A jurisprudência, para determinados casos, é literal, como a Súmula do TST n.º 276, segundo a qual “o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado” (BRASIL, 2003). Se o princípio da Irrenunciabilidade de Direitos não existisse, os direitos dos empregados poderiam ser facilmente reduzidos por conta de serem uma classe menos privilegiada perante o empregador.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Desse modo, se abrange a liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com a autodeterminação de cada pessoa, sendo vedado ao Poder Público criar normas ou critérios que possam levar o trabalhador a exercer ofício em desacordo com sua vontade.

Nessa perspectiva, observa-se o avanço tecnológico e, como ele implica em novas organizações e formas de trabalho, sendo umas das consequências disso a falta de interesse das pessoas em se dedicarem apenas a um tomador de serviços, o que é conhecido pela tendência ao empreendedorismo, a qual se restringirá ao trabalho intelectual. Assim, os incentivos, bem como o sistema educacional, deverão ser voltados para formação de profissionais intelectualmente capacitados (KELLER, 2020, p. 291).

De outra banda, o §1º do 1º art⁴. da recente Lei 13.874/2019, que trata da ‘Declaração de Direitos de Liberdade Econômica’, vai de contramão a constitucionalização do Direito em geral, e do Direito do Trabalho, em particular.

Para Leite (2021, p. 46), o dispositivo acima transcrito ignora parte importante do Texto Constitucional, que tem no seu epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana, pois omite que o valor social do trabalho está no mesmo inciso IV do art. 1º da CF, além de desprezar a Ordem Social (CF, art. 193), que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo

⁴ Art. 1º - Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§1º - O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente (BRASIL, 2019).

o bem-estar e a justiça sociais” e a própria Ordem Econômica (CF, art. 170, caput, III, VI, VII e VIII).

A Constituição brasileira de 1988 considera como princípio fundamental o valor social do trabalho e da livre iniciativa, não podendo a Lei estabelecer a prioridade interpretativa em favor da livre iniciativa, que abrange a liberdade econômica, de contratar, de investir e de ter propriedade, em detrimento das normas de proteção aos direitos sociais e metaindividuais, principalmente as que têm por destinatários os trabalhadores urbanos e rurais (LEITE, 2021, p. 46).

Contudo, não se exclui a possibilidade de os direitos serem modificados a fim de adequá-los à realidade social, devendo as mudanças estarem voltadas para o avanço, suprimindo as falhas existentes na legislação e preservando as garantias sociais dos trabalhadores.

Relação de emprego e novas tecnologias

A relação de emprego possui natureza jurídica contratual, pois emerge da manifestação livre da vontade das partes. O artigo 442 da CLT aduz que, “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

A legislação trabalhista foi elaborada com base na sociedade industrial, a qual possui gritantes diferenças se for comparada com a sociedade atual, visto que ambas exercem funções diferentes. A informática, a fonologia, a cibernética, a telemática, vêm criando novos tipos de trabalhadores⁵, “passou a ficar mais claro que as formas de produção refletem sobre os tipos de contratos de trabalho” (NASCIMENTO, p. 483).

⁵ Aamauri Mascaro Nascimento, “NOVAS TECNOLOGIAS, INTERNET E RELAÇÕES NO TRABALHO”, artigo publicado em Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n.º 38, 2011, p. 50.

Com as sucessivas modificações pelas quais passou o processo de produção de bens e prestação de serviços – taylorismo, fordismo, toyotismo e as formas contemporâneas descentralizadas e amoldadas à tecnologia –, **os ordenamentos jurídicos sentiram a necessidade de as acompanhar, criando formas contratuais novas que se diversificam nas leis contemporâneas** – teletrabalho, centros de informação, terceirizações, tempo parcial, abrandamento da subordinação – **e tensionaram a teoria do direito do trabalho**, para ser real, a dividir os tipos de contratos de emprego e, além destes, os tipos de contratos de trabalho sem relação de emprego (NASCIMENTO, p. 483, grifei).

Contudo, há que se observar “um equilíbrio muito tênue entre as vantagens e as desvantagens que o avanço da tecnologia traz para a sociedade. A principal vantagem é refletida na produção industrial: a tecnologia torna a produção mais rápida e maior e, sendo assim, o resultado é um produto mais barato e com maior qualidade” (NASCIMENTO, 2011, p. 50).

A principal desvantagem é a substituição do trabalho humano pelo uso intensivo das máquinas na indústria, agricultura e no comércio, fenômeno chamado de desemprego estrutural, sendo o Japão um dos países que mais sofrem com este problema, visto que um dos motivos para o freio do crescimento da economia deste país, a partir da década de 90, foi justamente o desemprego estrutural (NASCIMENTO, 2011, p. 50).

Considerando que as novas tecnologias estão fazendo com que grande parte das empresas mudem o seu modelo de produção, pode se deduzir que o contrato de trabalho também passe por mudanças, o que exige observação por parte do legislador. Trabalhar por meio de aplicativos não exige que o trabalhador frequente diariamente a sede da empresa porque, diante da tecnologia disponível, a atividade pode ser feita à distância, de forma mais fluída, característica esta da sociedade que criou e moldou o conceito de “modernidade líquida” em contraposição à

“modernidade sólida” e que teve seu auge com a fábrica fordista, reconhecida por reduzir as atividades humanas a movimentos simples, na concepção do sociólogo e filósofo Zygmunt Bauman⁶ (CASTILHO, 2019).

Em contrapartida, o professor Rodrigo Wasen Galia⁷, ensina que a falta de empregabilidade, ou seja, vínculo formal de emprego, está totalmente interligada com o desaquecimento da economia, o que se potencializou no ano de 2020 pela Pandemia oriunda do *coronavírus*, fazendo com que surgisse a necessidade do trabalho *home office*. Importante salientar, que essa modalidade de trabalho não se aplica a todos os trabalhadores, considerando que nem todos possuem a oportunidade de substituir o trabalho presencial pelo trabalho exercido em casa, o que resultou em muitas dispensas coletivas no país, evidenciando que a tendência do direito brasileiro é reduzir o vínculo formal de emprego. Ademais, anteriormente ao cenário mundial da Pandemia, diversos empregadores já estavam contratando empregados como se empresas fossem, com o intuito de não vincular o trabalhador como pessoa física, prática conhecida como *pejotização* da relação de trabalho.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 456), “o vínculo entre empregado e empregador é, em primeiro lugar, uma relação jurídica, porque é efetivamente uma relação social, das mais importantes, regida pela norma jurídica, ligando dois sujeitos, o empregado e o empregador”. O autor ainda conclui que,

(...) o vínculo de emprego é uma relação jurídica (aspecto sacionormativo) de natureza contratual, pela forma de sua constituição, pelo modo do seu desenvolvimento, neste reduzindo-se muito a liberdade das partes, e pelas

⁶ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 36-37.

⁷ GALIA, RODRIGO WASEN, Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Pós-Doutor em Ciências Sociais Aplicadas. Citação informal retirada de uma *live*, disponibilizada na rede social e aplicativo Instagram <https://www.instagram.com/aba.comissaoatrabalho.rs/>

características da sua desconstituição. **O contrato é a fonte que instaura o vínculo**, mas que pode também determinar alguns dos seus efeitos. A relação de emprego é uma relação social que se transforma em jurídica porque disciplinada pelo direito. **A vontade, manifestada de modo escrito, verbal ou meramente tácito, está sempre na base de toda relação jurídica entre empregado e empregador** (NASCIMENTO, 2014, p. 457, grifei).

Para Jorge Neto e Cavalcante (2019, p. 337), a relação de trabalho é aquela em que o prestador dos serviços é uma pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada ou não, por outra pessoa natural ou pessoa jurídica. Isto é, relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego uma de suas espécies.

Delgado (2019, p. 335), especifica que, a caracterização da relação empregatícia é o procedimento básico do Direito do Trabalho, à medida que propicia o encontro da relação jurídica essencial que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos trabalhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego.

Não é fácil definir o conceito de empregado, visto que depende de análise de caso concreto, a ser solucionado pelas decisões judiciais, conforme já observado pelo direito do trabalho clássico por Borsi e Pergolesi, no *Trattato di diritto del lavoro*. No entanto, nem todas as leis trabalhistas dos países industrializados ou emergentes definem empregado, o que mostra não existir unanimidade sobre o tema.

Há países nos quais cabe à jurisprudência avaliar a situação objetiva, de acordo com as provas produzidas no processo judicial. No Brasil, os elementos necessários para a definição de empregado e empregador estão

contidos nos artigos 2º e 3º da CLT. De acordo com o art. 2º, “considera-se empregadora a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, enquanto o art. 3º aduz que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (NASCIMENTO, 2015, p. 485).

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego, no Brasil, são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física; b) pessoalidade na prestação de serviços pelo empregado; c) também efetuada com não eventualidade; d) prestação de trabalho efetuada com onerosidade; e) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços.

Para Maurício Godinho Delgado (2019, p. 338), a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural. Isso porque os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho importam à pessoa física, não podendo, em grande parte, ser usufruídos por pessoa jurídica.

Pessoalidade é conceito que pode ter um significado mais amplo. Inicialmente, possui o significado de intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do prestador, dos serviços a serem por ele prestados, próprio dos contratos *intuitu personae*, o que não é exclusivo da relação de emprego, uma vez que também é característica exigida de alguns contratos de direito civil. Segundo, possui o significado de indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho que presta, porque o *quid* a prestar é a própria atividade da pessoa, o que mais destaca a singularidade do contrato de trabalho. Terceiro, detém o significado de personalidade, na medida em que, empenhando a própria pessoa no desenvolvimento do contrato de trabalho, o empregado deve ter a proteção legal de direitos básicos que protejam a esfera mais íntima do seu próprio ser, a sua moral e a sua dignidade. Quarto, o de espírito de colaboração, porque, apesar da luta de classes, se o trabalhador depende da empresa

para a sua subsistência e se está inserido em sua organização, não pode deixar de cumprir um dever ético-jurídico de lealdade ao empregador (NASCIMENTO, 2015, p. 489).

O trabalho eventual, esporádico, a princípio, não tipifica uma relação empregatícia. Por isso, o contrato de trabalho exige uma prestação de serviço de forma habitual, constante e regular, levando-se em conta um espaço de tempo ou uma tarefa a ser cumprida. Geralmente, o critério da não eventualidade é extraído a partir da identificação do trabalho realizado pelo trabalhador e atividade econômica desenvolvida pela empresa (LEITE, 2018, p. 52).

Essencialmente, a relação empregatícia possui fundo econômico. Portanto, a força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder em verbas contraprestativas ao empregado, o que é conhecido por salário, concluindo-se que o contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático e oneroso, visto que envolve um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis. Por fim, a onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, deve ser enfocada sob a perspectiva do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego (DELGADO, 2019, p. 345).

O quinto elemento para a formação de uma relação empregatícia é a subordinação. A palavra subordinação é de etimologia latina e significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência (NASCIMENTO, 2014, p. 492).

O autor anteriormente mencionado, aduz que para alguns doutrinadores a subordinação é hierárquica, no sentido de o empregado aceitar ordens de pessoa com cargo superior, enquanto para outros a subordinação é econômica, significando que o trabalhador é dependente do empregador financeiramente. Para outros, a subordinação é jurídica,

entendendo-se como tal um estado real de dependência, produzido por um direito, qual seja: o direito do empregador de comandar, de dar ordens, cabendo ao empregado respeitar a essas ordens. Outros afirmam que a subordinação é técnica, pelo fato de que o empregado está subordinado ao empregador por conta deste ser possuidor de todo o conhecimento técnico fundamental para o desempenho da atividade laboral. Finalmente, para alguns, a subordinação é social, ou seja, decorre de classes sociais.

No Brasil, prevalece a teoria da subordinação jurídica, a qual diferencia a posição do empregado perante o empregador, demonstrando que o objeto do contrato não é a sua pessoa, como equivocadamente sustentou a doutrina clássica italiana da subordinação como status, mas o modo como o seu trabalho prestado (NASCIMENTO, 2014, p. 493).

Em contrapartida, no entendimento de Antônio Monteiro Fernandez⁸, o critério absoluto da subordinação jurídica fez com que o direito do trabalho perdesse parte de sua racionalidade como ordenamento protetor de situações de carência econômica e debilidade contratual, porque tal critério não incide sobre formas de trabalho que, embora autônomo, são caracterizadas pela dependência e fragilidade econômica de quem as exerce (LEITE, 2019, p. 53).

Por isso, Amauri Mascaro Nascimento⁹ explica que:

O modo como o trabalho é prestado permite distinguir melhor entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo desde que seja percebido que há trabalhos nos quais o trabalhador tem o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinando-a segundo seus critérios pessoais, enquanto há trabalhadores que resolvem abrir mão do poder de direção sobre o trabalho que prestarão, fazendo-a não coativamente como na escravidão, mas

⁸ FERNANDES, Antonio Monteiro. A recente evolução do direito do trabalho em Portugal. Tendências e perspectivas. In: Homenaje a M.V. Russomano. Bogotá: Univ. Externado da Colômbia, 1985, p. 507, apud ROBORTELLA, op. cit., p. 182.

⁹ ROMITA, Arion Sayão. A subordinação no contrato de trabalho, p. 79-81.

volitivamente como exercício da liberdade, transferindo, por contrato, o poder de direção para terceiros em troca de um salário, portanto, subordinando-se.

Para Orlando Gomes e Cesarino Júnior, o contrato de trabalho é um contrato de adesão, se apresentando como uma das principais formas das novas relações negociais, não sendo algo isolado a ponto de justificar a recusa da natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador (NASCIMENTO, p. 469).

No mundo tecnológico, as indagações acerca da relação de emprego deixaram de ser tão questionáveis. Atualmente, existem diversos modos de trabalhos nos quais os trabalhadores não são mais obrigados a cumprir sua jornada fixa dentro das dependências do empregador, como fazia sentido na organização fordista, uma vez que foram substituídas por uma plataforma digital, podendo o empregado prestar o seu serviço diretamente da sua casa, ou em qualquer lugar. O empregador não está interessado em saber quantas horas o empregado trabalha por dia ou quantas horas ele está a sua disposição para executar seus serviços, tampouco lhe interessa onde ele está produzindo. O que realmente é interessante, é o resultado do trabalho, que por fim, se reverte em lucro, atendendo às expectativas do capitalismo. A noção clássica de subordinação e o poder empregatício se exerce de maneira sutil, indireta, por vezes quase imperceptível (CASTILHO, 2020, p. 35)¹⁰.

É cediço que a noção clássica do conceito de subordinação jurídica variou no tempo, de país para país, de uma época para outra, devendo o Direito interpretar a lei de acordo com a atual realidade, lembrando sempre sua finalidade, dado que toda lei nasce buscando um objetivo de ordem prática. No artigo 6º da CLT, o legislador não distinguiu o trabalho

¹⁰ SUBORDINAÇÃO POR ALGORITMO, Paulo Cesar Baria de Castilho, Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP, publicado em Revista Themis, volume 01, Jan/Jun 2020, p. 35.

realizado no estabelecimento do empregador e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Contudo, ainda não foi definida, especificamente, pela legislação, o caso daqueles que trabalham mediante utilização de aplicativos, tratando-se da chamada *uberização*¹¹ do contrato de trabalho.

Como anteriormente dito, no modelo fordista, a jornada de trabalho era predeterminada. O empregador possuía horário de entrada e saída, sabendo o tempo que estaria à disposição do empregador. Em contrapartida, no trabalho realizado por meio de aplicativo de *smartphone*, o empregador está a disposição o tempo todo.

Embora a subordinação não esteja explícita, ela está presente de forma mais amena, como meras “sugestões” ao motorista do aplicativo, vez que ao fazerem uso de plataformas digitais, as quais disponibilizam passageiros para o transporte urbano eles devem seguir regras rígidas de comportamento, podendo ser avaliados por meio de algoritmos criados pelo aplicativo, com base em banco de dados próprios e nas informações apresentadas por seus usuários após a viagem.

Inclusive, essa base de dados também serve para advertir, punir e até mesmo para dispensar os serviços do motorista parceiro, excluindo-o do sistema em razão das avaliações feitas pelos usuários do aplicativo, ou por qualquer outro motivo ignorado pelo motorista, já que o contrato entre ele e a plataforma prevê essa possibilidade.

Aliado a isso, pode se verificar que o preço da corrida é definido pelo próprio aplicativo, que altera de acordo com o seu algoritmo, sem qualquer participação do motorista. Nesse caso, os termos do contrato entre o motorista e o aplicativo Uber foram redigidos pela própria empresa, ou seja, o vínculo jurídico entre eles é estabelecido por contrato de adesão,

¹¹ Uberização do contrato de trabalho: conceito cunhado pelo juiz Dr. Marcio Toledo Gonçalves, da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, MG, em sentença proferida nos autos do processo n. 0011359-34.2016.5.03.0112.

forma conhecida pelo Direito, possuindo suas consequências sedimentadas pela jurisprudência (CASTILHO, 2019).

De fato, ao invés de permanecer com parte dos ganhos dos motoristas, a plataforma poderia disponibilizar o uso do aplicativo para motoristas, mediante o pagamento de mensalidade, se desvinculando totalmente dos ganhos recebidos pelas corridas realizadas pelos trabalhadores, deixando-os que atuassem de forma completamente autônoma.

A (im)possibilidade de o reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e a Uber.

Juizes de diferentes Tribunais Regionais divergiram quanto ao tema, enquanto o TRT da 15^a Região não reconheceu o vínculo empregatício entre motorista e a Uber, o TRT da 2^a Região, além de declarar o vínculo de emprego, condenou a empresa ao pagamento de aviso prévio indenizado (30 dias); décimo terceiro proporcional e, férias proporcionais acrescidas de um terço, FGTS, com a indenização de 40%, e multa do artigo 477 da CLT.

Sendo assim, ficou registrado pela relatora do TRT da 2^a Região, Beatriz de Lima Pereira, no acórdão do recurso ordinário do processo nº 1000123-89.2017.5.02.003, que a relação existente entre as demandadas e os motoristas não se caracteriza pelo modelo clássico de subordinação e que dependendo do caso concreto sob exame, poderá não haver a configuração do vínculo de emprego, especialmente nos casos em que a prestação de serviços se revelar efetivamente eventual. Ainda, frisou que o exame das demandas judiciais que envolvem os novos modelos de organização do trabalho deve se dar à luz das novas concepções do chamado trabalho subordinado ou parasubordinado, especificamente considerando o avanço tecnológico.

Portanto, a 15ª Turma do Tribunal Regional reconheceu estar presente na relação entre o aplicativo de transporte e o motorista o elemento conhecido por onerosidade, visto que os valores eram primeiramente repassados a Uber e, somente depois eram distribuídos ao motorista.

Se se tratasse de mera ferramenta eletrônica, por certo as demandadas não sugeririam o preço do serviço de transporte a ser prestado e sobre o valor sugerido estabeleceriam o percentual a si destinado. Também não condicionariam a permanência do motorista às avaliações feitas pelos usuários do serviço de transporte. Simplesmente colocariam a plataforma tecnológica à disposição dos interessados, sem qualquer interferência no resultado do transporte fornecido, e pelo serviço tecnológico oferecido estabeleceriam um preço/valor fixo a ser pago pelo motorista pelo tempo de utilização, por exemplo (Magistrados da 15.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região. Recurso Ordinário, assinado digitalmente pela relatora Beatriz de Lima Pereira em 24/08/2018).

Nesse mesmo feito, o requisito pessoalidade foi confessado pelas demandadas, as quais declararam que o motorista deve estar cadastrado no aplicativo, concluindo que quem está conduzindo o veículo é de suma relevância.

Mesmo a empresa alegando a falta de subordinação, vez que o motorista pode executar o trabalho com autonomia, exercer segunda atividade profissional, não sendo submetido a regras de condutas podendo até recusar viagens, a turma rebateu a essa argumentação dizendo que as provas presentes no processo não remetem à essa realidade, considerando que a ausência de acesso no aplicativo por parte do motorista de forma ilimitada não resultaria em remuneração.

O reclamante aduziu que o aplicativo libera certo “incentivo” aos motoristas, informando que recebia mensagens do aplicativo, as quais

diziam que havia limites para o cancelamento das viagens, bem como as taxas para o cancelamento estavam altas e que se o motorista permanecesse *offline* por determinado lapso temporal poderia ser desligado.

Outro quesito analisado na ação judicial foram as avaliações feitas pelos passageiros as quais os motoristas são submetidos, tendo elas como decisivas para a manutenção dos cadastros deles, o que levou a Turma a concluir que existem regras de condutas a serem seguidas pelos prestadores de serviço, caso contrário estes correm o risco de serem desligados do aplicativo.

Por fim, a relatora esclareceu que cada caso concreto deve ser analisado individualmente, não sendo em todos que o vínculo empregatício será reconhecido, visto que há inúmeros requisitos a serem observados.

Após o processo passar pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, essa decisão foi reformada. O relator do recurso, o ministro Breno Medeiros considerou que as provas juntadas aos autos demonstraram que o motorista possuía autonomia para escolher o momento que trabalharia conectado à plataforma, enquanto o aplicativo presta somente um serviço de mediação, descaracterizando o vínculo empregatício.

Ainda, a Turma levou em consideração a porcentagem auferida pelo motorista, a qual varia entre 75% e 80%, sendo que já existe jurisprudência sedimentada no sentido que, nos casos em que o percentual percebido é superior a 50% do serviço, a relação é identificada como parceria, e não como contrato de emprego, o que é bem comum em salões de beleza, em que profissionais como cabeleireiros e manicures usam o espeço e recebem um percentual. Contudo, não possuem contrato de emprego.¹²

¹² <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/turma-tst-nega-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>

De outra banda, para a 10^a Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região (Campinas-SP), o motorista não tem vínculo de emprego com a Uber, os relatores reconheceram a falta de subordinação no caso apresentado, requisito fundamental para determinar se há ou não vínculo de emprego. O autor do processo trabalhista n^o 0010947-93.2017.5.15.0093, alegou que sempre esteve sujeito às diretrizes e ao poder disciplinar da Uber, porém, o que levou o colegiado a negar o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, foi o depoimento pessoal do reclamante¹³.

Aliado a isso, o Tribunal Superior do Trabalho também decidiu, na 4^a Turma, que o motorista da Uber é trabalhador autônomo e não empregado. “As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego”, aduziu o ministro relator, Alexandre Luis Ramos, entendendo que o trabalho pela plataforma tecnológica não atende aos critérios definidos nos artigos 2^o e 3^o da CLT. Para o ministro, o enquadramento da relação entre motorista e o aplicativo está na Lei 11.442/2007, que trata do transportador autônomo, visto que a natureza do vínculo é comercial, bem como o motorista o proprietário do veículo¹⁴.

O tema já possui entendimento consolidado em outros países, sendo um deles a França. A *Cour de Cassation*, órgão de cúpula da Justiça Comum Francesa, tribunal que seria equivalente ao STJ, reconheceu a existência de vínculo empregatício entre a Uber e um motorista, aduzindo, em suma, que o condutor não pode ser considerado autônomo, já que não cabe a ele

¹³ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Motorista não tem vínculo de emprego com Uber, afirma TRT-15. Ausência de subordinação, Brasil, p. 1-1, 19 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/motorista-nao-vinculo-emprego-uber-afirma-trt-15>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁴ [https://www.tst.jus.br/web/guest/-/motorista-de-aplicativo-n%C3%A3o-consegue-reconhecimento-de-v%C3%ADnculo-de-emprego#:~:text=17%2F09%2F20%20%2D%20A,atividade%20aut%C3%B4noma%20para%20o%20motorista](https://www.tst.jus.br/web/guest/-/motorista-de-aplicativo-n%C3%A3o-consegue-reconhecimento-de-v%C3%ADnculo-de-emprego#:~:text=17%2F09%2F20%20%2D%20A,atividade%20aut%C3%B4noma%20para%20o%20motorista.). Processo: AIRR-10575-88.2019.5.03.0003

construir a própria clientela, tampouco definir o valor das corridas, elementos que constroem uma relação de subordinação entre as partes. No entanto, não é o que a empresa digital alega, “a decisão não reflete as razões pelas quais os motoristas escolhem usar a Uber: independência e a liberdade de trabalhar se, quando e onde quiserem”, disse a empresa em nota, segundo a agência Reuters. Finalmente, a companhia ainda registrou que nos últimos dois anos fizeram diversas mudanças para oferecer aos motoristas mais controle sobre como eles usam a plataforma, além de proteções sociais mais consolidadas¹⁵.

A Suprema Corte Britânica também reconheceu o vínculo empregatício entre motorista e a Uber, negando, por unanimidade, um recurso interposto pela empresa do aplicativo contra decisão da Justiça trabalhista de Londres, que, em 2016, havia reconhecido o vínculo de emprego de um grupo de aproximadamente vinte motoristas. O Juiz, George Leggatt, entendeu que o tribunal trabalhista tinha o direito de decidir a questão, criticando os contratos apresentados pela Uber aos motoristas por entender que eles podem impedi-los de reivindicar os seus direitos. Concluiu que os trabalhadores são funcionários do aplicativo, e não trabalhadores autônomos, tendo direito a salário-mínimo, aposentadoria e férias remuneradas. A Uber, por sua vez, afirmou à imprensa britânica que a decisão se aplica somente aos motoristas envolvidos no caso de 2016¹⁶.

Tentando não se distanciar da decisão do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, bem como do posicionamento jurídico dos demais países, nós vivemos em um momento no qual o emprego perdeu a centralidade, porque a relação de emprego nasceu vinculada a indústria,

¹⁵ <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/corte-francesa-confirma-vinculo-entre-uber-motorista>

¹⁶ <https://www.conjur.com.br/2021-fev-19/suprema-corte-britanica-reconhece-vinculo-emprego-uber>

no sentido de que na década de 1930 e 1940, o Brasil estava se preparando para a industrialização e urbanização e a estrutura política tinha esse objetivo: atrair os trabalhadores do setor rural para o setor urbano. Para isso acontecer, tiveram que criar um conjunto de benefícios para que as pessoas tivessem interesse na estrutura urbana.

Como mencionado anteriormente, o conceito de emprego nasceu vinculado a uma empresa, exigindo que a relação fosse onerosa, pessoal, não habitual, e sob a dependência da empresa, ou do empregador. A doutrina, desde 1950 faz a leitura da expressão de “sobre a dependência deste” como se fosse subordinação. No entanto, a palavra “subordinação” já existia em 1943, e o legislador não optou por utilizá-la na CLT, termo esse que passou a ser utilizado somente em 2011.

No vínculo de emprego, os custos das prestações laborais são do empregador e os meios de produção são também do empregador. O empregado é aquele que não detém acesso aos meios de produção, dependendo do empregador para produzir o que seria o salário mensal. Caso esse trabalhador detenha os bens ou os meios de produção, como por exemplo o motorista da Uber detém o carro, e arque com os custos do meio de trabalho, como o combustível, seguro do automóvel, eventuais multas, é o trabalhador o detentor dos custos e riscos. Se o motorista fica com os custos e assume os riscos, ele é o possuidor dos meios de produção o que vai de encontro com o conceito definido pela CLT, de que tais premissas são detentoras do empregador.

O vínculo de emprego clássico, é aquele que o empregador detém os custos e vai se responsabilizar por eles, enquanto o empregado trabalha sem disponibilizar dos meios de produção, ele somente presta a sua força de trabalho. No entanto, quando o conceito de emprego foi criado, em 1943 pela CLT, trouxe essa característica como essencial para a geração vínculo

de emprego, na qual os custos e os riscos ficariam sob a responsabilidade do empregador, o que é diferente de subordinação.

No caso da Uber, os motoristas são os proprietários dos veículos, eles detêm os riscos, ficam com os custos e partilham os ganhos. Só é possível fazer uma aproximação entre esses trabalhadores dos taxistas no sentido de que estes também trabalhavam 12h, 16h por dia. A questão básica é que muitos taxistas e outros trabalhadores migraram para o sistema Uber, sendo inegável que as empresas de plataforma digital criaram milhares de postos de trabalhos e grande parte destes postos de trabalho tem potencial para se transformarem em postos de emprego. O que vai transformar esses trabalhadores de plataforma, que são trabalhadores sem vínculo, até o momento, em empregados é a mobilização e organização desse setor.

Hoje, muitas atividades não dão um salto para a relação de emprego porque, em parte, a relação de emprego reduz a renda mensal do trabalhador. Para exemplificar essa afirmação, Paulo José Libardoni¹⁷ utilizou o caso fictício de uma diarista que trabalha em residências familiares, por dois turnos na semana, conforme a Lei Complementar 150/2015. Se essa profissional cobrar o valor de R\$ 150,00 por turno trabalhado, ela ganha R\$ 300,00 por dia laborado. Logo, em uma semana de cinco dias, ela perceberá R\$ 1.500,00 por semana. Hipoteticamente, se for ofertado a ela a possibilidade de ter o vínculo de emprego de empregada doméstica reconhecido, com carteira assinada, para que ela realize o mesmo trabalho, cinco vezes por semana, dois turnos, no entanto, com a condição de que seria pago a ela mensalmente o que ela auferia em uma semana (R\$ 1.500,00), possivelmente, ela preferirá trabalhar somente um turno por dia, porque enquanto diarista, embora não tenha

¹⁷ LIBARDONI, Paulo José, Pós-Doutorando na PUC/RS 2021 / Advogado / Sociólogo / Professor Universitário / Pesquisador / Palestrante. Citação informal retirada de uma *live*, disponibilizada na rede social e aplicativo Instagram <https://www.instagram.com/aba.comissaotrabalho.rs/>

as benesses da CLT, auferirá renda superior do que uma empregada doméstica formalizada.

Libardoni ainda afirma que, atualmente, a relação de emprego não parece ser tão benéfica para o trabalhador que auferir renda superior trabalhando de forma autônoma. Em 1940, os direitos trabalhistas ampliavam os ganhos mensais e os ganhos diários do trabalhador em relação ao sistema anterior. Com a CLT, houve elevação da renda do trabalhador. Então a função do contrato de emprego é elevar os ganhos do trabalhador e fazer com que uma parte desses ganhos sejam guardados ao INSS, outra parte fique com o trabalhador, e a outra com o empregador, e, por fim, a parte do ganho seja destinada ao Estado, abarcando diversas entidades que dependem desse emprego. Hoje, oitenta anos depois, percebe-se que há contratos de trabalho que, se a justiça ou a Lei impor o contrato de emprego terá a redução ou a precarização da renda mensal do trabalhador.

Analizou, também, que em 1940, quando uma indústria colocava mil pessoas trabalhando, os recursos e o retorno financeiro da empresa geralmente iriam para uma única família ou para os sócios proprietários dessa indústria, isto é, havia a centralização desses ganhos e que depois seria repassado para o Estado, diferente do que ocorre com a Uber, porque os ganhos da Uber não são apenas da empresa, e sim de milhões de investidores que compram ações dessa empresa, ou seja, fora o percentual de enquanto 60% ou 70% auferidos pelos motorista, o restante o valor vai para milhões de investidores do mundo todo, ao passo que deveria ser comparado se taxistas (com ou sem carteira assinada), recebem uma renda maior que o Uber. Nesse passo, não se afasta a importância da aposentadoria e demais garantias, sendo que tanto o taxista, quanto o motorista do Uber podem contribuir com o INSS de forma individual.

É notável, também, que muitas das reclamações feitas pelos motoristas de aplicativos não são somente acerca do reconhecimento do vínculo empregatício, muitos não buscam o reconhecimento, mas sim, mudanças na plataforma digital que dizem respeito ao algoritmo que calcula as viagens, visto que muitas vezes o valor sofre diversas inconsistências, não sendo possível o motorista avaliar o valor que auferirá em cada corrida. Portanto, seria válido a plataforma digital encontrar formas de melhorar a experiência dos trabalhadores que prestam serviço por meio dela, uma vez que dependem dessa mão de obra.

Considerações finais

Este artigo perquiriu analisar a (im)possibilidade de ser reconhecido o vínculo empregatício entre o motorista e a Uber, por meio das decisões já manifestadas no Brasil e em outros países, por meio da construção histórica das leis e princípios que regem o Direito do Trabalho até o contexto atual, e, por fim, pretendeu verificar a posição que a jurisprudência e a doutrina vêm aludindo sobre o tema.

Para cada caso concreto seria necessário ser constatado, individualmente, as circunstâncias apresentadas pelo motorista, e se estão presentes os cinco elementos que regem o vínculo empregatício. Contudo, pode-se notar a dificuldade enfrentada pelos magistrados em constatar elementos que foram introduzidos na Lei Brasileira há décadas e que não condizem mais com a forma que as pessoas laboram atualmente.

Por enquanto, não há Leis que alteram este cenário que, para muitos é controverso. De um lado, temos aqueles que acreditam ser os motoristas de plataforma digital empregados, e noutro lado, há quem afirma ser eles autônomos, sendo imprescindível verificar hipóteses do que ocorreria caso fosse imposto às plataformas digitais que reconheçam o vínculo de empregado do motorista.

Veja-se, possivelmente a Uber e outras empresas digitais retirariam a utilização do aplicativo do país, caso fosse imposto que elas reconheçam o vínculo de emprego do motorista, eliminando milhões de postos de trabalho, os quais são preenchidos por pessoas que buscam autonomia e liberdade, pelo motivo de que os ganhos da Uber não são apenas da empresa, e sim, de milhões de investidores que compram ações dessa empresa. Ou seja, os lucros dos trabalhadores não vão para somente um empregador, ou três sócios como antigamente, vão para milhões de pessoas interessadas.

Por fim, conclui-se que seria prudente que a renda mensal, ou diária do trabalhador fosse mantida e não diminuída, podendo o empregado escolher a sua vinculação, ou não, tudo isso aliado a uma proposta legislativa que contemplasse maior segurança .

Referências

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT**. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CF**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 abr. 2018.

CAIRO JR., José. **Curso de direito do trabalho**. 13ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo. LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezzerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro / Nascimento, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho.** 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 40ª Edição. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2000.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho.** 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

KELLER, Werner. **Direito do trabalho e novas tecnologias.** São Paulo: Almedina, 2020.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho.** 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Novas Tecnologias, Internet e Relações no Trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n.º 38, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores.** 18ª Edição. São Paulo : LTr, 2019.

CASAGRANDE, Beatriz Miotelli. **A (IM) POSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE O APLICATIVO UBER E OS MOTORISTAS.** Orientador: Francisco Luiz Goulart Lanzendorf. 2017, 62 págs. Monografia de Conclusão de Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. Içara/SC, 2017.

REGIÃO, T. 2. (24 de Agosto de 2018). **RECURSO ORDINÁRIO: (RO) SP 1000123-89.2017.5.02.0038.** Relatoria Beatriz de Lima Pereira. DJ:24/08/2018. Acesso em 10 de Maio de 2019, disponível em Migalhas: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/8/art20180824-04.pdf>

REGIÃO, T. D. (29 de Novembro de 2018). **RECURSO ORDINÁRIO (RO): 0010947-93.2017.5.15.0093**. RELATOR: Desembargador Edison dos Santos Pelegrini. DJ: 29/11/2018. Acesso em 10 de maio de 2019. Disponível em Conjur: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/motorista-nao-vinculo-emprego-uber-afirma-trt-15>>

CASTILHO, Paulo Cesar Baria. **UBERIZAÇÃO, Subordinação por algoritmo nas relações de trabalho. Revolução tecnológica permite novas formas de controle sobre o empregado**. Jota. Opinião & Análise, 17 de jun. de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/subordinacao-por-algoritmo-nas-relacoes-de-trabalho-17062019>.

RODRIGUES, Mauricio Palotta. **Subordinação algorítmica e o fenômeno da uberização do trabalho**. Jota. Opinião & Análise, 06 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://www.dmtemdebate.com.br/subordinacao-algoritmica-e-o-phenomeno-da-uberizacao-do-trabalho/>>

STUDART, Ana Paula. **Subordinação por algoritmo nas relações de trabalho**. Susart, Studart, Seixas, 20 de ago. de 2019. Disponível em: <https://4s.adv.br/relacoes-trabalhistas/subordinacao-por-algoritmo-nas-relacoes-de-trabalho/>.

ANGELO, Tiago. **Relação Subordinada. Há vínculo empregatício entre Uber e motorista, decide corte francesa**. Revista Consultor Jurídico, 05 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/corte-francesa-confirma-vinculo-entre-uber-motorista>.

Direitos Trabalhistas. Suprema Corte britânica reconhece vínculo de emprego entre motorista e Uber. Revista Consultor Jurídico, 19 de fev. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-19/suprema-corte-britanica-reconhece-vinculo-emprego-uber>.

Motorista de aplicativo não consegue reconhecimento de vínculo de emprego. Justiça do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho, 19 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/motorista-de-aplicativo-n%C3%A3o-consegue-reconhecimento-de-v%C3%ADnculo-de-%20emprego#:~:text=17%2F09%2F20%20%2D0%20A,atividade%20aut%C3%B4noma%20para%20o%20motorista.%20Processo:%20AIRR-10575-88.2019.5.03.0003>.

VALENTE, Fernanda. **Serviço de mediação. Turma do TST nega vínculo de emprego entre Uber e motorista.** Revista Consultor Jurídico, 05 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/turma-tst-nega-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria. **Subordinação por algoritmo.** Revista Themis, volume 01, Jan/Jun 2020. Disponível em: <http://www.revistathemis.com.br/arquivos/revista01/ThemisV01A01.pdf>.

GONÇALVES, Marcio Toledo. **Uberização do contrato de trabalho.** Conceito proferido nos autos do processo n.º 0011359-34.2016.5.03.011233^a da Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consulta-processual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=773137&p_grau_pje=1&p_seq=11359&p_vara=112&cid=13547>.

LIBARDONI, Paulo José, Pós-Doutorando na PUC/RS 2021 / Advogado / Sociólogo / Professor Universitário / Pesquisador / Palestrante. Citação informal retirada de uma *live*, disponibilizada na rede social e aplicativo Instagram <https://www.instagram.com/aba.comissao-trabalho.rs/>.

GALIA, Rodrigo Wasen, Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Pós-Doutor em Ciências Sociais Aplicadas. Citação informal retirada de uma *live*, disponibilizada na rede social e aplicativo Instagram <https://www.instagram.com/aba.comissao-trabalho.rs/>.

Conflitos trabalhistas transnacionais : a utilização da arbitragem como forma de pacificação dos litígios

*Luiza Spagnol Lourenço Telles¹
Maira Angélica Dal Conte Tonial²*

Introdução

O presente artigo trata da utilização do instituto da arbitragem como um meio de solução de dissídios individuais decorrentes de relação de emprego em transnacionais, tendo em vista que os dissídios estão se tornando cada vez mais presentes devido a modernidade e divergência de opiniões. Conforme elencada na Constituição da República Federativa do Brasil, todos nós temos uma condição jurídica de igualdade, para tanto, surgiu a figura da arbitragem.

A arbitragem no Brasil é regulada pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é considerada como um meio alternativo de solução de conflitos, de forma extrajudicial, na qual não há intervenção estatal.

O instituto da arbitragem apresenta como diferencial a celeridade de todo o processo, pois não prevê a interposição de recursos, o que, em regra, reduz a duração do todo. Além disso, as partes envolvidas na lide têm a possibilidade de escolher um terceiro para julgar o conflito, podendo nomear alguém de confiança de ambas as partes, assim trazendo mais segurança e especialidade à sentença.

¹ Aluna do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: 149810@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4286356379302778>.

² Doutoranda pela Univali. Mestre pela Unissinos, Graduada pela UPF. Endereço eletrônico: mairatonial@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>.

Cabe considerar que a utilização da arbitragem em dissídios individuais só se deu após a reforma trabalhista, a qual será analisada de forma geral, dando foco às vantagens e desvantagens dessa alteração.

No que tange as transnacionais, encontram-se situações em que o empregado é a parte mais vulnerável da relação, o qual deve ser buscado um modo de resolver da forma mais favorável possível, focando sempre na efetividade de seus direitos sociais trabalhistas.

Devido a um panorama histórico e modernizado, a arbitragem encontra-se como uma saída para as partes, sendo utilizada em cenário nacional e internacional, permitindo a celeridade da resolução da lide e tendo um alcance da justiça por meio da intervenção de um terceiro, esse chamado de árbitro, o qual possui conhecimento e preparação para a solução desses impasses.

1 A arbitragem no direito do trabalho

A fim de abordar o instituto da arbitragem de modo geral, analisar-se-á sua evolução histórica e utilização ao longo dos tempos, inclusive as possibilidades e impossibilidades do uso de tal método de solução de litígios. Ainda, será feita uma breve comparação da utilização do instituto da arbitragem antes e depois da Reforma Trabalhista de 2017.

1.1 Arbitragem: surgimento e utilização

Contemporaneamente, vive-se em uma sociedade onde os litígios são frequentes, para tanto, foram criados vários meios para solucioná-los, como por exemplo, a arbitragem, a qual é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias que auxilia o Poder Judiciário e possibilita o acesso à Justiça. Nos próximos parágrafos busca-se fazer uma breve análise histórica e quais são os casos em que se pode utilizar tal instituto.

O instituto da arbitragem é um meio de heterocomposição, sendo este um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, buscando solução por um terceiro imparcial, para tanto, Scavonne conduz o seguinte entendimento:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida (2018, p. 02).

No que tange ao cenário brasileiro, o ordenamento jurídico adotou a Lei da arbitragem como novo instituto. Na perspectiva de Muniz (2000, p. 40), a arbitragem goza de maior aceitação e eficácia se comparado a outras formas alternativas para solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação.

Faz-se necessário conceituar a arbitragem de forma ampla, sendo ela uma técnica para solucionar controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, as quais recebem os seus poderes por meio de uma convenção privada, baseando a sua decisão sem a intervenção do Estado, essa decisão assume a eficácia de uma sentença judicial (CARMONA, 1993, p.19).

Já, no que tange o cenário internacional, tal instituto também é utilizado, mais precisamente no direito mercantil

Entre as formas alternativas de solução de controvérsias mais difundidas no cenário internacional encontra-se a arbitragem, instrumento que tem sido adotado como técnica extrajudicial mais comum no que concerne ao direito mercantil pelos países cujo comércio internacional é intenso (ANDRIGHI, 1996, p. 149-173).

No Brasil, a arbitragem é legalmente conhecida desde os tempos da colonização portuguesa, entretanto, atualmente, vem encontrando um novo caminho através de câmaras arbitrais e da elaboração de projetos de lei, dos quais culminou na Lei 9.307/96 (SANTOS, 2004, p.24).

A arbitragem foi dada ainda na Constituição de 1981, em seu Artigo 34, 11º, porém era expressa na forma de “arbitramento”. É de suma importância que a arbitragem e o arbitramento possuem significados e sentidos diferentes, sendo, muitas vezes, confundidos. Ambas as palavras derivam da mesma “raiz epistemológica, do latim, *arbitrari*, que tem o significado de juiz louvado e árbitro” (MARTINS, 2013, p. 113).

A arbitragem, no entendimento de Nelson Nery Junior, traz uma natureza jurisdicional:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial (1997, p. 1.300).

Já, o Código de Processo Civil adota claramente a dualidade jurisdicional, fazendo um paralelo entre a jurisdição estatal e a arbitral, a qual é exposta principalmente no artigo 3º³.

Para Magali Rodrigues de Souza, os meios de solução de conflito, como a arbitragem, apresentam-se como forma de auxílio, visando a desburocratização da Justiça, liberando o Judiciário para solucionar outros

³ Artigo 3º do Código de Processo Civil: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

casos que não foram ou não puderam ser resolvidos por esse meio (2018, p. 03).

A Lei da Reforma Trabalhista 13.467/2017 instituiu a cláusula compromissória da arbitragem, podendo ser inserida nos contratos individuais de trabalho por vontade de alguns trabalhadores que percebam salários superiores ao dobro do teto⁴ dos benefícios da Previdência Social (LEITE, 2018, p. 399).

Constata-se que, como forma de solução de conflitos, a arbitragem possui caráter privado e natureza voluntária. Embora a decisão seja tomada por um terceiro, há um teor autocompositivo na solução do conflito, tendo em vista o consenso das partes para adoção da arbitragem. Suas principais vantagens são: celeridade, informalidade do procedimento, flexibilidade, especialidade, confiabilidade e confidencialidade (ROMAR, 2018, p. 908).

A arbitragem no Brasil é regulada pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é uma forma extrajudicial de solução de conflitos, usando como característica principal uma terceira pessoa que opera sendo um juiz privado, conhecido como árbitro. Na arbitragem, as partes poderão acordar um procedimento célere e simples, fixando regras claras, bem como dispor sobre o prazo de tramitação do processo, as datas e duração das audiências etc., o que traduz grandes benefícios para as partes de boa-fé (FICHTNER, 2018, p.709).

Contemporaneamente, a arbitragem possui a mesma força que uma sentença judicial que transita em julgado, isso porque o Código de Processo Civil incluiu a decisão arbitral no rol dos títulos executivos judiciais (SCAVONE, 2018, p. 19).

⁴ Atualmente no valor de R\$ 6.101,06 (seis mil cento e um reais com seis centavos).

Assim que, atualmente existem várias alternativas para solução de litígios no âmbito trabalhista, visto que as críticas em relação à Justiça estão cada vez mais frequentes. Devido às relações de trabalho estar se modificando cada vez mais, se torna mais comum um conflito nesse ambiente.

1.2 O instituto da arbitragem antes e depois da reforma trabalhista

Nesse tópico, pretende-se abordar as mudanças pertinentes à Reforma Trabalhista de 2017, através da Lei 13.467/2017, como o instituto era antes da reforma, o que mudou e quais os critérios da mudança. Destaca-se que a explanação realizada não tem o intuito de analisar as mudanças de forma exaustiva, mas sim as principais transformações e comparações.

Antes da promulgação da Lei da Reforma Trabalhista no ano de 2017, a arbitragem já estava inserida no direito trabalhista. A Constituição Federal, com posterior redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, apresenta em seu Artigo 114, parágrafo 2º⁵, que caso as partes recusem-se à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado ajuizar dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho.

Com o advento da Lei 13.467/2017, a qual institui a Reforma Trabalhista, passou a haver autorização expressa para a aplicação da arbitragem na solução de conflitos individuais de trabalho, inserida no artigo 507-A⁶ desta Lei.

⁵ Artigo 114 da Constituição Federal: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

⁶ Art. 507-A da Lei 13.467/2017: “Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Em razão dessa mudança, surgiram algumas regras específicas para serem observadas, como por exemplo, possuir remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, que haja concordância do empregado ou então que a iniciativa de optar pela arbitragem parta dele (SOUZA, 2018, p. 09). Ao utilizar o padrão remuneratório do empregado como critério para aplicação da arbitragem, afronta-se diretamente o princípio constitucional da isonomia, devido ao fato de estar sendo reservada para um grupo de trabalhadores específicos, que terão a possibilidade, caso queiram, de optar pelo instituto da arbitragem para resolverem seus litígios (BENEVIDES, 2019, p. 05).

Independente da validade da cláusula compromissória no contrato individual de trabalho quer seja de adesão ou não, o empregado possui o direito de escolha do procedimento arbitral, em virtude da sua vulnerabilidade. Assim, a cláusula vincula apenas o empregador, e não o empregado, por ser, o último, vulnerável, tal qual nas relações de consumo, onde a cláusula não vincula o consumidor, mas apenas o fornecedor (CORNÉLIO, 2019, p. 09).

Entende-se que com o passar dos tempos os meios de solução de litígios passaram por mudanças, juntamente com a modernização. Com isso, observa-se que nem todas as mudanças vêm para melhorar, algumas apenas para confundir um pouco mais.

1.3 Vantagens e desvantagens de sua utilização

O instituto da arbitragem já existe há tempo como meio de solução de conflitos, com a presença de um terceiro imparcial para pacificar as controvérsias, embora tenha alcançado destaque nos últimos tempos, a arbitragem é um meio utilizado há anos pelos mais diversos povos.

Conforme afirma Scavone, “é um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial, expressa as seguintes vantagens: especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confiabilidade” (2018, p. 22).

No que concerne a especialidade do árbitro, as partes têm a opção de escolher pessoas de sua confiança, habilitadas e especializadas na área específica do objeto do litígio. Ou seja, a decisão será de certa forma mais precisa e adequada, tendo em vista que se feita por um juiz, será generalizada. Conforme artigo 13⁷ da Lei nº 9.307/96.

Como a sentença arbitral não precisa mais ser validada por um juiz, a arbitragem garante maior celeridade aos processos arbitrais, estando aliada ao princípio da irrecorribilidade das sentenças arbitrais, e minimizando o excesso de decisões conforme expresso no artigo 31 e 18 da Lei nº 9.307/96, anteriormente citados.

O procedimento arbitral não possui a mesma formalidade que o procedimento judicial, ou seja, oferece flexibilidade no procedimento, permitindo que as partes determinem o procedimento a ser seguido, ou se preferirem, sujeitar a arbitragem às regras de um órgão arbitral

⁷ Artigo 13 da Lei 9.307/1996: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) § 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. § 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias”.

institucional, ou também, deixar que o árbitro defina. Desse modo, os artigos 2^o⁸ e 21^o da Lei 9.307/96.

No tocante a confidencialidade no procedimento, a arbitragem é sigilosa em razão do dever de descrição expresso no §6^o do artigo 13 da Lei 9.307/96 já mencionado anteriormente. Nas palavras de Gorczewski, a arbitragem traz diversas vantagens, principalmente em benefício de quem a usufrui “O procedimento arbitral é flexível e rápido”, e ainda “Se elas próprias se dispuserem a nomear uma pessoa de sua confiança para atribuir a solução do conflito, provavelmente, após a apresentação da sentença arbitral acolherão a decisão” (1999, p. 99).

Porém, nem sempre essas vantagens são absolutas, visto que a celeridade nem sempre pode ocorrer, já que por vezes o procedimento arbitral pode se tornar tão demorado quanto o judicial, e até mesmo mais moroso. A respeito do tema, em consonância com Andrighi, “cai por terra, ainda, a rapidez da arbitragem nos casos em que o laudo dependa, para satisfazer a pretensão do vencedor, da homologação pelos órgãos judiciais que, confirmando o laudo, passarão a executá-lo” (1996, p. 22).

Além disso, não se pode afirmar que sempre haverá de fato economia, em termos financeiros, quando se optar pelo uso do procedimento arbitral, pois as partes terão que arcar com as despesas decorrentes dos honorários

⁸ Artigo 2^o da Lei 9.307/96: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.§ 1^o Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.§ 2^o Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.§ 3^o A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)(Vigência)”.

⁹ Artigo 21 da Lei 9.307/96: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.§ 1^o Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.§ 2^o Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.§ 3^o As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.§ 4^o Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei”.

de seus patronos, custas processuais e gastos com o deslocamento do (s) árbitro (s), quando necessário. Assim, a arbitragem pode se tornar ainda mais custosa que o procedimento judicial (SOUZA, 2018, p. 05).

No âmbito comercial, a arbitragem prevalece pelas vantagens oferecidas, uma vez que as negociações feitas por diferentes nações se tornam complicadas por terem uma série de elementos contraditórios, como a legislação de outros países, regas processuais, língua e costume, etc. Sendo assim, a arbitragem se torna um meio de oferecer neutralidade como uma solução mais benéfica (BRANCO, p. 28).

A arbitragem não é confidencial por princípio, basta às partes requererem que corra em sigilo. Desse modo, as instituições arbitrais são entes privados, cujas informações em regra, não estão disponíveis ao público (MUNIZ, 2018, p. 02).

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, ao discutirem os prós e contras da utilização da arbitragem na esfera internacional, referem que, “Na atualidade, com as convenções internacionais, a questão da execução dos laudos arbitrais que antes era sem efeito até que se desse a homologação pelo judiciário, já tem solução, não configurando mais barreira” (MORAIS, 2012, p. 219).

As vantagens são inúmeras, mas o instituto da arbitragem causa preocupações na esfera trabalhista, em especial, decorrente ao alto custo que pode envolver a instauração do tribunal arbitral e da possibilidade de manipulação do instituto. Em geral, o empregado possui limitada capacidade econômica, portanto, algumas instituições de arbitragem já organizadas adotaram critérios razoáveis, estabelecendo tabela fixa de valores, a depender a complexidade da demanda, do tempo de relação estabelecida entre as partes, bem como da última remuneração do trabalhador (FICHTNER, 2018, p. 710).

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, a possibilidade de a arbitragem ser posta aos trabalhadores que recebam remuneração superior a duas vezes o limite máximo do teto da Previdência Social, é inconstitucional, pois atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da progressividade e da vedação do retrocesso social, e em especial, o princípio da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico, e intelectual entre os profissionais respectivos (2018, p. 399).

Assim, por mais que a arbitragem apresente algumas desvantagens, seus aspectos positivos, quando bem utilizada, se sobressaem, tornando essa forma de solução de conflitos bastante viável no cenário atual, em que se buscam soluções justas, rápidas e efetivas.

2. Direitos trabalhistas

O direito do trabalho possui princípios que visam proteger a integridade do trabalhador, visto que, este é considerado hipossuficiente. Desse modo, é necessário analisar qual natureza do direito discutido pelas partes, para que após isso, possa ser decidido o meio utilizado para solucionar o conflito.

2.1 Direitos individuais e coletivos trabalhistas e seus conflitos

A relação individual trabalhista é aquela onde se considera a individualidade do empregado e do empregador. Apesar de apresentarem uma ligação, por um prestar serviço ao outro, sobre promessa de prestação pecuniária, cada empregado deve estar atento ao seu trabalho.

O direito individual do trabalho caracteriza-se por uma relação específica que se estabelece entre o prestador de serviço e outra pessoa que dirige, assalaria, e aproveita do resultado da força do trabalho do obreiro. Essa relação é caracterizada pelo estado de subordinação no qual o obreiro está submetido em razão de um contrato de trabalho (CAIRO, 2017, p. 49).

Entretanto, as relações coletivas se efetivam entre os entes coletivos de trabalho. É denominada assim, porque o ente coletivo (geralmente sindicato) representa os interesses de determinado grupo de pessoas, quais sejam, os empregados e os empregadores, considerados em conjunto, e não individualmente (CAIRO, 2017, p. 49).

Entende-se, portanto, que o conflito coletivo de trabalho é a divergência entre uma categoria ou grupo de trabalhadores que ingressam uma ação contra o empregador. A respeito do tema, Mauricio Godinho Delgado assevera que:

Os conflitos coletivos de trabalho são os que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviço, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla (2017, p. 1466).

Ainda, os conflitos coletivos podem ser de natureza jurídica ou econômica. Os de natureza econômica também podem ser denominados de conflitos coletivos de interesses, onde os empregados reivindicam a criação de novas e melhores condições de trabalho. Através deles, criam-se novas normas para regulamentação dos contratos individuais de trabalho, como obrigações de dar e de fazer. Já os de natureza jurídica, também conhecidos como conflitos coletivos de direito, buscam a interpretação de normas específicas que podem ser aplicadas a categoria, inclusive previstas em acordo coletivo, convenção coletiva e dissídios coletivos (MARTINS, 2013, p.813).

Os conflitos coletivos podem ser resolvidos através da arbitragem, por decisão das partes envolvidas, de forma facultativa. Pode-se dizer que primeiramente, as partes devem buscar resolver o conflito através da negociação coletiva, podendo dar origem à convenção ou acordo coletivo

de trabalho. Sendo essa frustrada, as partes podem eleger o árbitro e pacificar o conflito pela arbitragem, havendo recusa por uma das partes, deverá ser resolvido por intermédio de dissídio coletivo. Nesse sentido, ao entendimento de Martins, “dissídios coletivos, o que se discute é a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria, ou a interpretação de certa norma jurídica” (2013, p. 821).

Portanto, o direito do trabalho possui o direito individual, o qual considera a individualidade do empregado e do empregador, e o direito coletivo, que considera o empregado e o empregador em sua coletividade. Ambos analisam defender direitos e deveres das duas partes envolvidas.

2.2 Formas de solução de dissídios trabalhista

Os métodos de tratamento de controvérsias vêm se modificando conforme o passar dos anos, visto que a sociedade está cada vez mais tecnológica e atualizada. Tendo em vista que a função primordial do Direito é prevenir conflitos, passou a existir duas formas para solucionar conflitos: a autônoma (autotutela e auto composição) e a heterônoma (mediação, jurisdição e arbitragem). Nesse capítulo, serão abordados com maior ênfase os meios heterônomos.

A forma de conflitos autônoma ocorre quando se efetiva somente com a participação dos indivíduos, cujos interesses são divergentes. Diante da aplicação do princípio da proteção e da irrenunciabilidade, não se reconhece a eficácia jurídica plena para a resolução de conflitos individuais do trabalho através da autotutela e auto composição (CAIRO, 2017, p. 132).

A autodefesa ocorre quando as próprias partes fazem a defesa de seus interesses, uma parte impõe a solução do conflito à outra. É exemplo de autodefesa, a greve e o lockout (MARTINS, 2013, p.865). Pois “Entende-se, portanto, como autodefesa o meio reconhecido a uma das partes de utilizar

de suas próprias forças para convencer a parte contrária a negociar” (MANUS, 2015, p. 217).

A autocomposição é um meio de resolução de conflitos pelo qual as próprias partes interessadas solucionam suas controvérsias, sem que haja a intervenção de um terceiro. Destarte, as partes discutem seus próprios interesses, fazem concessões recíprocas e negociam com o intuito de solucionar a lide. Esse meio de resolução é exercido por intermédio de negociação coletiva, podendo ou não, ser precedida de mediação (ROMAR, 2018, p. 857).

Caso não seja possível dirimir o conflito através das alternativas anteriores, busca-se então pela heterocomposição.

Significa a expressão heterocomposição a solução do conflito por um terceiro, estranho ao problema; isto é, decidem as partes envolvidas submeter a solução do litígio a uma terceira pessoa, ou a um grupo de pessoas que não pertença a qualquer uma das categorias envolvidas. Comprometem-se ambos a acatar a decisão apontada (MANUS, 2015, p. 219).

Na mediação, busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado, o qual se denomina mediador, exercendo uma função de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, mas depende das partes aceitarem ou não. Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão entender as fraquezas e fortalezas do seu problema, tratando o conflito de forma satisfatória. Dentre as principais características da mediação, podem se destacar a privacidade, a economia financeira e de tempo e a oralidade (MORAIS, 2012, p. 132- 133).

A jurisdição ou tutela é a forma de solucionar os conflitos por meio da intervenção do Estado, gerando o processo judicial. Fica condicionada à Justiça do Trabalho solucionar esses conflitos, nas Varas do Trabalho processam-se os dissídios individuais, e nos Tribunais Regionais do

Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho processam-se os dissídios coletivos (MARTINS, 2013, p. 872).

A comissão de conciliação prévia é mais um método alternativo de solução de conflitos laborais, sendo extrajudicial, o qual visa “diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário Trabalhista diminuindo o número de ações”, possibilitando a criação de comissões de conciliação prévia ao dissídio, podendo ocorrer nas empresas ou sindicatos (GIGLIO, 2007, p.211).

Nas palavras de Nascimento, “Essas comissões não são órgãos judiciais. São privados, extrajudiciais, atuam antes do início da fase processual perante a jurisdição, embora de criação facultativa” (2009, p. 487).

As empresas e os sindicatos podem “instituir comissões de conciliação, de composição partidária”, com representantes dos empregadores e empregados, com a competência de tentar conciliar o conflito individual do trabalho. Essas poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical. Ainda, deverá ser composta de no mínimo dois, e no máximo 10 membros, haverá tantos suplentes quantos forem os representantes titulares (MARTINS, 2013, p. 867).

Além dos meios de solução de litígios citados acima, existe também a figura da arbitragem, a qual é abordada no decorrer do projeto. Sabe-se que a cada dia que passa, a vida em sociedade se torna mais complexa, surgindo então relações que necessitam ser regulamentadas pelo Direito. Com o surgimento do conflito os envolvidos têm a opção de meios alternativos que não a Jurisdição pelo Estado.

2.3 Princípios do direito do trabalho

Nesse tópico, analisar-se-á os princípios que fundamentam o direito do trabalho e suas regras, tendo que vista que os princípios acabam influenciando na elaboração das regras, como proposições ideais.

Inicialmente, pode-se analisar que o princípio é o início de algo, a origem, o começo, a causa. Princípio vem do latim “principium, princippi”, que significa origem, começo, base. Ou seja, são normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas. Platão usava a palavra princípio no sentido de fundamento de raciocínio. Para Aristóteles, era a premissa maior de uma demonstração. Kant seguia essa última orientação, entendendo que princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (MARTINS, 2015, p. 64).

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

No Direito, os princípios cumprem funções diferenciadas. Atuam, na verdade, até mesmo na fase de construção de regra de Direito – fase pré-jurídica ou política. Mas será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante (2013, p. 187).

Os princípios gerais são mais abstratos que as normas, por serem baseado no sistema como um todo e comportarem aplicação em diversas áreas do ordenamento. Para Reale, “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (2001, p.286).

Como exposto anteriormente, os princípios gerais do direito são aplicados também no âmbito trabalhista, entretanto, são necessárias “adequações para que estejam compatíveis com esse ramo especializado”. Ademais, dentre eles, reúnem-se: o princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade, princípio da primazia da realidade, princípio da continuidade da relação de emprego, dentre outros (DELGADO, 2013, p. 194-195).

Nas relações de emprego há certo desequilíbrio econômico entre as partes, sendo o empregado a parte hipossuficiente, não possuindo a

mesma igualdade jurídica que seu empregador. Sendo assim, o princípio da proteção do trabalhador é visto com um dos princípios básicos desse ramo do direito. Como leciona Vólia Bomfim Cassar “Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica” (2013, p.169).

O Princípio da Proteção está inserido em um contexto constitucionalizado, o qual reconhece a relação desigual no âmbito trabalhista. A Constituição Federal trouxe vários direitos sociais trabalhistas, tendo como objetivo proteger a relação entre empregado e empregador barrando os abusos capitais sobre o trabalhador (MARTINEZ, 2016, p. 166-167). Sendo o princípio da proteção o mais importante do Direito do Trabalho, ele se expressa de três formas distintas, a regra “in dubio pro operário”, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica. Ambas as regras buscam pela aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, visando então, a sua proteção (ROMAR, 2018, p. 54-55).

Na regra da norma mais favorável, busca-se manter o equilíbrio contratual entre as partes desiguais. Essa subdivisão do princípio da proteção defende a aplicação da fonte em vigência que mais favorecer o empregado (MARTINEZ, 2016, 164-165).

Entretanto, como nada é absoluto, na regra da norma mais favorável também se encontram alguns casos em que não será aplicada. Quando a norma for mais favorável ao empregado, mas que venha por violar algum dispositivo de lei ou que acabe se tornando inconstitucional, nesse caso, não será aplicada a lei mais benéfica ao trabalhador (CASSAR, 2014, p. 224).

No que tange a regra da condição mais benéfica, a mesma se preocupa com a garantia do contrato, mantendo cláusulas que serão mais vantajosas ao trabalhador. Essa regra defende a alteração posterior das

cláusulas somente se surgirem outras mais benéficas, caso contrário, mantém-se o contrato intocável (DELGADO, 2017, p. 205-206).

A última subdivisão do princípio da proteção traz a regra “in dubio pro operário”, ela se trata de quando uma mesma situação apresenta várias interpretações referentes a um único dispositivo, o qual causa dúvida na interpretação. Nesse caso será escolhida a que possuir o entendimento mais favorável ao trabalhador (MARTINEZ, 2016, 172-174).

O princípio da primazia da realidade visa proteger o trabalhador que, na maioria das vezes, encontra-se submisso ao empregador “Na busca da verdade real – que inspira o princípio da primazia da realidade – qualquer das partes pode invocar a verdade verdadeira diante dos aspectos formais que a desfigurem” (RODRIGUES, 2000, p. 25).

Portanto, levando-se em consideração que o empregado é juridicamente mais fragilizado, é também a vítima preferencial dos documentos que revelam coisa diferente daquela que existiu. Há empregadores, que na tentativa de fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas, criam contratos de natureza semelhante e constroem falsas provas, inclusive no caso de pagamentos. Quando a verdade vem à tona, se tornam nulos todos os atos que violem a legislação laboral (MARTINEZ, 2019, p. 126).

Entretanto, por mais que o princípio da primazia da realidade seja um princípio protetivo, ele pode ser utilizado tanto a favor, como contra o empregado. Isso se dá ao fato de buscar sempre a realidade, e não por aquilo que o empregado apresente como sendo um fato (MARTINEZ, 2016, p. 189).

O princípio da continuidade da relação de emprego é “aplicado apenas em favor do empregado, de modo que o empregador não poderá invocá-lo para impedir a demissão do empregado”, visto que, caso pudesse, estaria ligado a um contrato eterno. De outra maneira, o

empregador também se favorece com esse princípio, uma vez que a “permanência prolongada na empresa traz maior conhecimento e experiência, poupando ter que ensinar novos funcionários frequentemente” (RODRIGUES, 2000, p. 103).

Tendo em vista que os contratos trabalhistas são por prazo indeterminado, o princípio da continuidade da relação de emprego também propõe como regra geral que o contrato trabalhista seja por tempo indeterminado, “uma vez que este é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia” (DELGADO, 2013, p. 208).

O princípio da irrenunciabilidade pressupõe que o trabalhador, em tese, não pode renunciar nem transacionar seus direitos previstos na legislação trabalhista. Isso ocorre devido ao fato das normas do direito do trabalho serem consideradas, em sua maioria, normas de ordem pública (GARCIA, 2013, p. 98).

Fundamenta-se no fato das normas trabalhistas, as quais são de ordem pública e cogente, não poderem ser renunciadas. Encontra-se fundamento legal nos artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais tornam nula qualquer alteração contratual que desvirtue, impeça, fraude a aplicação dos direitos trabalhistas, ou qualquer outra que implique em prejuízo ao trabalhador (CASSAR, 2014, p. 245).

Constata-se, desse modo, que os princípios aqui abordados são sempre favoráveis em relação ao empregado, tendo em vista que este é a parte mais frágil e conseqüentemente, hipossuficiente na relação trabalhista. Os princípios servem para guiar e embasar qualquer mudança que ocorra na legislação trabalhista.

3. Empresas transnacionais

No presente capítulo serão abordadas as empresas transnacionais no ambiente empregatício e sua contextualização, além disso, será abordado como essas empresas buscam resolver seus conflitos e a efetividade dos direitos sociais trabalhista de seus empregados, tendo em vista que, na maioria das vezes, as empresas transnacionais se prevalecem em relação aos direitos de seus empregados.

3.1 Definição legal e sua contextualização

Analisar-se-á o principal objetivo das empresas transnacionais, juntamente de sua contextualização, tendo em vista que tais empresas oferecem oportunidades de emprego para a população aonde elas se encontram.

Ao entendimento de Luiz Olavo Baptista, as empresas transnacionais são interligadas entre si e não possuem personalidade jurídica própria, segundo ele “É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade “ (1987, p.17).

José Carlos Magalhães sustenta que, devido a Segunda Guerra Mundial, as economias nacionais passaram a interagir, aliando-se à expansão industrial dos países desenvolvidos, sobretudo a dos Estados Unidos, além disso, “desempenhou papel relevante nesse processo de transformação a empresa privada, tradicionalmente voltada para o mercado interno e, paulatinamente, engajada no comércio internacional” (2005, p. 185).

Ainda, salienta que “A empresa multinacional, constituindo forma de atividade econômica desenvolvida por uma multiplicidade de sociedades

nacionais nela integradas, não é identificável sob roupagem jurídica específica” (MAGALHÃES, 2005, p. 186-191).

As empresas transnacionais produzem reflexos e impactos que não passam despercebidos por elas estarem posicionadas como “centro de mando e decisão na Sociedade”, sendo elas, efetivamente, uma figura de abordagem frequente na esfera internacional. Devido às suas complexas relações com os Estados nacionais, em geral, elas se tornam sujeitas ao direito interno. Contudo, pelo tamanho que às vezes possuem também se apresentam no campo internacional (CHEVALLIER, 2009, p.48).

Para Ianni, as empresas transnacionais, juntamente com outras corporações e conglomerados conhecidos como multinacionais, transnacionais, mundiais, globais ou planetários, “[...] são responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia denominar shopping center global, espalhando-se por países e continentes” (1995, p. 135).

Tendo em vista que o foco dessas empresas é o máximo lucro, com ou sem o auxílio de algum Estado, elas fixam seus investimentos onde houver o menor custo operacional, não importando o local onde irão produzir, bem como, o que produzirão. Do mesmo modo que possuem agilidade para raciocinar sobre o lucro e concentrar suas estruturas de forma produtiva, também não hesitam em modificar ou mudar-se de local, ou até mesmo de país quando isso se tornar mais apazível. Em decorrência disso, acaba gerando reflexos nos Estados em que elas estão alocadas. Seja por desestabilizar a arrecadação, por reduzir a autonomia ou até mesmo diminuir as oportunidades de emprego (BRIGAGÃO, 2004, p.82).

Logo, as transnacionais focam principalmente na obtenção de lucros, não importando onde serão instaladas. Portanto, sua imprevisibilidade acaba trazendo alguns malefícios para os Estados onde elas se encontram,

reduzindo, principalmente, o número de empregos e oportunidades trabalhistas.

3.2 A arbitragem como meio de resolução de conflitos transnacionais

A partir do momento que duas partes possuem ideias divergentes acerca de determinada situação, assim como necessidades diferentes, variando conforme a época, cultura, costumes, etc., surgem os mais variados tipos de conflitos, sendo necessária a utilização de meios adequados para a resolução desses dissídios. Nesse tópico será dada ênfase no instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos transnacionais.

Considerando que, ao longo da história foram surgindo diversos instrumentos para a solução de conflitos, tanto no Poder Judiciário, como fora dele, os instrumentos para resolução foram reconhecidos juridicamente apenas na história mais recente da humanidade.

Considerando que os modos de resolução de conflitos até então adotados não conseguiam atingir aos pressupostos do que se entende por justiça, novas modalidades foram surgindo com a evolução da própria sociedade. Destacam-se, portanto, os institutos da mediação, conciliação e arbitragem, como instrumentos capazes de promover a autonomia das partes, solucionando conflitos de maneira pacífica e, principalmente, diminuindo o volume de processos tramitando junto ao Poder Judiciário. 'Esses 'mecanismos alternativos' (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias adotadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando-se que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto (SPENGLER, 2010, p.115).

A arbitragem, em âmbito internacional, passou a ser conhecida e utilizada após a Segunda Guerra Mundial, com o arrebato das relações comerciais internacionais. No que tange o Direito internacional, a

arbitragem já era citada há séculos. Além disso, após a Segunda Guerra mundial ocorreu o surgimento de organizações internacionais que serviam para solucionar conflitos oriundos de transações internacionais (LIMA, 2008, p. 44).

Existe uma lacuna de tempo entre o planejamento, a aceitação e a prática de convenções e tratados internacionais, nesse sentido, a arbitragem se torna necessária, permitindo a condução de conflitos de maneira que diminua os confrontos de interesses, caso viessem a depender do ordenamento jurídico dos países em conflito. Visto que, “não é possível afirmar com certeza que o direito nacional de determinado país será sempre aplicável às transações comerciais que envolverem os seus nacionais”, a decisão tomada não será sempre pelos seus próprios tribunais (GREBLER, 2006, p. 96).

Entretanto, a arbitragem vem sendo muito disseminada na atualidade, pois oferece muitas vantagens além das que apresenta a jurisdição estatal. Neste sentido, Santanna assegura que “a crescente participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional é consequência do aumento de relações jurídicas internacionais nos últimos anos” (2011, p.10).

O instituto da arbitragem possui importância significativa no que tange aos contratos internacionais. Considerando-se que o direito interno de cada país não é exigível ou de aplicação compulsória, o contrato acaba se tornando lei suprema entre as partes. A arbitragem, no Direito internacional, não possui força vinculante, apresentando apenas meras consequências morais, uma vez que não existe a possibilidade de invocar a força de um Estado sobre o outro (TEIXEIRA, 1997, p.21-34).

Atualmente, a arbitragem internacional sofre a influência de um conjunto de regras bastante peculiares criadas pelos próprios atores do comércio internacional, sendo eles mesmos que aplicam e regulam. É

utilizada como objeto de tentativa de consolidação por instituições privadas, tendo como foco, unificar as regras para delimitação de contratos (CORDEIRO, 2008, p. 88).

Além disso, Sérgio Mourão Corrêa Lima aborda a relevância das Cortes de Arbitragem, elucidada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e pela American Arbitration Association (AAA), etc. A CCI é um órgão privado de produção de normas transnacionais, o qual se dedica “às atividades relacionadas ao comércio internacional e que mantém um comitê especializado de arbitragem”. Por sua vez, a AAA é um órgão arbitral norte-americano, que dispõe sobre um Índice de Regras de Arbitragem Internacional (LIMA, 2008, p.14).

Conforme Glitz, “as divergências entre o Direito Internacional e a legislação doméstica tendem a se dissipar conforme se harmonizem os princípios relacionados aos negócios internacionais”. Percebe-se então, a relevância da arbitragem como meio utilizado para solução de dissídios em âmbito internacional, levando em consideração seu caráter jurisdicional, diferente da mediação e da conciliação que possuem apenas caráter negocial (2012, p. 297).

A eleição da utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos internacionais é bastante complexa, pois o foco é definir se o Estado irá aplicar ou não o princípio da autonomia da vontade e se o interesse público representado é arbitrável (FAVACHO, 2011, p.263).

Conforme abordado anteriormente, a utilização da arbitragem no contexto internacional é muito ampla, principalmente em conflitos de origem comercial, levando em consideração as divergências enfrentadas entre os ordenamentos jurídicos envolvidos. Desse modo, a busca pela arbitragem torna-se necessária, tendo em vista que possibilita a resolução dos mais diversos conflitos visando satisfazer a vontade das partes envolvidas.

3.3 Efetividade dos direitos sociais trabalhistas

Levando-se em consideração que as empresas transnacionais focam na obtenção de lucros, isso faz com que elas se mudem frequentemente se acharem que o local já não traz mais benefícios. Portanto, acaba prejudicando o empregado juntamente de seus direitos sociais trabalhistas.

O Direito Internacional do trabalho trata da proteção do trabalhador na área do Direito Internacional Público, seja como parte de um contrato ou como ser humano, o qual estabelece a universalização de princípios da justiça social. Além disso, estuda questões conexas visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e a harmonia entre o desenvolvimento técnico- econômico e o progresso social (SUSSEKIND, 2000, p. 139).

De acordo, Husek tem como objeto e finalidade o Direito Internacional do Trabalho como uma forma de universalizar os princípios de justiça social e de buscar a uniformização das normas jurídicas como uma forma de desenvolver a cooperação internacional, além disso, entende que “O objetivo básico é a condição da melhoria da vida do trabalhador, não importa raça, sexo, idade, cultura, nível social, espécie profissional, nacionalidade, religião etc.” (2015, p.63).

Para Jeremy Rifkin, em sua obra, observou que a oferta de vagas se tornou menor que o crescimento da População Economicamente Ativa (PEA), o que decorria, principalmente, da evolução tecnológica e novos métodos de trabalho que permitiam a possibilidade de produzir mais com menor participação de mão de obra (1995, p. 349).

O Direito do Trabalho deve integrar o mínimo existencial, uma vez que se não tiver uma fonte de renda se torna impossibilitado de conseguir o seu sustento e o de sua família. A partir da ideia de que o trabalho não é uma mercadoria, e dos direitos sociais, evoluindo para a ideia de

“constitucionalismo social”, passou-se a exigir a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador ao Estado (LOBATO, 2006, p. 35).

A valorização do trabalho humano deve ser buscada de várias formas, como por exemplo, assegurando a preparação dos jovens para o mercado de trabalho, garantindo educação de qualidade, resguardando a segurança do trabalhador no que tange à saúde física e mental, assim como assegurando a manutenção do seu emprego (MARQUES, 2007, p. 116).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que cada Estado se compromete a adotar medidas, em plano econômico e técnico, visando assegurar o pleno exercício do direito do trabalhador. Fica nítido que os direitos trabalhistas, assim como os direitos sociais, humanos e fundamentais devem ser assegurados de forma progressiva, não permitindo retrocesso (GARCIA, 2017, p. 19).

Diante disso, houve o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, a qual se baseou em argumentos humanitários e políticos, fundamentando a justiça social no âmbito internacional trabalhista. Quando a industrialização nos países europeus se encontrava veloz, surgiram condições sociais e políticas devido aos movimentos de reivindicação dos trabalhadores (CAVALCANTE, 2007, p. 144).

Além disso, a OIT visa adotar uma política social de cooperação e de desenvolvimento social entre todos sistemas jurídicos para a melhoria de condições de trabalho, mediante o implemento de normas protetivas sociais universais para os trabalhadores e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos (SUSSEKIND, 1987, p. 124).

Portanto, levando-se em consideração que o Direito Internacional do Trabalho visa proteger os direitos sociais e humanos do trabalhador, foi criada a Organização Internacional do Trabalho para assegurar esses direitos, visto que, em âmbito internacional, mais precisamente nas

transnacionais, esses direitos são pouco assegurados devido ao fato das mesmas estarem em frequente mudança.

Considerações finais

No presente artigo, estudou-se o instituto da arbitragem dando foco em sua utilização como uma forma de resolução de dissídios individuais trabalhistas, dando atenção à relação de emprego em transnacionais.

A arbitragem é um meio privado e alternativo para buscar solução judicial por meio de um terceiro imparcial, no cenário brasileiro foi adotada a Lei da arbitragem como novo instituto, sendo esse de maior aceitação e eficácia.

Esse instituto permite que as partes acordem um procedimento mais célere e simples, podendo as mesmas, pactuarem o procedimento com informalidade, flexibilidade, especialidade e confidencialidade.

No que tange às transnacionais, a arbitragem é um meio muito utilizado na esfera internacional, levando-se em consideração o seu caráter jurisdicional, o que difere da mediação e conciliação. Sua abordagem internacional é bastante ampla, pois se leva em consideração as divergências enfrentadas nos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Tendo em vista que as empresas transnacionais buscam apenas a obtenção de lucro, o empregado acaba sendo prejudicado e tendo seus direitos sociais trabalhistas afetados. A arbitragem possui grande importância nessa relação, pois o direito interno de cada país não é exigível ou de aplicação compulsória, o que torna o contrato entre as partes como uma lei suprema.

Contudo, o instituto da arbitragem é utilizado como um objeto de tentativa de consolidação por meio das instituições privadas, tendo como objetivo principal a unificação das regras para delimitação dos contratos. Sua utilização torna-se necessária, tendo em vista a possibilidade de

resolução dos mais variados conflitos, podendo assim, satisfazer a vontade das partes envolvidas sem prejudicar a parte mais vulnerável.

Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, Brasília, n. 2, p. 149-173, maio - ago. 1996.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BENEVIDES, Camilla Martins dos Santos; VILLATORE, Marco Antônio César. A reforma trabalhista e a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito trabalhista para cumprir função pacificadora perante as modificações econômicas, sociais e culturais. Revista de direito do trabalho, vol. 201, p. 169-183, mai. 2019.

BRANCO, Luizella Giardino B. A arbitragem nos contratos internacionais. Disponível em: <www.internacional-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawarbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 24 de outubro de 2020.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991,

a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>
Acesso em 20 de outubro de 2020.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em 20 de outubro
de 2020.

BRIGAGÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. Globalização a olho nu: o mundo
conectado. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

CAIRO, Jose Jr. Curso de Direito do Trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro. São Paulo:
Malheiros, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São
Paulo: Método, 2013.

CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista. A dignidade da pessoa humana como norma
principlológica de aplicação no Direito do Trabalho. In: Direitos Humanos. Essência
do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo
Horizonte: Fórum, 2009.

CORDEIRO, D. A lexmercatoria e as novas tendências de codificação do Direito do comércio
internacional. In: Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7,
jan./jun.2008.

CORNÉLIO, Raphael Lima Lemes; GONÇALVES, Mauro Pedroso. Cláusula compromissória
no contrato individual de trabalho: a extensão da liberdade do trabalhador na escolha
do procedimento arbitral. Revista de arbitragem e mediação, vol. 60, p. 131-149, jan.
- mar. 2019.

- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017.
- FAVACHO, Frederico. A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo.
- Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. Disponível em:
<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/268/261>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- FICHTNER, José Antonio et al. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêngo. A lei da Arbitragem Comentada. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. Reforma trabalhista. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- GIGLIO, Wagner D. CORRÊA, Claudia GiglioVeltri. Direito processual do trabalho. 16. ed. ver., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GLITZ, Frederico. Contrato, globalização e Lex mercatoria. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.
- GORCZEVSKI, Clovis. Formas alternativas para resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- GREBLER, Eduardo. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro. In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 1, n.1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 94-109.
- HUSEK, Carlos Roberto. Curso básico de Direito Internacional público e privado do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

IANNI, Octávio. A sociedade global. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Arbitragem: aspectos fundamentais. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. O Valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho. São Paulo: Ltr, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. Direito Internacional Econômico. Curitiba: Juruá, 2005. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MARQUES, Rafael da Silva. Valor social do trabalho na ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Ltr, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de et al. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. Revista de mediação e arbitragem, vol. 56, p. 179-187, jan. - mar. 2018.

MUNIZ, Tânia L. Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96. Curitiba: Juruá 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação do direito do trabalho. ed. 34. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado. 3. ed., São Paulo: RT, 1997. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIFKIN, Jeremy. Fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

RODRIGUES, Americo Plá. Princípios do direito do trabalho. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII, 2011.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções gerais de arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Magali Rodrigues de; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Arbitragem nas relações de trabalho: Inovações decorrentes da lei 13.467/2017. Revista de processo, vol. 284, p. 535- 554, out. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. São Paulo: Editora LTr, 1987.

_____. Direito internacional do trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, J.M.R. A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Gravidez de substituição sob a perspectiva jurídica brasileira ¹

*Manoela da Silva Camargo²
Cibele Stefani Borghetti³*

Introdução

O constante progresso científico, em especial, no campo da reprodução humana assistida, trouxe esperança à inúmeras pessoas e famílias com problemas de fertilidade, de concepção ou de gestação. Assim, essas pessoas impossibilitadas de estabelecer filiação através de métodos naturais passaram a poder almejar esse vínculo com o auxílio da ciência.

Todavia, em decorrência da falta de previsão legal específica acerca desse meio de reprodução, abriram-se diversas lacunas sobre o tema no campo da ética e da bioética. O direito, contudo, deve acompanhar as evoluções sociais, apresentando soluções aos problemas e situações inovadoras, de modo a preencher as lacunas criadas.

Um dos problemas enfrentados, objeto do presente trabalho, diz respeito à definição da maternidade nos casos de gestação por substituição, situação na qual, devido ao emprego desta técnica de reprodução, duas ou mais mulheres alegam simultaneamente que lhes cabe a maternidade do indivíduo gerado. Esta técnica colocou em xeque a

¹ Artigo científico produzido como Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: manoelacamargo17@gmail.com.

³ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: cibeles@upf.br.

presunção de maternidade adotada até então no sistema jurídico brasileiro, a qual seria definida pela gravidez e pelo parto, abrindo-se espaço para repensar a maternidade, especialmente sob uma perspectiva afetiva e social.

Assim, esta situação envolve não somente uma questão jurídica, mas também psicossocial, considerando que abrange a estabilidade mental e emocional de uma família, bem como a definição jurídica do vínculo de mãe/filho(a). Também não se pode esquecer de levar em conta o bem-estar físico e emocional da geratriz, que doará, em tese, voluntariamente o seu útero, sempre priorizando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para todos os envolvidos.

1. Noções gerais do direito de família

A família é a mais antiga instituição social de que se tem conhecimento, sendo que sua evolução reflete diretamente as mudanças ocorridas na sociedade.

Os primeiros agrupamentos familiares eram formados principalmente com base na luta instintiva pela sobrevivência e, posteriormente, visando a ascensão de seus integrantes no quesito patrimonial, não sendo a afetividade o ponto central para a formação desses núcleos familiares (GAGLIANO e FILHO, 2020, p. 48).

Ainda sob uma perspectiva histórica, pode-se destacar a grande influência exercida pelo cristianismo na consolidação da noção de família. Seguindo o dogma cristão, a família era fundamentalmente matrimonializada, patriarcal e com objetivo patrimonial.

Somente a partir do período das Revoluções Francesa e Industrial se passou a valorizar as relações de afeto entre os familiares. A partir de então, a família se tornou um local onde era possível integrar sentimentos, esperanças e valores (BARRETO, 2020, p. 4), encontrando sua realização

no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes na convivência e no afeto (MADALENO, 2020, p. 5).

Com o final da Segunda Guerra Mundial houve uma pequena quebra da ideologia patriarcal, tendo em vista que, frente ao falecimento de milhões de homens, muitas famílias passaram a ser administradas pelas mulheres, o que também colaborou para a redivisão sexual do trabalho. Com isso, observou-se que, além de outros aspectos, a formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista e a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, contribuíram muito para o repensar do conceito de família na contemporaneidade (GAGLIANO e FILHO, 2020, p. 51).

No Brasil, a legislação reproduziu as fases históricas vividas mundialmente. Até a promulgação do Código Civil de 1916, apenas as famílias formadas pelo casamento eram reconhecidas, sendo que vínculos havidos fora do matrimônio eram postos à margem da sociedade e do direito. Os filhos eventualmente concebidos destas relações de concubinato eram considerados ilegítimos, não sendo reconhecidos pelo direito como filhos e, assim, não possuindo qualquer garantia legal referente aos direitos e deveres de filiação (GAGLIANO e FILHO, 2020, p. 63).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, foi um divisor de águas nas relações jurídicas familiares, em especial no que diz respeito à igualdade de filiação, tendo em vista que estabeleceu no §6º de seu artigo 227 que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A chamada Constituição cidadã discorreu acerca de direitos da personalidade e da família de uma forma jamais vista anteriormente, declarando-a como base da sociedade e reforçando a necessidade de

proteção estatal à mesma. Além disso, a legislação também se atentou a garantir dignidade constitucional aos núcleos monoparentais (GAGLIANO e FILHO, 2020, p. 40). Assim, o direito de família passou a ser pensado principalmente com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (MADALENO, 2020, p. 02).

Outra mudança significativa trazida pelo novo texto constitucional versa acerca do livre planejamento familiar, previsto no §7º do artigo 226 da Carta Magna, que se define como a “gerência da família de forma a construir um vínculo entre os seus integrantes, seja solidário, seja genético, desde que presente o ânimo familiar” (TEIXEIRA, 2016, p. 03).

Posteriormente, incorporando a filosofia pluralista trazida pela Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu oficialmente diferentes modelos de núcleos familiares, como a família natural, a ampliada e a substituta (MADALENO, 2020, p. 5).

Desse modo, é possível observar que o direito de família é o ramo do direito civil em que as mudanças sociais mais atuam. Justamente em decorrência disso, ainda que os parágrafos do artigo 226 da Constituição enunciem determinados tipos de entidades familiares, o rol é meramente exemplificativo.

De acordo GAGLIANO e FILHO (2020, p. 41) “a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigma aberta, calcada no princípio da afetividade, visando permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente constituídos”. No mesmo sentido, conforme bem assevera MADALENO, apud PEREIRA (2020, p. 3) “a celeridade da vida não pode ser detida pelas muralhas de um direito codificado”. Ainda nesse aspecto, o autor refere que:

Haveria evidente equívoco imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao citado trio de entidades familiares (casamento, união estável e relação monoparental), olvidando-se de sua

função maior, de dar abrigo ao sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreando na consecução do afeto, pois, como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de Direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada e prova disto foi a consagração do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como entidade familiar, regulamentando o CNJ o casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio da Resolução n. 175/2013 (MADALENO, 2020, p.05, grifou-se).

Desse modo observa-se que o conceito de família, sob uma perspectiva constitucional, é extremamente amplo, dando margem para a configuração de vários modelos de núcleos familiares, priorizando o elemento afeto. Assim, pode-se que dizer que “O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher” (MADALENO, apud RESENDE, 2020, p. 6).

Com a implementação dessa mudança de paradigma no que diz respeito à constituição de família, a instituição deixou de ser vista como uma união de fins meramente procracionais, e passou a ser tratada como um meio de se buscar a realização pessoal dos seus membros, como seres úteis que se reúnem não apenas por vínculo sanguíneo, mas por afetividade e pela comunhão de vida, razão pela qual o fator biológico deixou de ser o único critério para aferição da filiação, reconhecendo-se a proeminência dos laços socioafetivos.

Assim, considerando que antes do advento da Constituição de 1988, a família era tida como uma “unidade de produção e reprodução”, a filiação era determinada preponderantemente pelos laços biológicos “considerando-se familiar aqueles que compartilhassem semelhanças

genéticas” (FARIAS e ROSELVALD, 2016 apud OLIVEIRA e DIAS, 2019, p. 209).

Todavia, com essa mudança de paradigma, a verdade biológica foi substituída pela “verdade real” da filiação, desligando a condição de “filho” ao aspecto exclusivamente genético, admitindo uma dimensão mais ampla, capaz de abranger aquela e qualquer outra origem (LOBO, Paulo, 2004, p. 48). O doutrinador Paulo Lobo ainda entende que:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai e uma mãe e seus filhos. A afetividade cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue (2004, p. 48, grifou-se).

Nesse sentido, a definição de família mudou muito justamente pela velocidade com que a sociedade evolui e os arranjos familiares se modificam.

Desse modo, é possível que, em decorrência dessas reconstruções do direito de família e do advento de possíveis gestações de substituição a definição da maternidade e/ou paternidade seja alvo de discussões, ocasionando, por diversas vezes, conflitos positivos ou negativos de parentalidade.

2. Inseminação artificial e gestação de substituição

O ser humano instintivamente busca a perpetuação da espécie e, socialmente, a aceitação. Psicologicamente o desejo de gerar sua prole

constitui uma maneira de se aproximar da imortalidade, transmitindo a sua herança genética para seus descendentes.

Considerando isso, quando um indivíduo em idade fértil e sexualmente ativo, que possui o desejo de conceber um descendente genético não obtém êxito neste processo, seu bem-estar físico, psíquico e até mesmo social pode ser afetado, evitando que este alcance sua realização pessoal, conjugal e familiar.

Se após 12 (doze) meses de relação sexual sem o uso de qualquer método contraceptivo não ocorrer a concepção desejada, o indivíduo poderá ser considerado infértil (PASSOS *et al*, 2007, p. 13). De acordo com os autores:

Embora historicamente tenha sido considerada um problema feminino, a infertilidade é multifatorial e pode envolver ambos os parceiros. Aproximadamente 40% envolvem fator feminino, 30% fator masculino e em 20% há uma combinação dos dois. Em cerca de 10 a 15% dos casos, a causa de infertilidade permanece inexplicada (2007, p. 14, grifou-se).

Além disso, é comprovado que com o avançar da idade existe uma diminuição da fertilidade feminina. Cerca de 11% das mulheres não são mais capazes de conceber após os 34 (trinta e quatro) anos de idade, 33% após os 40 (quarenta) e 87% são inférteis após os 45 (quarenta e cinco) anos (PASSOS e outros, 2007, p. 21).

Dentre os fatores que podem ocasionar infertilidade, ressaltam-se os casos de mal formações uterinas ou até mesmo de retirada do útero. Nestas situações, algumas mulheres, mesmo possuindo óvulos saudáveis, são impossibilitadas de gestar.

Desse modo, procurando neutralizar os obstáculos que impedem a procriação, surgiram as técnicas de reprodução humana assistida, que se caracterizam como “uma série de etapas que visam reunir o gameta

masculino com o feminino em laboratórios, de forma acompanhada por médicos, dando origem a um ser humano” (DINIZ, 2011 apud TEIXEIRA, 2016, p. 129).

Dentre as diversas técnicas disponibilizadas atualmente, encontra-se a possibilidade da chamada gravidez de substituição, popularmente conhecida como barriga solidária ou barriga de aluguel.

Tal método consiste na cessão do útero de uma mulher, para gestar o embrião de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento. Ou seja, o útero da mãe gestacional desempenharia a função de uma espécie de incubadora para que o embrião possa se desenvolver.

Na maioria dos países onde essa prática é admitida, a utilização do método deve ser gratuita; todavia, existem países em que a locação do ventre é amplamente admitida, conforme demonstra a tabela que segue:

Figura 1 - Gestação de substituição:

		Legalizada	Proibida	Especificidades
América Do Norte	E.U.A	X		Apenas 11 dos 32 estados têm leis definidas, sendo o estado do Texas que possui as leis melhor definidas.
	Canadá	X		Permitida apenas gestação de substituição altruísta/ não-comercial.
Europa	Portugal	X		Apenas a altruísta/não-comercial e em circunstâncias clínicas definidas (e.g., ausência de útero)
	Espanha		X	
	França		X	
	Grécia	X		Apenas permitida a gestação de substituição altruísta após aprovação judicial.
	Holanda	X		Apenas a altruísta/não-comercial.
	Suíça		X	
	Suécia		X	
	Finlândia	X		Apenas a altruísta/não-comercial.
	Alemanha		X	
	Austria		X	
	Dinamarca	X		Apenas a altruísta/não-comercial.
Reino Unido	X		Apenas a altruísta/não-comercial.	
Ásia	Irlanda	X		Apenas a altruísta/não-comercial.
	Bélgica	X		Apenas a altruísta/não-comercial.
	Israel	X		Supervisão obrigatória. Questões religiosas, sociais e legais de estatuto ainda em discussão.
	Japão		X	
	Rússia	X		
Austrália	Índia	X		Legalizada em 2002. Sem regulamentação legal. Pagamento obrigatório.
			X	Apenas 2 dos 8 estados permitem.

No Brasil, há três correntes principais sobre o assunto. A primeira entende que a prática deve ser vedada, ainda que a título gratuito, tendo em vista o estágio atual dos valores culturais do país, assim como a influência da religião e dos princípios morais que norteiam a maior parte da sociedade (GAMA, 2003 apud OLIVEIRA e DIAS, 2019).

A segunda corrente defende a prática, mesmo mediante remuneração, pois entende que se trataria de uma contraprestação estabelecida entre pessoas capazes (OLIVEIRA e DIAS, 2019). Nesse sentido, sustenta Teixeira:

Deve-se ter em mente que gerar a criança para alguém realmente deveria envolver exclusivamente um fim altruístico, mas as desigualdades sociais e econômicas influenciam nas escolhas da sociedade, assim, essa gestação pode não caracterizar um comércio de bebês, mas apenas a forma de unir o sonho de alguém sem a possibilidade de gestar com a necessidade de outras pessoas (2016 apud OLIVEIRA e DIAS, 2019, p. 218, grifou-se).

Todavia, esse entendimento pode vir de encontro com a previsão do §4º do artigo 199 da Constituição Federal, que proíbe a comercialização de qualquer órgão, tecido e substância humana.

Essa situação, além de contrariar uma previsão constitucional, também encontraria óbices no direito civil, considerando que o contrato seria nulo, em razão da ilicitude do objeto, conforme estabelece o inciso II do artigo 166 do Código Civil Brasileiro. Ademais, o artigo 13 do mesmo diploma legal ainda proíbe a disposição do próprio corpo quando isso importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Por fim, a última corrente, a qual prevalece no Brasil, entende pela possibilidade do procedimento de gestação por substituição, desde que de forma gratuita, tendo em vista que a cessão do útero de forma remunerada

“poderia ocasionar a abertura de um verdadeiro comércio de exploração em que, por baixos preços, mulheres de baixa renda se submeteriam a tais procedimentos” (OLIVEIRA e DIAS, 2019).

Em que pese não exista legislação específica que regule a gestação de substituição, no Brasil, o procedimento é regido pela Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina - CFM. Segundo essa Resolução, a gestação de substituição somente pode dar-se gratuitamente, mediante doação temporária de útero, sendo que deve haver o vínculo entre a mulher que irá gestar a criança e a família socioafetiva de parentesco em até quarto grau.

Além disso, é estabelecido que o acordo não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, bem como que deve existir algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na mãe socioafetiva. Essas limitações são fixadas com o objetivo de impedir que o procedimento seja realizado de forma desmedida e por motivações que não estejam relacionadas exclusivamente com a vontade de procriar associada à impossibilidade médica da mãe encomendante.

Porém, tendo em vista que a Resolução do CFM não possui força de lei, suas determinações muitas vezes não são devidamente cumpridas. Desse modo, a prática é rodeada de dúvidas no que diz respeito à possibilidade ou não de elaboração de uma espécie de contrato de aluguel de útero, bem como no que se refere à determinação da verdadeira mãe (CORADI, 2014), considerando que, mesmo que o procedimento seja realizado entre pessoas que possuam vínculo familiar, em muitos casos não há garantia de que a criança será entregue após o parto (SILVA, 2011).

Conforme aduz DENISE RODRIGUES, a falta de previsão legal acerca do tema, constitui uma afronta à dignidade da pessoa humana, da gestante, da mãe biológica e principalmente da criança (2008, p. 406).

Nesse sentido, expõe SILVA que:

Não se pode perder de vista que as técnicas de reprodução humana assistida têm como escopo colocar à disposição do ser humano meios artificiais para sanar sua infertilidade. Contudo, com o advento da possibilidade científica de “curar” essa infertilidade, outros conflitos são gerados, os quais, diante da ausência de disposição legal que os solucione, criam lacunas imensas no sistema, dando azo a uma série de tentativas clínicas que, muitas vezes debatem-se no campo filosófico e, mais especialmente, no campo jurídico, com consequências desastrosas na área do direito, sobretudo no direito de família (2011, p. 51).

Desta forma, verifica-se que a reprodução humana assistida no Brasil, especificamente a gestação por substituição, carece de determinações com caráter impositivo, o que acarreta em conflitos gerados pelas lacunas do direito, especialmente no que diz respeito ao estabelecimento do vínculo de maternidade.

3. Conflito de maternidade

Assim como em outros países, no Brasil há a presunção de que a maternidade é sempre certa (*mater sempre certa est*), sendo identificada por sinais inequívocos, como a gravidez e o parto. Todavia, como referido, com os avanços da biotecnologia, no decorrer dos últimos anos surgiram novas possibilidades no campo da inseminação artificial, colocando em xeque a presunção até então adotada em nosso país.

Em geral, no caso de uma gestação convencional, a mãe biológica, a gestacional e a socioafetiva se fundem em uma mesma figura. Contudo, nos casos em que há doação de material genético ou empréstimo de útero, por exemplo, estas figuras podem se dissociar.

Nesse sentido, no que diz respeito à gestação de substituição, poderá se verificar até três possíveis figuras maternas: a socioafetiva ou encomendante, que detém o animus procracional; a gestacional, que irá

ceder seu útero; e por fim, nos casos em que há doação de material genético, ainda poderá ocorrer de recair sobre uma terceira mulher a maternidade biológica. Assim, a definição da maternidade, que até então era absoluta, passou a ser rodeada por diversas dúvidas e incertezas, em especial no campo do direito e da ética, sendo seu conceito cada vez mais relativizado.

Com base nessa relativização, abriu-se margem para a ocorrência dos conflitos de maternidade, sendo que um dos primeiros e mais conhecidos casos que envolvem tal conflito foi chamado de “caso do bebê M”, ocorrido no ano de 1985. Nesse caso, um casal de norte-americanos celebrou contrato de aluguel de útero com a geratriz, mediante o pagamento de U\$ 10.000,00 (dez mil dólares), tendo a mãe de aluguel renunciado a todos os direitos maternos. Todavia, após o nascimento da criança, a contratada decidiu não entregar o bebê, tendo fugido com este do Estado de New Jersey para a Flórida (SILVA, 2017, p. 03).

Assim, o conflito foi levado à justiça estadunidense, que em primeira instância decidiu que o contrato firmado deveria ser cumprido e a criança entregue aos encomendantes. Porém, em sede de apelação, a Suprema Corte de New Jersey reformou a sentença de primeiro grau e declarou inválido o contrato firmado (SILVA, 2017, pg. 03).

A custódia da “bebê M”, todavia, foi concedida aos pais contratantes, levando em conta o melhor interesse da criança, considerando que estes possuíam melhores condições de criá-la, mas foi assegurado à contratada a condição de mãe da criança gerada, inclusive garantindo-lhe direito à visitação (SILVA, 2017, pg. 04).

No Brasil, ocorreu um caso semelhante em 2009 no Estado de São Paulo. Nessa situação, foi efetuada a fertilização *in vitro* do material genético do casal “S” e “H”, sendo o embrião implantado na cessionária do

útero, que possuía vínculo familiar colateral com o casal encomendante (TEIXEIRA, 2016, p. 135).

Após o nascimento da criança o casal solicitou junto ao Registro Civil de Pessoas Naturais o seu respectivo registro como pais do bebê gerado, apensando ao pedido a documentação que comprovava seu vínculo biológico com a criança, bem como a declaração de renúncia à maternidade daquela que a gestou (TEIXEIRA, 2016, p. 136).

Desse modo, o Juiz Corregedor Permanente ordenou que a lavratura do assento de nascimento consignasse como pais a sra. “S” e o sr. “H”, que não só forneceram o material genético, mas também idealizaram a gestação (TEIXEIRA, 2016, p. 136).

Todavia, o Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu, alegando que o contrato celebrado entre os envolvidos não superava o princípio da maternidade certa pela gestação e pelo parto. O Juiz Auxiliar da Corregedoria conheceu do recurso, mas entendeu pelo não provimento deste, fundamentando sua decisão no art. 1.605 do Código Civil, que prevê que a filiação pode ser provada por qualquer meio admitido no direito, inclusive quando há fatos certos que gerem a presunção da maternidade e da paternidade, como no presente caso (TEIXEIRA, 2016, p. 137).

Além disso, a decisão também foi pautada pelo melhor interesse da criança, levando em conta que o seu nascimento desde o princípio foi almejado pelos pais biológicos/encomendantes (TEIXEIRA, 2016, p. 137).

Os casos em tela não são situações isoladas, inclusive, através de uma rápida pesquisa na internet é possível encontrar sites de empresas ofertando “programas de gestação por substituição”.

Nesse aspecto, verifica-se que o conflito positivo de maternidade surge quando a mãe gestacional se nega a entregar à mãe socioafetiva, o bebê gerado em seu ventre após o seu nascimento, ou seja, quando duas mulheres alegam, simultaneamente, serem a mãe daquele indivíduo.

Nos países em que a gestação de substituição é autorizada, muitas vezes há divergência entre as legislações. Em Suécia, por exemplo, a legislação estabelece que o casal que idealizou a fertilização *in vitro* deve adotar o bebê após seu nascimento. Na Áustria há projeto dispondo que a mãe substituta não é obrigada a ceder a criança, enquanto que nos Estados Unidos há estrito respeito aos contratos firmados entre o encomendante e quem suportará a gestação substitutiva (SANTOS, 2010).

No Brasil, como já mencionado, a legislação não é muito clara quando o assunto é gestação de substituição, sendo que um dos únicos aparatos que se tem é a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que apenas estabelece parâmetros para a realização do procedimento, não se imiscuindo nos vínculos de parentalidade.

Além da Resolução, o §1º do artigo 17 do Provimento nº 63, da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) prevê que no caso de gestação por substituição não constará no registro de nascimento da criança o nome da mãe gestacional. *In verbis*:

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

[...]

MADALENO entende que os genitores serão aqueles que expressaram sua vontade de procriar, tomando as medidas necessárias para tanto, sendo que no caso da gravidez de substituição, os mesmos contarão com “a ajuda altruísta e desinteressada de uma mãe gestacional”. Ainda, ressalta que “A verdade afetiva deve bastar para a filiação, ou seja, os fundamentos sociológicos e psicológicos da parentalidade devem prevalecer, tanto que os filhos adotivos, sem nenhum vínculo biológico, são considerados filhos do casal, em um conceito jurídico de filiação.” (2019, p. 589).

O autor ainda enfatiza que a maternidade deve ser analisada sob o aspecto da “verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza” (2019, p. 529).

No mesmo sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que a verdadeira mãe é aquela que desejou a criança, tendo em vista que “a maternidade atravessa caminhos do afeto, e esse, por sua vez, percorre as trilhas do desejo” (TEIXEIRA, 2005 apud CARODI,).

Nesse aspecto, SILVA afirma que:

Para essa forma de atribuição de filiação, o elemento volitivo assume papel relevante. A vontade procriacional é fonte do vínculo materno-filial, reveladora da vontade de ser mãe, do desejo de constituir um vínculo com a criança concebida com a ajuda de métodos científicos, vontade essa que é declarada pela manifestação de consentimento, corroborando a natureza jurídica do instituto, de modo que ligará os encomendantes à criança (2011, grifou-se).

Conforme FELIX “O que o torna possível uma verdadeira família não é a maneira pela qual ela se constituiu, mas o amor, o respeito e a alegria pela vinda do outro”. Assim, observa-se que na doutrina brasileira tem

preponderado o entendimento de que a maternidade será definida pelos vínculos afetivos que caracterizam uma relação familiar.

No mesmo sentido, Paulo Lobo refere que “Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, embora derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos” (LOBO, 2004, p. 48). O autor ainda pontua que:

A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído (LOBO, 2004, p. 53, grifou-se).

Além disso, ressalta-se a necessidade de levar em consideração a base estrutural da família moderna: o afeto, pois como aduz Eduardo de Oliveira Leite (SILVA, 2011) “o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida”.

Outrossim, conforme bem preceitua Maria Cláudia Crespo Brauner (apud SILVA, 2011) embora seja a adoção uma experiência única, ela não representa o caminho a ser seguido por todos. Desse modo, não cabe à sociedade, e muito menos ao Estado, interferir na individualidade de escolha da forma de constituição de família, mas sim propiciar meios suficientes para que os direitos de todos sejam devidamente observados.

Ademais, “não se pode esquecer que as crianças não são propriedade dos pais, mas existem por si próprias. São um fim em si mesmo e que o desejo deve enquadrar-se num contexto que respeita antecipadamente a futura legítima expectativa dos nascituros” (SILVA, 2011, p. 34).

Nesse sentido, ao se tratar da definição de maternidade decorrente da reprodução humana assistida, não se pode perder de vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que deve ser assegurado a todos os envolvidos, servindo de norte na resolução de eventuais conflitos.

Considerações finais

Diante do exposto no presente trabalho, conclui-se que, mediante a ausência de uma legislação específica que regule o procedimento de gestação por substituição, bem como que solucione eventuais conflitos de maternidade ocasionados pelo procedimento, a legislação brasileira deve procurar preencher as lacunas existentes com base na bioética, nos princípios de defesa dos direitos da criança, e sobretudo com foco no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Além disso, analisando a doutrina brasileira, bem como a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e o Provimento nº 62 da Corregedoria Nacional de Justiça, percebe-se que já há no Brasil uma tendência a autorizar o procedimento de gestação por substituição, desde que de forma gratuita e altruística.

Ressalta-se, como já mencionado, que a Resolução supracitada não possui caráter legislativo, mas, na ausência de regulamentação legal específica, serve de base para estabelecer alguns regramentos mínimos para a realização do procedimento.

Desse modo, verifica-se que se a gestação por substituição for realizada dentro dos critérios estabelecidos pelo CFM, não fere a moral e os bons costumes, pois objetiva assegurar o desenvolvimento sadio da família, como tentativa de minimizar eventuais conflitos psicológicos, sociais e familiares decorrentes da infertilidade.

Além disso, com a edição do Provimento nº 63 do CNJ, que trouxe a uniformização do registro de nascimento e da emissão da respectiva

certidão para filhos oriundos de reprodução assistida, foram sanadas várias discussões quanto ao registro da maternidade, favorecendo a resolução extrajudicial dos conflitos.

Por fim, observa-se que a presunção de maternidade pelo parto não pode mais ter caráter absoluto, devendo-se considerar as particularidades de cada caso, conforme o melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, na gestação de substituição, deve ser considerada mãe aquela que idealizou a gestação, tendo em vista que, como foi estudado, a maternidade é representada principalmente pelos vínculos socioafetivos, que podem se sobrepor ao vínculo biológico.

Referências

BARRETO, Luciano Silva. Evolução histórica e legislativa da família. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/serie_s/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em 12 de nov. de 2020.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.013 de 09 de maio de 2013. Adota

as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2020.

BRASIL, Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017.

Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

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

Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CORADI, Monaise Carteri. Conflito positivo de maternidade frente à gravidez de substituição. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2014.

FELIX, Valter Nilton. Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida. São Paulo: Editora Fiuza, 2009.

FERRAZ, Laura Fascioni. Gravidez por substituição e reprodução assistida. Disponível em < <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7109/67647190>>. Acesso em: 05 de março de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

GALHARDO, Ana e outros. Gestação de substituição: aspectos psicológicos – uma revisão da literatura. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-00862017000100020>. Acesso em 07 de junho de 2021.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em < <https://core.ac.uk/reader/211932230>>. Acesso em 09 de junho de 2021.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

OLIVEIRA, Kênia Rodrigues de; DIAS, Maxuel Peeira. Determinação da maternidade na gestação de substituição. Vertentes do Direito. 2019. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/7086/16042>>. Acesso em 29 de maio de 2020.

PASSOS, Eduardo Pandolfi; ALMEIDA, Isabel C. Amaral; FAGUNDES, Paulo A. Peres. Quando a gravidez não acontece. Porto Alegre: Editora Artmed, 2007.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2020.

SANTOS, Otávio Marambaia dos. Gravidez de substituição. Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Porto, 2010. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-38292010000600014&script=sci_arttext>. Acesso em: 07 de maio de 2020.

SILVA, Daniel. Barriga de aluguel: análise do caso “Baby M” e a ótica na justiça brasileira. Disponível em <<https://dvasconceloss.jusbrasil.com.br/artigos/426179697/barriga-de-aluguel>>. Acesso em 03 de junho de 2020.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. Disponível em <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914>>. Acesso em: 08 de março de 2021.

TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira. A maternidade de substituição e o conflito de presunção de maternidade certa: estudo de casos. Disponível em <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/33>>. Acesso em 17 de junho de 2020.

Expulsão do condômino nocivo e antissocial como medida de garantia ao exercício do direito de propriedade ¹

*Maurício Mascarello²
Regina Helena Marchiori Canali³*

Introdução

Apresenta-se este artigo com a finalidade de realizar uma análise diante dos conflitos de direitos de propriedade e sua ponderação quando em choque de interesses. Nessa premissa, mais especificamente, abordará a possibilidade de expulsão do condômino nocivo e antissocial do meio condominial em que faz parte, enxergando esta como única e última medida eficaz à proteção e garantia do exercício do direito de propriedade de outrem, que está sendo reiteradamente atacado pelas condutas daquele. Salientando-se que quando se diz “do meio condominial em que faz parte”, se faz referência particularmente aos condomínios residenciais de edifícios, visto as peculiaridades deste instituto para o estudo que se propõe.

Conflitos e desentendimentos entre vizinhos, em especial, entre condôminos, são fatos corriqueiros do dia-a-dia, é uma realidade enfrentada por qualquer indivíduo que se estabelece para viver em coletividade. O problema se inicia quando esses esporádicos acontecimentos vão além do tolerável e o que antes eram meros dissabores

¹ Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito para conclusão da Graduação no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Passo Fundo, ano de 2021.

² Graduando do curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 55616@upf.br.

³ Regina Helena Marchiori Canali. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa realizada. r.helena@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/0833407587063846>

agora passam a ocorrer com frequência, evoluindo para níveis intensos de perturbação, chegando a um ponto insustentável de convivência, onde um único condômino que insiste em não ser sociável coloca toda uma comunidade condominial em desarmonia.

Quando as sanções previstas no ordenamento jurídico para sanar essas questões se mostram ineficazes ou dispersas da atual realidade dos conflitos, cabe a busca por novas medidas. Assim, o objetivo desta análise se concentra exatamente neste ponto, em discutir a possibilidade de expulsão e, se viável, valer-se dela para aplicar e afastar um condômino antissocial dos demais moradores, de forma que essa medida se mostre como solução eficaz para cessar completamente e definitivamente qualquer forma extrema e nociva de perturbação quanto ao sossego, à segurança ou à saúde dos moradores, trazendo a paz entre os vizinhos e restaurando a salubridade da convivência no condomínio.

Para uma compreensão satisfatória deste objetivo, será preciso, em um primeiro momento, entender o direito de propriedade dentro da atual estrutura social que se encontra, já que seu exercício está ininterruptamente condicionado à função social.

Em seguida será possível compreender o papel do direito de vizinhança e sua importância para as relações, o condomínio, o que caracteriza o uso anormal, abusivo e nocivo da propriedade, quem é o condômino antissocial, quais condutas lhe imputam tal definição e a análise da legislação atual para a solução dos conflitos.

Depois disso, de mão dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis sobre o tema, do amparo, requisitos e omissões legais para tal ensejo, será possível analisar e responder o problema a qual o artigo se propõe: a possibilidade de expulsão do condômino antissocial.

1. - O direito fundamental da propriedade e a função social

A compreensão das relações que tem o direito de propriedade como núcleo do conflito e, conseqüentemente, o entendimento de qual direito deve prevalecer sobre o outro quando ponderados entre si, só se torna possível a partir do momento que se tem a definição clara e objetiva do que é a propriedade e o direito que dela emana. Dessa forma, entendendo o conceito, seus elementos e limitações será possível vislumbrar o melhor remédio a ser aplicado para alcançar a proteção do exercício de um direito que está sendo atacado.

Dentre as diversas definições que a doutrina traz sobre a propriedade, tem-se o conceito clássico trazido por Lôbo, utilizado e aplicável de modo geral, que a conceitua como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos a uma pessoa em relação a uma coisa, com oponibilidade às demais pessoas”. (2019, p. 109). Nessa linha, Tartuce também a define:

Assim, a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade.⁴ (2020, p.132).

Sendo objeto suscetível de propriedade, segundo Flávio Tartuce, que traz o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo, “os bens corpóreos com valor econômico, aqueles que podem ser tocados com a ponta dos dedos, sobre as quais pode ser exercido o poder do titular”. (2020, p. 129 apud AZEVEDO, 2014, p. 4).

Como a análise tem por objetivo compreender especificamente os direitos relacionados à propriedade imóvel, considerar-se-á que doravante

⁴ Art. 5.º. [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

a menção da palavra “propriedade” referir-se-á na sua essencialidade à propriedade imóvel com fins residenciais.

Juridicamente, o direito de propriedade à luz da doutrina brasileira trata-se do mais completo dos direitos subjetivos, tem-se nele a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas. Sendo assim, o “direito de propriedade constitui o mais importante e mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”. (GONÇALVES, 2020, p. 223).

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02) acabou por não trazer uma definição precisa do conceito de propriedade, porém, preleciona em seu art. 1.228 elementos que a constituem. Esses elementos (usar, usufruir, dispor e reivindicar) integram a relação jurídica que se estabelece entre o proprietário e a coisa. São elementos norteadores do comportamento do direito de propriedade e se faz necessário compreendê-los para entender sua limitação frente às relações em que está inserido.⁵

O direito de usar (*jus utendi*) se configura como a faculdade que o proprietário tem de usar a coisa da forma que bem lhe convier, excluindo a interferência de terceiros. Porém, deve ser feita dentro dos limites legais, e também se deve levar em conta a função social da propriedade, onde este direito de usar deve estar em acordo com tal princípio. (GONÇALVES, 2020, p.224).

Nessa linha de pensamento podemos definir que o direito de usar (*jus utendi*) é o elemento a se considerar quando se falar nas relações de coexistência de direitos de propriedades e que poderá sofrer grande ponderação e relativização quando em desacordo com a função social da propriedade.

⁵ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. [...]

Quanto ao direito de usufruir (*jus fruendi*), Tartuce relaciona esse elemento ao direito de auferir os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis, este último entendido como os rendimentos. Entende-se então que o *jus fruendi* consiste na possibilidade de tirar proveito de sua exploração econômica. (2020, p.134). Tendo disposição legal no CC/02 em seu art. 1.232.⁶

Outro elemento formador é o direito de dispor (*jus abutendi*), é o poder que tem o proprietário de transferir a coisa, seja pela venda, doação, etc. Consiste no direito de gravá-la de ônus e de aliená-la a quem quiser a qualquer título. No entanto, não significa abusar da coisa ou destruí-la, como a origem do nome sugere. (GONÇALVES, 2020, p.224-225).

Finalizando com o direito de reaver (*ius vindicandi*). Este se refere à proteção jurídica dada ao domínio da coisa, ou seja, é o poder que tem o proprietário de reivindicá-la, o que confere ao proprietário reavê-la de terceiro que injustamente a detenha. (TARTUCE, 2020, p. 134).

São esses elementos que definem uma propriedade quanto a ser considerada plena ou limitada, será plena quando tiver todas as faculdades e o direito de reaver a coisa em seu poder (usar, usufruir, dispor e reivindicar), na falta de um desses elementos a mesma será considerada uma propriedade limitada. (MORAES MELLO, 2017, p. 143). Essa é uma das características do direito de propriedade e está evidenciada no ordenamento jurídico no artigo 1.231 do CC/02.⁷

Outra característica que merece destaque é o caráter absoluto/ilimitado, uma característica antiga do direito de propriedade que vem gradativamente sendo modificada. Observando essas mudanças,

⁶ Art. 1.232. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

⁷ Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

Tartuce sem dúvida traz uma das compreensões mais bem situadas à luz do caráter absoluto, onde coloca com clareza essa transformação, em que:

Diante do seu caráter *erga omnes*, ou seja, contra todos, é comum afirmar que a propriedade é um direito absoluto. Também no sentido de certo absolutismo, o proprietário pode desfrutar do bem como bem entender. Todavia, como se expôs, existem claras limitações dispostas no interesse do coletivo, caso da função social e socioambiental da propriedade (art. 1.228, § 1.º, do CC/2002). (2020, p. 159).

Sobre essa condição, Gonçalves novamente traz em pauta a relativização do uso indiscriminado da propriedade, onde ressalta que o caráter absoluto e ilimitado da propriedade tem sofrido inúmeras limitações e restrições ao longo do tempo, resultando em uma incessante redução dos direitos do proprietário em prol do coletivo. (2020, p. 237).

Ainda nas lições de Gonçalves, agora fazendo um breve histórico sobre a evolução da propriedade e considerando o que foi mencionado logo acima, pôde-se observar que na antiguidade esta era considerada como um direito absoluto, oponível *erga omnes* e exclusivo de seu titular, tinha caráter individualista que perdurou por muito tempo. Considerava-se até mesmo legítima a possibilidade de o proprietário abusar do seu direito de propriedade. (2020, p.238).

Contudo, como complementa Venosa, com o passar dos tempos a propriedade teve acentuado o seu caráter social, uma vez que o exagerado individualismo e caráter ilimitado começam a perder força ainda no século passado. Desde então, com a inserção das doutrinas socializantes, inicia-se um processo de busca por um sentido social na propriedade. (2020, p.171-172).

As transformações na visão sobre o direito de propriedade mudaram a concepção deste caráter absoluto e ilimitado assim dando origem,

moldada em uma inserção progressiva em diferentes sistemas de organização político-social, ao princípio da função social, base para a análise daqui para frente. As características mencionadas acima, sim, já estiveram consolidadas, porém, atualmente, se observa um olhar social que indiscutivelmente acaba relativizando todas estas características, limitando e condicionando a propriedade para atender sua função social.

O princípio da função social tem fundamentação legal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que institui no art. 5º, XXII, a propriedade como direito fundamental assegurado a todos os indivíduos e no inciso XXIII, que esta deverá atender a função social. Também atribuiu a propriedade privada como princípio da ordem econômica, em seu art. 170, II e III, elencando em seu inciso terceiro o princípio da função social. Instituídos a partir de um Estado preocupado com o bem-estar social e a dignidade da pessoa humana, onde os direitos sociais e coletivos se sobrepõem aos direitos individuais.⁸

Em uma visão atual, é um princípio que busca, na sua essência, proporcionar um equilíbrio social/econômico/ambiental à propriedade dentro de uma conjuntura social a qual está inserida. Em outras palavras, visa garantir que sejam dadas utilidades e finalidades corretas à propriedade de forma que esta contribua para o desenvolvimento econômico, social e a proteção ao meio ambiente de tal forma que cumpra seu papel em um estado democrático- social. (LÔBO, 2019, p. 145). Entende-se que prevalece, em muitas hipóteses, o direito em favor do

⁸ 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: [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII- a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

social, do coletivo, em detrimento do individual. Conceito consagrado também no parágrafo 1º do art. 1.228 do CC/02.⁹

Lôbo traz também a afirmação de Léon Duguit, tido como um dos pais da concepção contemporânea da função social que “a propriedade não seria um direito, mas sim uma função social a cumprir”, quando fala da relação entre função social e deveres do proprietário. (2019, p. 146-147).

A função social também é vista como um instrumento jurídico que regula o exercício do direito de propriedade para que este possa ser exercido também em benefício da coletividade e não apenas de seu titular. O Estado, ao mesmo tempo em que oferece instrumentos para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em seu proveito, deve criar instrumentos eficazes e justos para que todo e qualquer bem seja útil e produtivo na realidade em que esteja inserido. (VENOSA, 2020, p.173).

Fazendo um breve resgate ao objetivo deste trabalho, observa-se que o princípio da função social, que busca também promover a dignidade da pessoa humana, carrega consigo relevante poder de ponderação e relativização de direitos patrimoniais quando em colisão, podendo sim, em casos específicos, como última e extrema solução, utilizá-lo como justificativa fundamental para afastar compulsoriamente um proprietário do convívio dos demais condôminos salvaguardando assim direitos coletivos que estão em ameaça ou já sendo tolhidos.

Elucidado o direito de propriedade e agora sobre a ótica de que este direito coexiste com outros de mesma “espécie”, interferindo e sofrendo interferências do meio em que está sendo exercido, passamos a analisar o exercício do direito de propriedade no universo da coletividade, onde das

⁹ Art. 1.228. [...] § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

relações entre proprietários nasce o direito de vizinhança com todas suas peculiaridades, objeto do próximo capítulo.

2. - O direito de vizinhança, suas conflitualidades no âmbito condominial e a legislação atual

Compreensível é o entendimento que por questões geológicas, de infraestrutura e outros fatores os indivíduos se estruturam de forma a coexistirem cada vez mais próximos uns dos outros.

Nesse cenário, diante das inúmeras conflitualidades que surgem dessa coexistência, o direito de vizinhança surge com o intuito de estabelecer-se como um limitador e regulador das ações dos indivíduos que vivem em coletividade. A doutrina quando trata sobre o tema e procurando conceituá-lo traz o já consagrado entendimento:

Os direitos de vizinhança constituem limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na lealdade e boa-fé. A propriedade deve ser usada de tal maneira que torne possível a coexistência social. Se assim não se procedesse, se os proprietários pudessem invocar uns contra o outro seu direito absoluto e ilimitado, não poderiam praticar qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam no entrechoque de suas faculdades. (TARTUCE, 2020, p. 321 apud WASHINGTON, 2003, p. 135).

Esse direito tem como alvo conciliar e mediar o exercício do direito de propriedade nas relações com a vizinhança, tendo em mente que sempre haverá as situações de conflitualidade entre moradores confinantes. (GONÇALVES, 2020 p. 348).

Venosa, nessa linha, diz que a vizinhança é muito mais estreita nos condomínios e, portanto, a colisão de direitos condominiais, em especial ao condomínio de edifícios, não se desvincula do conceito de conflitos de vizinhança. Assim, “serão sempre recrutadas as normas gerais de

vizinhança, não somente para integrar o ordenamento do condomínio, mas também para suprir eventuais lacunas”. (2020, p. 315).

Diante da figura do condomínio, ambiente central que trata esse estudo, as conflitualidades se tornam ainda mais afloradas, isso se justifica pelas particularidades deste instituto que acaba colocando o exercício do direito de propriedade em constante relativização com outros direitos e interesses do condomínio.

De Plácido e Silva conceitua o termo condomínio como “palavra formada da preposição com e do substantivo domínio, do latim *dominium* (direito de propriedade), assinala a circunstância de ser a propriedade pertencente a mais de uma pessoa.” (2016, p. 909).

No mesmo sentido, Moraes Mello leciona que o condomínio nada mais é que o domínio conjunto de um bem, conceituado pela copropriedade e pela comunhão. Sendo o conceito de condomínio uma exceção ao princípio fundamental da propriedade e da exclusividade. (2019, p. 3).

Quanto aos condomínios edilícios (entende-se aqui de edifícios) são aqueles em que há duas modalidades de partes (art. 1.331 do CC/02): as que são propriedade exclusiva (áreas autônomas ou exclusivas), como os apartamentos; e partes que são propriedade comum dos condôminos (áreas comuns), como o solo e etc.¹⁰ (TARTUCE, 2021, p. 1014).

Temos então no condomínio a figura do condômino, que se designa como a pessoa que com outra exerce o direito de propriedade sobre um imóvel. (SILVA, 2016, p. 911).

É evidente que ao decidir morar em um condomínio, o condômino deve ter em mente que deverá abrir mão de sua autonomia, pois uma vez inserido em uma sociedade condominial o mesmo terá que respeitar e se

¹⁰ Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

submeter aos direitos e deveres daquela coletividade. Para que haja harmonia e salubridade na convivência deve-se atenção aos limites de uso da propriedade.

Quando não há observância aos direitos e deveres do condômino e, da propriedade é feito uso indiscriminado, tem-se o abuso ou uso anormal da mesma.

Para Gonçalves, o uso anormal da propriedade pode ser configurado por atos que atentem aos demais, considerando-os como ilegais, ilícitos, abusivos e lesivos. Em alguns casos, mesmo que o condômino se mantenha nos limites da propriedade ou mesmo que não haja intenção de praticar o ato, ainda assim acaba por prejudicar os vizinhos. Em outros casos, o condômino age de má fé, ciente que suas ações afrontam contra a ordem e os bons costumes, configurando-se neste caso também como uso nocivo da propriedade. (2020, p. 351).

Segundo Rizzardo, as formas de mau uso configuram-se em ofensas ou ameaças à segurança pessoal dos moradores ou dos bens, prejudicam a estabilidade e solidez do prédio. Ofensas ao sossego, como ruídos, gritaria, música em volume desproporcional, arruaças e desordens, prejudicam a tranquilidade. E perigo ou ameaças à saúde, como a emissão de gases tóxicos, de odores desagradáveis, de constante fumaça, prejudicam a salubridade. Dessa forma, o uso anormal ou abuso configuram-se como tudo o que possa vir a comprometer ou ofender a segurança, o sossego e a saúde, conhecida esta colocação como a regra dos “3s”. (2021, p. 521).

Ainda sobre anormalidades no uso da propriedade, a chegada da pandemia da Covid-19 tornou essa questão um tema bastante discutido, já que gerou outro fator problema durante o período de quarentena: o isolamento social e a mudança drástica na rotina das pessoas dentro dos condomínios.

Desde o início de 2020, a pandemia fez com que as pessoas permanecessem muito mais tempo em seus lares aumentando consideravelmente as animosidades. Com escolas fechadas os pais incentivam as crianças com atividades dentro do apartamento, enquanto outros moradores desenvolvem atividades físicas, tudo acontecendo em um mesmo tempo e espaço onde outros condôminos estão trabalhando em home office ou estudando de forma online, sem contar as obras e reformas necessárias que continuam sendo realizadas durante o horário comercial, enfim, situações conflitantes que fazem com que os limites do uso da propriedade sejam extrapolados. (SIPCES, 2020).

Além disso, o próprio home office também pode gerar abusos e nocividades dentro do condomínio no momento em que as atividades desenvolvidas podem ser proibidas pela convenção ou pelo regimento interno. Casos como: de condôminos que exercem atividades que demandem excesso de visitas e entregas no condomínio; funções que gerem grande e permanente fluxo de pessoas; que envolvam produtos tóxicos, odores fortes, ou que faça muito barulho; que demandam elevado consumo de energia, todas podendo gerar perturbações e incômodos aos demais moradores. (LUMARJ, 2021).

Nesse contexto do isolamento são inúmeros os comportamentos antissociais que são percebidos como: o aumento da violência doméstica, que já é fato; festas clandestinas acontecendo com frequência dentro da unidade, contrariando as restrições sanitárias; condôminos com vícios em drogas e álcool intensificando o uso, resultando em maior agressividade e comportamentos nocivos; desrespeito às restrições com tentativas de usar as áreas comuns quando interditadas, comportamentos nocivos possíveis de tornar a convivência insuportável.

Uma pesquisa com mais de dois mil síndicos, realizada por um dos maiores portais de conteúdo da área condominial, o SíndicoNet, mostrou

que o barulho, briga entre moradores, agressões verbais e físicas contra síndicos e funcionários do condomínio, além do desrespeito às restrições impostas pelo síndico foram as maiores reclamações originadas com o isolamento. Nessa análise, 59,33% dos síndicos apontaram o barulho como principal campeão das perturbações, já 51,43% dos condomínios registraram reclamações sobre moradores que não cumprem as restrições sanitárias impostas. Na maioria das vezes houve reincidência dos atos nocivos pelo mesmo morador, reiterando que o condômino antissocial se mostra extremamente prejudicial à convivência condominial. (ANDERÁOS, 2020).

Mas quem é o condômino antissocial? Quando se diz que o condômino é nocivo e antissocial, entende-se que estes adjetivos definem um indivíduo que se opõe ao convívio social sadio, desrespeita a convenção e o regimento interno do condomínio, é insociável, desenvolve atitudes e hábitos contrários à organização e aos bons costumes. Define também o condômino que coloca em risco a segurança da edificação, a segurança, sossego e saúde dos moradores. Um condômino antissocial pode ser um indivíduo capaz e agir consciente de todas suas ações, pode agir sob efeitos de drogas ou substâncias psicoativas ou também pode ser incapacitado de suas faculdades mentais. (COURA, 2015).

Continua Coura citando atividades e ações que configuram condutas nocivas praticadas por um condômino antissocial: é o morador que mantém casa ou atividades de prostituição; tem condutas que caracterizam atentado violento ao pudor; cria ou mantém animais incompatíveis com a habitação; leva vida sexual vexatória ou escandalosa; exerce atividade profissional incompatível com o imóvel residencial; é traficante ou viciado em drogas; promove brigas e desavenças no lar (violência doméstica/infantil); tem problemas com alcoolismo; promove festas de forma a contrariar a moral e bons costumes; faz superlotação do

imóvel; faz ameaças; é agressivo com moradores e funcionários do condomínio; causa danos ao patrimônio; furta e rouba nas dependências do condomínio, etc. (COURA, 2015).

Assim, toda forma de utilização da propriedade considerada irregular ou anormal e que esteja causando ofensas à incolumidade de um prédio ou de seus moradores é um abuso do direito de propriedade. Como salienta Venosa, “as regras de vizinhança têm por objetivo harmonizar a vida em sociedade e o bem-estar, sem deixar à margem as finalidades do direito de propriedade”. (2020, p. 312).

Nesse sentido, quando um morador tem seu direito atacado (relembramos aqui a regra dos “3s”) este tem a legitimidade para invocar os direitos de vizinhança para que atuem como limitações do direito de propriedade. A legislação engloba um rol de disposições que estabelecem restrições, além da fundamentação e do amparo legal para buscar a cessação de interferências nocivas e perturbações. Encontram-se previstas em diversos diplomas, como a Lei do condomínio em edificações e incorporações imobiliárias (Lei n° 4.591/41), o Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/01) e no próprio CC/02, com destaque para os artigos 1.228, § 2° e 187.¹¹

Na lição de Tartuce, o dispositivo fundamental relativo ao uso anormal da propriedade é o art. 1.277 do CC/02, visto como uma verdadeira cláusula geral para a proteção das situações jurídicas relacionadas. A proteção dada por este dispositivo abrange além do proprietário, o possuidor, sendo que este último também pode tomar as devidas medidas em casos de perturbações praticadas por terceiros. Além

¹¹ Art. 1.228. [...] § 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

disso, gera ampla proteção quando relacionado às questões que põe em risco a segurança, o sossego e a saúde dos moradores. Possibilita aos ofendidos propor demandas coletivas ou não para cessarem as interferências.¹² (2020, p. 323).

Como este estudo se restringe a analisar as condutas nocivas graves, reincidentes, advindas de um condômino de personalidade atípica, diferente daquele que vez ou outra se desvia do correto, mas sim daquele perturbador contumaz e considerando um estágio onde já foram administradas todas as medidas iniciais pelo condomínio (na pessoa do síndico), como notificações e multas de menor proporção previstas na convenção e no regimento (art. 1.336 §2º, CC/02) sem nenhuma obtenção de sucesso e distante de um resultado satisfatório, cabe então a aplicação de medidas mais rígidas. Desse modo, ainda na esfera extrajudicial, o condomínio tem à mão dispositivos capazes de atribuir a esse infrator medidas pecuniárias mais rigorosas.¹³

Para tanto, o art. 1.337 do CC/02 traz a possibilidade da aplicação de multas em valores equivalentes ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais e, em casos de reincidência e de persistência nos atos considerados nocivos, há a possibilidade da multa ser aplicada em equivalência ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.¹⁴ (VENOSA, 2020, p.412).

¹² Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

¹³ Art. 1.336, § 2º. O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

¹⁴ Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

As multas previstas neste artigo, no entanto, somente podem ser instituídas após a prévia notificação do infrator, assegurando-lhe prazo para justificar a sua conduta e garantindo assim o exercício do direito de defesa. Entendimento consolidado pelo Enunciado n. 92 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil.¹⁵ (TARTUCE, 2021, p. 1030).

Tendo em vista que o legislador fixou o quórum de deliberação para a aplicação das multas previstas no art. 1.337 em 3/4 dos condôminos restantes, devem-se ter comprovadas as condutas antissociais do condômino e que realmente estas configuram um fato antissocial. A preocupação com um quórum qualificado altíssimo, visa assegurar que a caracterização do condômino como antissocial comprovadamente esteja associado às condutas nocivas e não seja decorrente de intolerância ou pequenas desavenças entre vizinhos. (MARTINS, 2021).

Sobre a rigidez desse dispositivo, Venosa acrescenta que “o legislador chegou muito próximo, mas não ousou admitir expressamente a possibilidade de estabelecer que o condômino ou assemelhado seja impedido de utilizar a unidade”. (2020, p. 412).

Complementa que diante do sentido social do direito de propriedade, essa solução pode e deve ser tomada em casos extremos. Questiona até que ponto toda uma sociedade condominial deve suportar a presença de um, em suas próprias palavras, baderneiro ou de um traficante de drogas, sacrificando o direito de muitos em preservação do exercício de direito de propriedade (anormal, aliás) de apenas um. (VENOSA, 2020, p. 412).

De uma perspectiva prática, embora a aplicação do art. 1.337 seja o remédio com a “punição” mais pesada do ordenamento jurídico atual, nela

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

¹⁵ Enunciado n. 92: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

há pontos que deixam questionável sua eficácia para solucionar os conflitos diante de determinados condôminos. Vejamos dois deles no entendimento feito por Venosa que retrata muito bem essa situação:

Ademais, nem sempre a multa será a punição mais eficiente ao condômino desajustado, mormente se ele é contumaz inadimplente ou, no outro extremo, se o pagamento de multa, em qualquer valor, nada representa para o sacripanta, nem como punição nem como dissuasão, e muito menos como efeito pedagógico. (2020, p. 412).

Constata-se nesta breve colocação que no primeiro caso, do inadimplente ou do insolvente, haverá apenas acúmulo de multas não pagas que se darão sucessivamente até o ingresso do condomínio na via judicial com fim de buscar tais valores, o que de fato será bastante demorado enquanto que as perturbações continuarão. No outro extremo, como se refere, estará aquele condômino com elevada condição financeira, para este as sanções pecuniárias pouco representarão comparado ao seu patrimônio ou condição de pagar.

Caso de alguns famosos, artistas, pessoas da alta sociedade e, como exemplo, relembra-se o caso de um famoso jogador que aterrorizava a vizinhança em sua mansão no RJ com frequentes e badaladas festas que provocavam níveis insuportáveis de perturbação aos demais vizinhos, fato em que chegou a ser veiculado na imprensa o anseio dos moradores em expulsar o referido morador do condomínio. Mostra-se com isso que independente do valor da multa esse tipo de condômino teria o dinheiro para pagá-la e continuaria perturbando, é, em outras palavras, a precificação da perturbação. (MARTINS, 2021).

Essa possível precificação das perturbações coloca em discussão a aplicabilidade do referido artigo, trazendo novamente em pauta a

necessidade de medidas alternativas. Cabe a interpretação de Ruggiero que traduz exatamente a compreensão discorrida acima:

[...] Então, aquela ‘insuportável convivência’, ditada pelo reiterado comportamento anti-social, passará a ser suportável, com o pagamento do décuplo das contribuições condominiais. Assim, a suportabilidade ou insuportabilidade será uma questão de preço. A multa tornará suportável o que era insuportável. (1997, p.90).

Conclui-se que a multa do art. 1.337 é instrumento útil e eficaz para casos onde a sanção pecuniária mais rígida surte o efeito didático e pedagógico esperado, fazendo com que o condômino cesse com as perturbações. Porém, quando essa multa se mostra ineficiente e o condômino não está disposto a ser sociável, o aludido artigo perde eficácia e não mais representa ferramenta útil para solucionar casos de extrema gravidade. Seguindo no estudo, na próxima etapa será discorrido sobre outras formas de solucionar o problema, com olhos voltados à possibilidade de afastamento do condômino antissocial do convívio no condomínio.

3 - Argumentação acerca da solução dos conflitos: a possibilidade da expulsão

Diante da ineficácia das medidas disponíveis para conter o condômino antissocial, seja pela aplicação das multas do art. 1.337, pela propositura de ações indenizatórias ou outra medida ao alcance do condomínio, que acabam tendo efeitos por reduzido período de tempo ou mesmo não evitando definitivamente a ocorrência dos atos nocivos, parte-se então para a busca de uma nova alternativa de solução para se alcançar a paz social no condomínio: a tentativa de expulsão do condômino antissocial.

Quanto a esta possibilidade a doutrina pouco menciona, além de não ser pacífica quando faz referência à questão, já que o ordenamento jurídico foi omissivo ao não abordar em nenhum diploma legal. Assim, embora não haja previsão legal, a necessidade da aplicação desta medida acaba chegando ao judiciário, necessitando de tutela e dividindo a visão dos tribunais sobre o tema.

Embora no Brasil o legislador tenha se contido a tratar da questão, para conhecimento, no âmbito do direito comparado, outros países como Argentina, Colômbia, Espanha, Itália e Portugal trazem disposições que tratam a possibilidade da expulsão do condômino ou ocupante antissocial de forma expressa, cada qual com suas particularidades, sem oferecer colisão com outros direitos constitucionais. Há alguns países que contemplam, expressamente, até mesmo a alienação forçada da unidade. (MERCADANTE; SIQUEIRA, 2020, p. 818-819).

Primeiramente, da negativa da possibilidade de expulsão, os tribunais que não compactuam com a medida vêm dando improcedência a pedidos fundamentando suas decisões com base principalmente no princípio da legalidade, que em outras palavras se traduz no conceito de que não havendo lei que autorize ou discipline a possibilidade da expulsão, seria o pedido juridicamente impossível. A CF/88 traz no art. 5º, II este entendimento.¹⁶

Alexandre de Moraes extrai a essência deste princípio quando diz que “Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional.” (2020, p. 43).

¹⁶ Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Continua trazendo a lição de José Afonso da Silva sobre o princípio da legalidade onde conceitua que “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”. (MORAES, Alexandre, 2020, p. 43).

Recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), no julgamento de uma apelação cível (nº 10293075220188260001), atendeu ao apelo negando provimento ao pedido para expulsão de um condômino antissocial baseando-se na premissa da ausência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico. Os desembargadores justificaram que mesmo com a considerável documentação que demonstrava as condutas nocivas e comprovava a incompatibilidade do condômino com a vida social do condomínio, não haveria como julgar procedente a pretensão e aplicar sanções não disciplinadas na legislação pátria. (BRASIL, TJ- SP, 2021).

Diante desse obstáculo surge o questionamento se restaria a comunidade condominial condenada a suportar um condômino nocivo, sem nada poder fazer além de aplicar-lhe multas, unicamente por não haver disposição legal para expulsá-lo. Assim, surge o anseio coletivo de que alternativas eficientes possam estar à disposição do condomínio e, a partir deste momento, discorre-se a possibilidade positiva da expulsão.

No tocante às tentativas do legislador em suprir a omissão legal da expulsão, surgiu o projeto de lei nº 9.353/2017, proposta de autoria do deputado Augusto Carvalho (SD-DF), apresentado com intuito de acrescentar o parágrafo segundo ao art. 1337 do CC/02, pretendendo com ele que na ineficácia das multas e na persistência das condutas nocivas restaria possível a expulsão. Porém, atualmente, o projeto encontra-se arquivado. (MERCADANTE; SIQUEIRA, 2020, p. 817).

Em uma abordagem positiva à possibilidade de expulsão, não havendo a previsão legal que a autorize, observa-se, por outro lado, que também não há vedação expressa de tal medida, o ordenamento jurídico

deixa uma lacuna já que não admite e ao mesmo tempo não proíbe o procedimento, sendo esse o primeiro ponto a ser considerado para contemplar essa pretensão.

Foi nesse sentido que Loureiro, ao analisar o tema, conclui clara a possibilidade de requerer um pedido de expulsão diante da omissão da lei que “não menciona se as sanções pecuniárias do art. 1.337 esgotam as providências para fazer cessar a conduta ilícita do condômino”. O legislador acabou dando margem a uma ampla interpretação diante da subjetividade que deixou nesse artigo ao não tratar a questão. (2019, p. 1319).

Essa medida, segundo Moraes Mello, deve ser entendida como *ultima ratio* (medida final, último recurso), uma atitude excepcional tomada pelo condomínio diante do grave problema de convivência. (2019, p. 71).

Antes de tudo, vale menção à convenção do condomínio, que na ótica de Azevedo e Melo corresponde a um “negócio jurídico de alta densidade normativa, destinado a reger o comportamento dos condôminos e de terceiros frente ao condomínio edilício, complementando as normas jurídicas estatais aplicáveis ao caso”. (2015, p. 406).

Continua lecionando que ela pode, a interesse dos condôminos, conter disposições, desde que não contrárias à lei, que criem direitos e deveres para os que integram o condomínio ou nele venham a integrar. Desse modo, poderia sim a convenção na comprovada ineficácia da multa do art. 1.337 deliberar sobre a interdição temporária do uso da unidade habitacional ou até mesmo, em reincidências mais graves, a privação da coisa por parte do condômino ou do possuidor. Essas deliberações ao mesmo tempo em que podem disciplinar formas mais rígidas para lidar com situações de abuso também podem tipificar condutas em que poderá incidir a multa do art. 1.337. (AZEVEDO; MELO, 2015, p. 408-409).

Cleyson de Moraes Mello traz outro ponto importante quando diz que para acionar a via judicial para pedir o afastamento do condômino, em assembleia, deve ser deliberada e aprovada (com quórum mínimo de 3/4, mesmo da aplicação da multa, assegurando o direito de defesa ao infrator) a propositura da ação, sendo procedimento fundamental para essa pretensão, além disso, recomenda (não obrigatória) a prévia alteração da convenção admitindo e prevendo a expulsão com sansão excepcional. (2019, p. 71).

Essa força de lei que a convenção estabelece no âmbito privado do condomínio, cria um instrumento normativo interno que nada mais é do que a comprovação do interesse coletivo (do condomínio). O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em maio de 2015, no recurso especial nº 1177591, proferiu o entendimento abaixo, que enaltece a força da convenção para a garantia dos direitos coletivos na esfera condominial:

"1.A convenção de condomínio é o ato-regra, de natureza institucional, que disciplina as relações internas entre os coproprietários, estipulando os direitos e deveres de uns para com os outros, e cuja força cogente alcança não apenas os que a subscreveram mas também todos aqueles que futuramente ingressarem no condomínio, quer na condição de adquirente ou promissário comprador, quer na de locatário, impondo restrições à liberdade de ação de cada um em benefício da coletividade; e estabelece regras proibitivas e imperativas, a que todos se sujeitam[...]". (BRASIL, STJ, 2015).

Já o entendimento doutrinário, na ótica favorável à expulsão, a vislumbra como satisfatória em casos extremos, como único e último remédio garantidor do exercício do direito de propriedade (coletivo). Entendimento que compartilha Venosa, colocando em foco o caráter social da propriedade quando diz que:

Nossa conclusão propende para o sentido de que a permanência abusiva ou potencialmente perigosa de qualquer pessoa no condomínio deve possibilitar sua exclusão mediante decisão assemblear, com direito de defesa assegurado, submetendo-se a questão ao Judiciário. Entender-se diferentemente na atualidade é fechar os olhos à realidade e desatender ao sentido social dado à propriedade pela própria Constituição. (2020, p.414).

Também, na oportuna colocação de Marco Aurélio Bezerra de Mello e Fábio de Oliveira Azevedo percebe-se que, implicitamente, o legislador deixou clara a possibilidade de se alcançar o afastamento compulsório de um morador incompatível com a vida no condomínio, no momento em que reconhece a relativização das próprias faculdades do direito de propriedade. É o que se extrai da lição:

O legislador talvez tenha imaginado que a inovação no sentido propugnado malferiria a garantia constitucional ao direito de propriedade (art. 50, XXII, da CF). Entretanto, como já visto, o direito de propriedade deve cumprir função social (art. 50, XXIII, da CF) e não pode revestir-se de abuso de direito de propriedade (art. 1.228, § 20), sob pena de configuração de ato ilícito (art. 187, CC). Registre-se que o próprio art. 1.228, § 40, do Código Civil prevê a possibilidade de privação de um bem para o caso lá previsto, sem importar, necessariamente, em perda do direito de propriedade. (2015, p. 432).

Nesse viés, o Enunciado 508 da V Jornada de Direito Civil discutiu sobre o tema entendendo justa a pretensão pela expulsão diante do abuso do direito praticado e do descumprimento da função social da propriedade, sendo aprovado nos seguintes termos:

Enunciado 508. Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código

Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Resta nítido que o exercício dos direitos inerentes à propriedade sofre a influência e está diretamente condicionado ao princípio da função social. Loureiro sobre o tema diz que a função social não mais é limite do direito de propriedade, mas sim seu conteúdo, um objetivo a ser alcançado. Também acrescenta que não haveria sentido em proteger um direito de propriedade ferindo princípios constitucionais como a própria função social, ao mesmo tempo em que é exercido com abusos, o que de fato configura um ato ilícito, gerando uma situação que compromete toda a convivência. (2019, p. 1319).

Temos aqui outro ponto importante a se considerar já que a doutrina (não só ela) visualiza como o mais importante de todos: a relativização das faculdades do direito de propriedade em garantia ao cumprimento do princípio da função social, já discutido seu conceito e relevância com ênfase ainda no primeiro capítulo deste estudo, agora, possível perceber sua aplicabilidade.

No que cabe a proteção da coletividade, outro fator justificativo para buscar resolver o problema proposto que é imprescindível mencionar é o de atender à sociabilidade ou ao princípio da sociabilidade (como também acaba sendo nomeado), que está intimamente ligado ao princípio constitucional da solidariedade (direitos de terceira geração). Em suma, representa uma nova visão constitucional regida pelo prevaletimento dos valores coletivos sobre os individuais. Considera que em uma colisão de direitos o magistrado deve atender aos fins sociais. Mostra-se como uma diretriz principiológica para o aplicador da lei valorizar o interesse coletivo em face dos individuais. A lei de introdução às normas do direito brasileiro,

o Decreto-Lei 4.657/42, em seu art. 5º disciplina essa disposição.¹⁷ (MARTINS, 2021).

Nos tribunais, embora com posicionamentos distintos, surge uma corrente crescente que vem observando a possibilidade de expulsão e aceitando-a em casos extremos como única forma de restituir a paz dentro do condomínio.

Como exemplo, o caso mais emblemático que se tem conhecimento foi decidido pelo TJ-PR, onde a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná ao negar provimento à apelação cível nº 957.743-1 confirmou a sentença e determinou que um morador (de 78 anos) abstenha-se de usar/habitar o apartamento do qual é proprietário, diante da contumaz conduta antissocial (por sinal, criminoso), que foi considerada nociva para aquela comunidade condominial. O desembargador fundamentou a decisão que restringiu o direito de uso da unidade imobiliária (apartamento) do condômino para preservar o interesse e o bem-estar de outros moradores do mesmo condomínio. (BRASIL, TJ-PR, 2012). Como se pode observar:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO EDÍLIO VERTICAL. PRELIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. APELO INTERPOSTO ANTES DA DECISÃO DOS EMBARGOS. RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXCLUSÃO DE CONDÔMINO NOCIVO. LIMITAÇÃO DO DIREITO DE USO/HABITAÇÃO, TÃO SOMENTE. POSSIBILIDADE, APÓS ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. ASSEMBLÉIA GERAL REALIZADA. NOTIFICAÇÕES COM OPORTUNIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. QUÓRUM MÍNIMO RESPEITADO (3/4 DOS CONDÔMINOS). MULTA REFERENTE AO DÉCUPLO DO VALOR DO CONDOMÍNIO. MEDIDA INSUFICIENTE. CONDUTA ANTISSOCIAL CONTUMAZ REITERADA. GRAVES INDÍCIOS DE CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, REDUÇÃO À CONDIÇÃO

¹⁷ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

ANÁLOGA A DE ESCRAVO. CONDÔMINO QUE ALICIAVA CANDIDATAS A EMPREGO DE DOMÉSTICAS COM SALÁRIOS ACIMA DO MERCADO, MANTENDO-AS PRESAS E INCOMUNICÁVEIS NA UNIDADE CONDOMINIAL. ALTA ROTATIVIDADE DE FUNCIONÁRIAS QUE, INVARIAVELMENTE SAÍAM DO EMPREGO NOTICIANDO MAUS TRATOS, AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS, ALÉM DE ASSEDIOS SEXUAIS ENTRE OUTRAS ACUSAÇÕES. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS. ESCÂNDALOS REITERADOS DENTRO E FORA DO CONDOMÍNIO. PRÁTICAS QUE EVOLUIRAM PARA INVESTIDA EM MORADORA MENOR DO CONDOMÍNIO, CONDUTA ANTISSOCIAL INADMISSÍVEL QUE IMPÕE PROVIMENTO JURISDICIONAL EFETIVO. CABIMENTO. CLÁUSULA GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. MITIGAÇÃO DO DIREITO DE USO/HABITAÇÃO. DANO MORAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL, TJ-PR, 2012).

Outra decisão que merece destaque foi proferida pelo TJ-SP, que recentemente (em abril deste ano) julgou parcialmente procedente um pedido de expulsão de um condômino. Na apelação cível de nº 1001406-13.2020.8.26.0366, o tribunal entendeu que as condutas do proprietário já se mostravam insustentáveis e em um nível de iminente perigo aos demais moradores visto a agressividade demonstrada, não havendo possibilidade alguma de reestabelecer a paz com a permanência do condômino antissocial no condomínio. Os prejudicados pleiteavam a alienação forçada da unidade do infrator, no entanto, visando inicialmente a aplicação de medida menos gravosa, entenderam os desembargadores como suficiente a expulsão com restrição de uso/moradia da unidade e a impossibilidade de reingresso não autorizado no condomínio (razão da parcial procedência). (BRASIL, TJ-SP, 2021). Conforme traz a ementa:

CONDOMÍNIO. EXCLUSÃO DE CONDÔMINO E OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA COMPELIR À ALIENAÇÃO DO BEM. Sentença de improcedência ao fundamento de que a pretensão carece de previsão legal. Reforma de rigor.

Sanções pecuniárias do artigo 1.337 do CC não esgotam as providências que podem ser adotadas para cessar a conduta ilícita do condômino. Comportamento antissocial do réu, de caráter grave e reiterado, que autorizam o acolhimento parcial do pedido. Agressão, intimidação, destruição de patrimônio, perturbação, furto, invasão, ameaça, injúria, entre outros ilícitos. Fatos não controvertidos. Perda do direito de uso da unidade. Medida que, por si só, se revela suficiente para coibir os males provocados pela convivência com o réu. Alienação forçada do imóvel que, nesse contexto, se revela desnecessária. Recurso provido em parte. (BRASIL, TJ-SP, 2021).

Quanto às decisões favoráveis dos tribunais para a expulsão, essas se mostram indubitáveis, devendo esse posicionamento jurisprudencial servir como orientação para decisões futuras que ensejam a possibilidade de afastamento do condômino antissocial.

Do modo prático-processual, a subjetividade que o legislador deixou ao não tratar expressamente a questão mostra que é lícito e juridicamente possível o ajuizamento de ação por parte do condomínio, dos condôminos ou mesmo possuidores prejudicados. Para isso, o ordenamento dispõe como ações possíveis, além da indenizatória por dano moral e material, as ações com obrigações de fazer e/ou de não fazer, inclusive com pedido cominatório ou de tutela específica, fundamentadas na forma dos arts. 497 a 500 e 536, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).¹⁸ (LOUREIRO, 2019, p. 1319).

Na prática, como menciona Venosa, com a decisão da expulsão a proibição não atinge todo o direito de propriedade do infrator, não há a

¹⁸ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

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.

perda da propriedade, ela apenas o limita, tolhendo seu direito de usar/habitar a unidade e o condomínio, continua, todavia, com a posse indireta sem afetar os demais elementos. (2020, p. 414).

Cleyson de Moraes Mello, quando destaca as conclusões da pesquisa de Neimar R. S. Silva, apresenta a aplicabilidade prática dessa medida, além de mostrar as possibilidades e formas de restrições que podem ser implementadas, onde leciona que:

A exclusão pode se dar tanto pelo afastamento temporário quanto pela definitiva exclusão do condômino antissocial. No primeiro caso, há a restrição absoluta e temporária do direito de uso (*jus utendi*) de sua unidade imobiliária. No segundo caso, a extinção da condição de condômino pela alienação forçada (judicial ou extrajudicial) de sua (s) unidade (s) autônoma (s). (2019, apud SILVA, 2017, p. 175- 178).

Com o que apresenta Moraes Mello conclui-se que com a alienação forçada da unidade se extinguiria qualquer vínculo do morador com o condomínio. Porém, esta última medida resultaria na perda da propriedade como um todo, sendo um tanto delicada e complexa já que envolve uma análise mais aprofundada, uma vez que há outros princípios e critérios relevantes a serem considerados. Por hora, o estudo se mantém apenas na possibilidade de expulsão visando a restrição do direito de uso (habitação/moradia).

Proibindo o acesso ao imóvel, não há violação do direito de propriedade, apenas uma relativização deste, implicando numa restrição ao direito de uso (*jus utendi*) e da convivência naquele condomínio, a fim de proteger outro direito fundamental dos demais moradores, conservando consigo os demais elementos da propriedade de usufruir (*jus fruendi*), dispor (*jus abutendi*) e reivindicar (*ius vindicandi*). (MORAES MELLO, 2019, apud SILVA, 2017, p. 175-178).

Cabe complementar que diante das obrigações de fazer ou não fazer impostas ao condômino antissocial, a restrição pode se dar de forma definitiva e absoluta (não podendo este nunca mais habitar e acessar o condomínio) ou temporária pelo tempo e forma que o julgador entender necessária para sanar as perturbações.

Em termos finais, diante do insucesso e esgotamento de todas as vias disponíveis de solução, a justificativa da expulsão do condômino antissocial se resume na construção de um conjunto de diretrizes que somadas às provas inequívocas das condutas nocivas e reiteradas do condômino é capaz de possibilitar essa pretensão, sejam elas: (i) não há a previsão legal proibindo tal medida, o legislador deixou uma “cláusula aberta” o que de fato possibilita a discussão em juízo da solução em questão; (ii) aprovação em assembleia pela expulsão (com quórum mínimo de 3/4 e assegurado o direito de defesa), que deve ser vista com “força de lei” dentro do condomínio e exterioriza a vontade de uma sociedade que busca a paz social, sendo esta deliberação portanto imprescindível para que possa ser analisada a possibilidade de expulsão; (iii) deve ser atendido e garantido o cumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade, dando a ela destinação adequada, bem como promover a dignidade da pessoa humana, estando esses como os mais importantes e relevantes justificadores; (iv) deve ser garantido e aplicado o princípio da sociabilidade, prevalecendo os interesses coletivos sobre os individuais; (v) existência de precedentes jurisprudenciais favoráveis que já aceitam a medida como viável e satisfatória e única solução para resolução dos conflitos que evoluem para a insustentabilidade de convivência. Além do Enunciado 508, apto a dar subsidiariedade a decisões judiciais e demais fundamentações legais de amparo como o art. 5º, XXIII da CF/88, art. 1.228 § 1 e 2, 187 e 1.277 todos do CC/02 (já discutidos e explanados no decorrer deste estudo).

Considerações finais

O presente estudo se propôs a analisar a possibilidade de expulsão do condômino nocivo e antissocial do condomínio edilício, excluindo-o da convivência com os demais condôminos, procurando assim salvaguardar direitos constitucionais coletivos como a sociabilidade e promover o exercício do direito de propriedade na melhor forma possível dentro de uma conjuntura que tem por base a função social da propriedade.

Os conflitos sempre estiveram presentes nas relações de vizinhança, e quando se trata da convivência em condomínios são ainda maiores, exigindo institutos e diretrizes capazes de ponderar os direitos de propriedade quando em choque, caso contrário seria impossível o seu exercício e estaria instaurado o caos, onde cada um usaria a propriedade da forma que bem entendesse.

Assim, diante de toda evolução do caráter absoluto da propriedade, que vem, ao longo do tempo, sofrendo grande relativização quanto às suas faculdades para atender aos interesses da coletividade, sobrepondo-se aos interesses individuais do proprietário, e tendo, toda a dinâmica dos conflitos de direitos fundamentais mergulhada no cumprimento da função social da propriedade e na preservação do bem-estar social, conclui-se que a imposição de restrições ao uso, bem como outras limitações ao direito de propriedade são essenciais para o exercício e existência da ordem social.

Dessa forma, estando constatado que a prática abusiva e anormal do direito de propriedade é um ato ilícito e se caracteriza como inegável descumprimento da função social da propriedade é indubitável que esta questão merece a tutela do poder judiciário.

Mesmo no silêncio do legislador sobre a possibilidade de expulsão, após um levantamento doutrinário ainda tímido, mas favorável, somado a precedentes jurisprudenciais positivos já consolidados, adicionados à

vontade dos condôminos materializada na convenção condominial e diante de toda uma estrutura principiológica constitucional direcionada e moldada a promover um estado de bem-estar social e de dignidade humana, constata-se juridicamente possível a expulsão do condômino nocivo e antissocial, com a relativização do direito de propriedade do infrator em benefício e garantia do direito de propriedade dos demais moradores.

Esse entendimento está ancorado na premissa de que o próprio sistema jurídico não pode permanecer vendado operando apenas na concepção positivista da lei, mas sim deve estar propenso e aberto a incorporar todos os valores constitucionais que prezam pelo coletivo, moldando-se e adequando-se aos anseios da sociedade, um Estado de justiça social.

Fato, a própria chegada da pandemia da Covid-19 mudou a realidade dos condomínios, trazendo novas situações, novos tipos de conflitos, mudanças na convivência entre os condôminos, além de medidas a serem observadas que podem ainda perdurar por tempo indeterminado. Isso tudo gera indiscutivelmente uma transformação social, que com ela exige novos caminhos e alternativas que se adaptem a realidade para uma solução eficaz dos conflitos.

Nessa compreensão, sim, é possível a expulsão do condômino nocivo e antissocial, fundamentada na força de lei da convenção de condomínio, com decisão em assembleia pela propositura da ação, matéria que deve ser observada e levada em consideração pelo julgador no caso concreto. Além do entendimento jurisprudencial positivo para a expulsão em determinados casos, o enunciado 508, a falta de tratamento legislativo sobre o tema e a necessidade de cumprimento da função social da propriedade e dos princípios voltados ao bem-estar social e coletivo, todos esses como fatores de amparo, fundamentação e relevância para ensejar

um pedido de expulsão. Medida que vem para afastar um indivíduo do ambiente onde a convivência já se tornou insuportável e impossível de ser reestabelecida, além de resguardar toda a sociedade condominial de ter que suportar um transgressor na iminência de um desfecho ainda pior como resultado das condutas nocivas.

A possibilidade de expulsão se estabelece então como uma ferramenta jurídica eficaz, segura e necessária, no entanto, não pode ser vista como um mero capricho de uma sociedade condominial que não aceita determinado morador por simples dissabores ou razões irrelevantes à ordem social, mas sim como um processo que depende da construção de uma série de elementos concretos que irão compor uma fundamentação plausível para acionar o judiciário buscando essa coerção extrema.

Portanto, sua aplicação se condiciona aos casos excepcionais, extremos, tomados pela reincidência, onde já foram esgotadas todas as vias administrativas de solução e ainda assim a sociedade condominial se vê a mercê das atrocidades do condômino antissocial. Casos em que não há mais alternativas eficazes senão o afastamento definitivo do morador da vivência naquele condomínio.

Por fim, as restrições de uso, habitação ou moradia, definitivas ou temporárias, bem como uma excepcional alienação forçada de uma propriedade, em cumprimento de uma demanda coletiva, só demonstra um novo sentido na interpretação do ordenamento jurídico, baseada e fundamentada em princípios constitucionais que buscam acima de tudo a proteção dos interesses sociais nas relações.

Referências

ANDERÁOS, Catarina. **Especial - Covid 19. Pesquisa: impactos e mudanças da pandemia nos condomínios.** Sindico Net. 08/07/20. Disponível em: <[https://www.sindiconet.com.br/informese/pesquisa-impactos-e-mudancas-da-](https://www.sindiconet.com.br/informese/pesquisa-impactos-e-mudancas-da)

pandemia-nos- condominios-convivencia-especial-covid-19>. Acesso em: 10 fev. 2021.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de, (coordenadores). **Direito imobiliário**: escritos em homenagem ao professor Ricardo P. Lira. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.353/2017**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166254>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciados V Jornada de Direito Civil. Enunciado 508. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/577>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 dez. 2020.

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/del4657.htm>. Acesso em: 06 mai. 2021.

BRASIL, **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>. Acesso em 10 mai. 2021.

BRASIL, **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em 13 de abr. 2021.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 mai. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 03 mai. 2021.

BRASIL. STJ - **REsp: 1177591 RJ 2010/0017133-9**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/05/2015, T4 - QUARTA TURMA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191269225/recurso-especial-resp-1177591-rj-2010-0017133-9>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRASIL, TJ-PR - **APL: 9577431 PR 957743-1** (Acórdão), Relator: Desembargador Arquelau Araújo Ribas, Data de Julgamento: 13/12/2012, 10ª Câmara Cível. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=visualizar#integra_11389542>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL, TJ-SP - **AC: 10293075220188260001** SP 1029307-52.2018.8.26.0001, Relator: L. G. Costa Wagner, Data de Julgamento: 26/01/2021, 34ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14298968&cdForo=0>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL, TJ-SP; **AC: 1001406-13.2020.8.26.0366**; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mongaguá - 2ª Vara; Data do Julgamento: 22/04/2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14565196&cdForo=0>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

COURA, Bernardo Cesar. **O condômino antissocial, punições previstas no Código Civil e outras disposições**. Jus Brasil. Disponível em: <<https://bernardocesarcoura.jusbrasil.com.br/artigos/375236205/o-condomino-antissocial-punicoes-previstas-no-codigo-civil-e-outras-disposicoes>> Acesso em: 26 mar. 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro volume 5: Direito das Coisas**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 4: coisas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Capítulo VII do Condomínio Edifício. In: PELUSO, Cezar, (coordenação) [et al]. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 13. ed. Barueri (SP): Manole, 2019, p. 1292-1358.

LUMARJ, Administração de Condomínios. **Conflitos relacionados ao home office em condomínios na pandemia**. 10 de abril de 2021. Disponível em: <<http://lumarj.com.br/conflitos-relacionados-ao-home-office-em-condominios-na-pandemia/>> Acesso em: 18 abr. 2021.

MARTINS, Flavio Augusto Sampaio. **Expulsão do Condômino Antissocial. Da Possibilidade Jurídica da Exclusão ou Despejo do Ocupante Antissocial do Condomínio Edifício**. Jus Brasil. Abr. 2021. Disponível em: <<https://flavioaugustomartins.jusbrasil.com.br/artigos/1192408190/expulsao-do-condomino-antissocial>> Acesso em: 02 mai. 2021.

MERCADANTE, Renata Dantas de Oliveira; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Restrição à propriedade em condomínio edifício: Possibilidade de expulsão de condômino antissocial**. Revista Argumentum. Marília-SP, v. 21, n. 2, p. 807-826, mai.-ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES MELLO, Cleyson de. **Direito Civil. Direito das Coisas - v.4**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MORAES MELLO, Cleyson de. **Condomínio - Doutrina, Legislação, Jurisprudências, Peças Processuais, Modelos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990886/>> Acesso em: 12 fev. 2021.

RUGGIERO, Antônio Biasi. **Questões imobiliárias**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIPCES, Sindicato Patronal de Condomínios. **Registros de perturbação de sossego mais do que dobram em meio a brigas de vizinhos na quarentena.** 24 ago. 2020.

Disponível em: <<https://www.sipces.org.br/materias,20352,registros-perturbacao-sossego-mais-que-dobram-em-meio-brigas-de.html>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito das Coisas - v.4. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. Método, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993115/>>. Acesso em: 09 mai. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** reais - v.4. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

A (in)constitucionalidade da vedação da ação rescisória perante Juizados Especiais

*Millene Fernandes Mello*¹

*Roberto Carlos Gradin*²

1. Introdução

A estruturação do procedimento sumaríssimo, criado e estruturado para o julgamento das causas de menor complexidade, está intimamente ligada à materialização do direito ao acesso à justiça. Buscando a garantia de uma prestação jurisdicional antes considerada inacessível por muitos, seria agora orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, ou seja, com todos os instrumentos necessários para um processo justo e efetivo.

No presente estudo pretende-se enfatizar a abordagem a respeito da inviabilidade da rescisão de sentença prolatada pelos Juizados Especiais, frente à proibição do art. 59 da Lei nº 9.099/1995, tendo em vista a clara incompletude na regulamentação do tema pela Lei.

Outro aspecto a ser questionado é a compatibilidade do artigo 59 da Lei nº 9.099/1995, a ser aplicado de forma subsidiária com os Juizados Especiais Federais, da Lei nº 10.259/2001, especialmente considerando o fato de que a competência jurisdicional desse órgão é absoluta, ora se indefere a ação rescisória nos Juizados Especiais, permite-se ao legislador

¹ Aluna do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: 168679@upf.br.

² 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.

infraconstitucional desprezar garantias constitucionais tão caras, com implicações indesejáveis à segurança jurídica.

Outrossim, ainda convém imprescindível a abordagem sobre a eficiência das possibilidades que o sistema jurídico-processual civil brasileiro oferece. Além de trabalhar o papel de cada meio nessa construção e eficácia das impugnações, a ideia é a análise de questões práticas dos institutos trazidos no Código de Processo Civil (CPC)/2015, em especial, ao mandado de segurança e os embargos à execução, se são capazes de desconstituir o vício rescisório contido na sentença. O grande enfoque do tema refere-se ao estudo do acesso à Justiça na perspectiva do Direito Constitucional, como direito fundamental.

O presente trabalho tem como objetivos específicos a estrita observância em conceituar coisa julgada e ação rescisória à luz da Constituição Federal de 1988 e analisar as hipóteses de cabimento e aplicação, atrelado a verificar a possibilidade dos meios de impugnação das decisões judiciais do rito sumaríssimo disponíveis, face as hipóteses configuradoras de rescindibilidade. O ponto crucial é examinar a discrepância entre o tratamento destinado aos valores segurança jurídica e justiça no Estado Democrático de Direito, se pode haver real respeito ao devido processo legal quando não é permitido rever as sentenças que foram prolatadas com vícios que vão de encontro a tal princípio. Logo, defende-se a inconstitucionalidade da vedação expressa contida no artigo 59 da Lei nº 9.099/1995 e a sua incompatibilidade com os supervenientes Juizados Especiais Estaduais e Federais. Antes, contudo, será desenhado, ainda que brevemente, um histórico sobre o surgimento dos Juizados Especiais.

Tecidos tais esclarecimentos, oportuno salientar que seguirá o presente estudo tal trilha, com o fito de demonstrar a incompatibilidade entre o direito constitucional do pleno acesso à justiça e a absoluta vedação

de ajuizamento de ação rescisória nos Juizados Especiais, buscando a crítica mais contundente e profunda. Partindo do pressuposto de que os Juízes de primeiro grau ou os Colegiados Recursais dos Juizados, poderão incidir em qualquer das hipóteses figuradas no artigo 966 do CPC de 2015, assim, representado pela imutabilidade da coisa julgada, esses devem ser harmonizados, em cotejo com a garantia da razoável duração do processo? Ou a coisa julgada deve ceder ante situações nas quais haja séria violação constitucional ou quando o conteúdo da sentença for injusto, a sobrepor-se, sempre, sobre o valor segurança?

A discussão em torno da inconstitucionalidade nos parece fundamental, na medida em que desvela um grave erro que o legislador comete ao proibir a ação rescisória perante os juizados especiais. A premissa equivocada é ainda mais grave dada a oscilação de entendimentos sobre o cabimento de ação rescisória pelas diversas turmas recursais do país, e que continua sendo repetida sem uma séria reflexão.

2. A efetividade dos Juizados Especiais à luz da Constituição Federal de 1988

Os Juizados Especiais cíveis e criminais sobrevieram com a promulgação da Carta Magna de 1988, conforme estabelecido em seu art. 98, inciso I, evidenciando um marco histórico na justiça brasileira, uma vez que simplificaram os modelos e procedimentos decorrentes da justiça comum. O crescimento vertiginoso da judicialização dos conflitos, resultou em uma litigiosidade em massa, destarte, o que se busca é um processo sem dilações indevidas, eliminando as diligências inúteis e que diminua a burocracia processual.

Assim, a preocupação em desenvolver mecanismos judiciais e extrajudiciais de enfrentamento desse fenômeno se tornou uma constante. Nesse sentido, adverte Fredie Didier Júnior:

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pesadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, a uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. **A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas.** É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. (2014, p. 67), grifou-se.

Gize-se que o estado do Rio Grande do Sul, foi o grande precursor responsável por propiciar inspiração para criação dos Juizados Especiais, com iniciativa do Desembargador do TJRS, Antônio Guilherme Tanger Jardim, por meio da criação do Juizado das Pequenas Causas em 1982, a qual serviu de influência a ser adotada pelo Brasil inteiro, posto que não havia condenação de custas, nem mesmo de honorários advocatícios, conferindo garantia àqueles de baixa renda ao acesso à justiça (CARNEIRO, 1985, p.7).

Entretanto, "acesso à Justiça, longe de confundir-se com o acesso ao Judiciário, significa algo mais profundo, pois importa o acesso ao justo processo". Logo, não se pode confundir acesso à Justiça com acesso ao Judiciário. (WATANABE, 1985, p.9),

Especialmente, a partir da Constituição Federal de 1988, essa compreendida como acesso à ordem jurídica justa, razão pela qual recebeu a alcunha de "Constituição Cidadã", foram prestigiados os Juizados Especiais no referido Diploma legal. Ampliou-se então, a efetividade dos pilares fundamentais, dentre eles, a cidadania e a dignidade da pessoa

humana, ao assinalar um procedimento importante na história do judiciário para o exercício democrático da cidadania. (BRASIL, 2016, p.66). Além disso, o referido Diploma Constitucional promoveu expressamente o acesso à Justiça como direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País no inciso XXXV do seu artigo 5º, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”.

Nesse diapasão, Suzana Vereta Nahoum Pastore tenta delimitar o sentido de Justiça, em um conceito moderno de direito ao acesso, nos seguintes termos:

Em um Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça deve ser entendido com a possibilidade posta ao indivíduo de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver esta necessidade para a preservação do seu direito. Essa prestação jurisdicional deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz. (2004, p.160).

Sob essa ótica, o acesso à justiça consiste no direito à proteção jurídica através dos tribunais, ao qual provém de um acesso a uma ordem jurídica justa, em que se respeitam os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual entre as partes envolvidas e da inafastabilidade do Judiciário. (CANOTILHO, 2002, p. 431)

É oportuno frisar as características traçadas nos Juizados Especiais. Nesta linha, há a previsão de propositura de ação sem a assistência de advogado nas causas inferiores a 20 salários mínimos, a gratuidade no procedimento pelos atos de primeiro grau, a valorização da conciliação como instrumento de pacificação de conflitos, a capacidade do magistrado poder julgar baseado na equidade.

Doravante a promulgação da Carta Magna de 1988, o legislador buscou ajustar o planejamento de simplificação dos procedimentos judiciais. Nessa concepção, podemos citar a edição das leis para o funcionamento dos juizados especiais estaduais (Lei nº 9.099/1995) e federais (Lei nº 10.259/2001), que, não obstante, promoveram inúmeros benefícios para a efetividade do acesso à Justiça. Vale salientar que causas mais complexas sempre irão demandar procedimentos e estruturas mais complexas para a sua solução do litígio.

Outrossim, houve a implantação dos Juizados Especiais Estaduais, somente sete anos após a promulgação da Constituição, que adveio com a Lei nº 9.099, de 26/09/1995, que disciplinou tanto o Juizado Especial Cível como o criminal. Diante da instauração bem sucedida dos Juizados Especiais Estaduais, verificou-se a necessidade de implantação também no âmbito federal, ao qual inseriu-se um parágrafo único através da Emenda Constitucional nº 22, de 18/03/1998, e renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao já artigo 98 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Quanto à matéria, Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, manifestam nos seguintes termos:

Os Juizados Especiais Federais, em princípio, eliminarão a lentidão decorrente do processo comum. Serão informais, simples, céleres, e o procedimento será, sempre que possível, oral, requisitos que deveriam estar presentes no Juízo Comum. (...) Essa nova forma de prestar jurisdição [mediante os Juizados Especiais] significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que em dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil de ampliação do acesso à ordem jurídica justa. (2002, p. 59).

Diante da recorrência da desigualdade social e econômica, no âmbito dos Juizados Especiais as partes não possuem tratamento igualitário, uma vez que não são iguais processualmente. De acordo com a Constituição Cidadã, em seu art. 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Todavia, é oportuno destacar que esse preceito possui caráter exclusivamente formal.

Assegurados pelo princípio da igualdade as partes devem ter o mesmo tratamento, sem levar em consideração suas características individuais, independentemente das condições fáticas, restando, contudo, insuficiente, na medida em que não recebem o mesmo tratamento na seara processual. Contudo, sendo classificado o princípio ora citado, como um direito fundamental de todos e, portanto, uma ordem jurídica justa, sua aplicação deve dar condições iguais a todos na fruição dos direitos fundamentais.

O que se percebe é que em muitas situações as partes que postulam sem advogados, são leigos, e não possuem conhecimento técnico sobre o direito material, nem mesmo processual, uma vez que não possuem compreensão das leis em seu sentido amplo. De outro lado, percebe-se ainda, outra incoerência de caráter mais desvantajoso, quando a parte

contrária entre os litigantes possui o assessoramento de um advogado, ou seja, de um lado uma pessoa simples, hipossuficiente, e de outro, composto, em sua maioria, por grandes empresas ou grupos econômicos ou ainda, no âmbito dos Juizados Federais, o Estado.

Temos que reafirmar, portanto, nessa circunstância, que é inquestionável que o direito de acesso à Justiça é direito fundamental, expressamente previsto no texto da Constituição Federal do país. Não restam dúvidas, através do exposto, de que há o prejuízo das partes quando fazem uso do *jus postulandi*. Com efeito, levanta-se uma questão interpretativa de relevante importância, qual seja referida garantia constitucional, forma hoje um pressuposto da dignidade da pessoa humana, onde recomenda-se que seja este efetivamente cumprido e levado a sério, para que a justiça e a igualdade não sejam apenas garantias constitucionais deixadas no papel, devendo atribuir-se de plena eficácia, que ao mesmo tempo, é a efetividade da garantia de todos os demais direitos fundamentais. Ocorre, porém, que essa eficácia nem sempre se revela exitosa, pois o ordenamento deve considerar as diferenças que marcam a sociedade, a fim de evitar que fatores econômicos, históricos e culturais sejam impeditivos à obtenção de uma ordem jurídica efetivamente justa.

3. Da coisa julgada no procedimento sumaríssimo

O instituto da coisa julgada está previsto a partir do art. 502 do CPC 2015. Nessa senda, difere-se coisa julgada formal de material. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença de mérito ou não, se torna irrecorrível pela preclusão. Por sua vez, a coisa julgada material ocorre quando a sentença de mérito se torna imutável e indiscutível. Constata-se, dessa forma, que diversamente da coisa julgada formal, não se pode, evidentemente, sujeitar a mesma demanda ao judiciário.

“A distinção entre a coisa julgada material e formal consiste, que a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, enquanto que a coisa julgada formal refere-se à sentença imunizada contra qualquer substituição por outra.” (DINAMARCO, 2002, p. 38). Portanto, ocorre a coisa julgada, no momento em que se torna irrecorrível a decisão judicial, definindo-se coisa julgada, considera-se:

A coisa julgada pressupõe o julgamento irretroatível de uma relação jurídica anteriormente controvertida. Nesta razão, a autoridade da res judicata não admite, desde que já foi reconhecida a verdade, a justiça e a certeza a respeito da controvérsia, em virtude da sentença dada, que venha a mesma questão a ser ventilada, tentando destruir a soberania da sentença, proferida anteriormente, e considerada irretroatível, por ter passado em julgado. (DE PLÁCIDO, 1999, p.178).

Em vista disso, tem-se por coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso (Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, § 3º). Com efeito, aquele que detém a seu favor uma decisão judicial irrecorrível e, portanto, imutável, tem o direito de não voltar a ser demandado quanto àquele objeto, inexistindo possibilidade de nova atuação jurisdicional. (GRECO FILHO, 1998, p.54).

Compreende-se a força da coisa julgada por meio da aplicação do juiz, da lei, na vontade do Estado ao caso concreto, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, conforme destaca-se:

O raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio de preparar a formulação da vontade da lei. Por vezes, como verificamos (nas provas legais), o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos (supra nº 32). O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que

o juiz considera como base de sua decisão; antes, não se preocupa nem em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. O juiz, portanto, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza de existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado. (CHIOVENDA, 2000, p.514).

Sob essa perspectiva, o autor italiano Enrico Tullio Liebman diferencia coisa julgada de efeitos da coisa julgada. De acordo com ele, coisa julgada se trata de uma qualidade dos efeitos da sentença e não um dos seus efeitos. Caracteriza como meio de prevalecer os efeitos da sentença, ou seja, uma qualidade agregada aos seus efeitos. (2006, p. 41).

A coisa julgada destina-se a evitar os arbítrios impostos pelo Poder Público. Nesse escopo, o legislador da Carta Magna de 1988, enumerou nos diversos incisos contidos no art. 5º, um conjunto de direitos e garantias fundamentais. A coisa julgada, igualmente foi inserida no mesmo dispositivo, em seu inciso XXXVI, com a finalidade de proporcionar segurança àqueles que se defendem do Estado para a solução de seus litígios (artigo 5º, Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I -Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

Sob esse prisma, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a segurança jurídica comporta dois tipos de eficácia, quais sejam:

(1)Estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio

da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos. (2003, p.264).

Ao que se refere o instituto *res judicata* está concernente com a eficácia *ex post*, da mesma forma com a eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica. A eficácia *ex ante*, no que tange à coisa julgada, condiz com a certeza de que tem o cidadão que as decisões provindas do Poder Judiciário, produzirão os efeitos nelas declarados. Todavia, após formada a coisa julgada, em se tratando de eficácia *ex post*, esta não pode sofrer modificação arbitrária, ou seja, só será admitida sua impugnação nas hipóteses expressamente previstas em lei.

No processo civil, a imutabilidade da sentença sofre uma exceção, conforme preleciona o autor Vicente Greco Filho, *in verbis*:

Pelo prazo de dois anos depois do trânsito em julgado, podendo ser alterada por meio de ação rescisória, mas somente nos casos expressamente previstos no art. 485 do Código de Processo Civil. Após esses dois anos, nem mesmo os graves fatos ali relacionados terão condão de permitir o reexame da causa. (1998, p.55). Grifou-se.

Além disso, está previsto expressamente no art. 975 do Código de Processo Civil, que estabelece: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.” Outrossim, esse prazo começa a correr a partir do primeiro dia útil subsequente ao trânsito em julgado da sentença ou do acórdão rescindendo (§ 3º do art. 224 do CPC).

Chegamos à controvérsia desse estudo, pelo qual destaco o art. 59 da lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, *in verbis*: “Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.”

A proibição da referida ação rescisória nos Juizados Especiais é justificada usualmente pelo princípio da celeridade. Entretanto, esse não é um argumento válido ou convincente, pois, muito mais plausível seria a diminuição do prazo da ação rescisória, ou sua amplitude, mas não suprimi-la. (ROCHA, 2009, p.230).

Percebe-se de pronto a incoerência instituída nesse artigo, visto que seria inadmissível uma ação julgada por juiz impedido, suspeito ou corrupto, ou que ofenda a coisa julgada, mantendo como consequência, a imutabilidade das decisões, ferindo, dessa forma, os ditames do devido processo legal.

3.1 Das decisões judiciais inconstitucionais

Oportuno, destacar, acerca do controle de constitucionalidade das decisões judiciais, pelo qual os autores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria enfatizam que esse controle não se opera somente enquanto não ocorrida a coisa julgada, ou seja, a imutabilidade que lhe é atributo, obstaria sua desconstituição ainda que declarada inconstitucional. Nesse sentido, referidos autores asseveram:

A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? A única explicação para que não se tenha, até o momento, no direito brasileiro enfrentado o tema, resulta, ao que pensamos, de uma visão retorcida da idéia de imutabilidade inerente ao conceito de coisa julgada. (2002, p.131).

Neste ponto, impende frisar a afirmação dos referidos autores que deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle da constitucionalidade da coisa julgada, ou seja, a violação diretamente a

Constituição de sentença transitada em julgado poderia ser reconhecida por qualquer juízo ou tribunal, até mesmo de ofício, a qualquer tempo.

Sob essa ótica, afirma Nelson Nery Júnior que “a decisão inconstitucional transitada em julgado não pode ficar imune ao controle jurisdicional da Ação Rescisória” (2004, p.203). A rescisória possui a finalidade de equilibrar dois ideais opostos de suma importância no sistema processual brasileiro: a garantia da estabilidade social, adquirida por meio da coisa julgada, e o fim das injustiças pela eliminação dos vícios tidos como graves pelo legislador. Dessa forma, sedutora pode ser a proposta de cabimento de ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais:

A ação rescisória é a última de todas as esperanças pela restauração da ordem jurídica, quando violada com a chancela da autoridade da coisa julgada material [...]. **Não fora a ação rescisória, as injustiças acobertadas pela coisa julgada e pela sua eficácia preclusiva restariam eternamente imunes e permaneceriam por todo o sempre. Por isso é que se diz que ela se caracteriza como um instrumento da justiça, para o equilíbrio daquele binômio de exigências existentes no processo.** A celeridade no decidir e a firmeza das decisões são valores a preservar (prazos, preclusões, coisa julgada material), mas não se descuida dos erros que podem ter sido cometidos e injustiças eventualmente perpetradas. A excepcionalidade da ação rescisória no sistema processual não pode e não deve servir de motivo ou pretexto para excessivas limitações (DINAMARCO, 2004, p. 24-25). Grifou-se.

Em analogia a esse estudo, trago à baila o entendimento de Ivo Dantas, que defende o cabimento da ação rescisória para desconstituir coisa julgada inconstitucional, mesmo após transcorrido seu biênio legal, dessa forma, salienta o referido autor:

Não aceitamos, nos casos de inconstitucionalidade, o prazo decadencial de dois anos fixado no art. 495 do CPC, isto porque, em se tratando de coisa julgada

inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, pois se trata de decisão inexistente, por estar calcada em lei inconstitucional. Finalmente, **julgamos ser necessária uma maior abertura para o cabimento da Ação Rescisória, que não deverá limitar-se aos aspectos formais do processo, preocupada com matéria infraconstitucional, devendo valorizar a Constituição como Lei Maior do sistema.** (2003, p.225). Grifou-se.

Apresenta-se inviável a garantia absoluta da coisa julgada e, de certa forma, utópica, de que o processo sempre se direcionará a um resultado justo. Dessa forma, extrai-se da análise acima elencada que não cabe ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais, todavia, não significa que as decisões transitadas em julgado e portadoras de vícios rescisórios (art. 966, CPC) não possam ser afrontadas. A coisa julgada material formada no âmbito dos Juizados Especiais deve ser constitucional e com garantia de estabilidade às decisões, ou seja, a inconstitucionalidade e/ou a existência de vício rescisório como, por exemplo, o impedimento do juiz, permite a sua rescisão. (OLLANI, 2015, p.253-254).

Feitos os devidos apontamentos, eis, pois, a importância da abordagem proposta no presente artigo, que tem como premissa uma análise constitucional, ou seja, à luz dos princípios constitucionais basilares e do próprio Estado Democrático de Direito. Quando, no caso concreto, a coisa julgada viole princípio fundamental inserido na Constituição Federal, estaremos diante de uma coisa julgada inconstitucional, devendo o Poder Judiciário declará-la ineficaz quando provocado. Ademais, a ocorrência da aplicabilidade de rescisória no rito ordinário, respeitados as hipóteses do art. 966, do CPC, não obsta o fato de que os vícios contidos nele não sejam aptos de estarem presentes também no rito sumaríssimo.

Segundo a afirmação de José Augusto Delgado, para quem as sentenças que ofendem a Constituição “nunca terão força de coisa julgada” e poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas “no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça”. (2002, p. 103).

Ainda cumpre dizer que a garantia desses direitos perpassa, pois a respeito dessa questão afirma Leonardo Greco:

A coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica. (2008, p.254)

Vale ressaltar o posicionamento doutrinário referido, o qual, entretanto, assevera que a segurança jurídica não é um valor absoluto, razão pela qual afirma que a coisa julgada se sobrepõe a vida e a liberdade do ser humano e, por tal razão, a declaração de inconstitucionalidade deve determinar a anulação de qualquer condenação criminal anterior com base na lei tida como inválida. Destaca ainda que “o controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais”, razão pela qual “das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, pois isso representaria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle”.

Pablo Drews Bittencourt Costa adverte, com propriedade, sua posição sobre o conteúdo do art. 59 da Lei nº 9.099/1995:

Não deve o Poder Judiciário, a quem cabe a precípua função de proteção aos direitos do cidadão, ir de encontro à sua atribuição constitucional. Todavia, por ser composto de pessoas [...] falíveis, **há que se garantir meios para que**

os erros porventura cometidos sejam corrigidos, não vindo a se perpetuar. (2001). Grifou-se.

Dessa forma, a vedação da rescisória nos Juizados Especiais ocasiona uma violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, elencado no art. 5º, LIV, e o da inafastabilidade do controle jurisdicional, conhecido também como direito de ação ou acesso à justiça, presente no art. 5º, XXXV, ambos da Constituição Federal de 1988.

José Carlos Barbosa Moreira, assevera que quando houver superveniente declaração de inconstitucionalidade por via de ação ou de exceção, a via adequada para desconstituir a sentença transitada em julgado é o manejo da Ação Rescisória. Sustenta, até mesmo, a possibilidade de ajuizamento da Ação Rescisória a qualquer tempo, com o abrandamento na exigência do prazo decadencial, em razão da particular gravidade do vício. (2005, p.61).

Outrossim, “não se pode considerar haver julgamento válido e subsistente contra a Constituição, pois o juiz busca a fonte de sua competência nesta Lei Suprema e sobre ela constrói os seus julgados” (ROCHA, 2009, p. 181).

É relevante frisar, todavia, que de nada adianta a Constituição Federal outorgar garantias se elas não forem efetivamente garantidas. E a garantia seria a constitucionalidade. Quando a decisão de mérito está acobertada pela inconstitucionalidade, o conteúdo da sentença é que está maculado de extrema gravidade, não a coisa julgada. Contudo, a coisa julgada só faz perpetuar esse conteúdo, o que demanda, de forma excepcional, a prevalência do valor justiça em detrimento do valor segurança.

4. Impugnação das decisões dos Juizados Especiais Estaduais

Ampliando a questão em análise, o disposto do artigo 59 da lei 9.099/95, proíbe o emprego de ação rescisória nas sentenças, porém inexistente qualquer vedação ao emprego de outros meios de impugnações. O professor Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, José Alexandre Manzano Oliani, destaca na Revista dos Tribunais Online:

É oportuno lembrar que o microsistema dos Juizados Especiais é orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei 9.099/1995, art. 2.º), o que, entre outras coisas, recomenda a simplificação de procedimentos. Essa premissa norteia a conclusão de que as decisões de mérito dos Juizados Especiais, transitadas em julgado e que contenham vícios rescisórios, poderão ser rescindidas por via processual diferente da ação rescisória prevista no Código de Processo Civil. **Há duas vias processuais distintas que podem ser utilizadas: o mandado de segurança ou os embargos à execução previstos no art. 52, IX, da Lei 9.099/1995.** (2015, p.253-254). Grifou-se.

Passamos a análise do remédio constitucional mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF), pelo qual deve ser empregado em caráter subsidiário, com intuito de solucionar eventuais falhas possíveis do legislador infraconstitucional, a fim de possibilitar o manejo de verificação de ilegalidades e vícios porventura ocorridos no julgamento das demandas deduzidas em juízo.

Leciona Teresa Arruda Alvim, que apesar da ação rescisória ser o único meio concebido com a finalidade específica de vulnerar sentenças transitadas em julgado, casos há em que, excepcionalmente, se deve admitir o uso do mandado de segurança para este fim. (2007, p. 453).

A via hábil e possível de impugnar decisão judicial é o mandado de segurança, desde que respeitado o imperativo da excepcionalidade e imperatividade, “uma vez que tal remédio não poderá ser usado quando

houver recurso previsto na legislação processual” (CÂMARA, 2008, p. 160).

Conforme decidiu o Ministro Gilmar Mendes do RMS Nº 26.114- SP, temos que:

É certo que este **Supremo Tribunal Federal**, abrandando a rigidez da Súmula nº 267 (“não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), **tem admitido o Mandado de Segurança quando, do ato impugnado puder resultar dano irreparável, desde logo cabalmente demonstrado.** (Grifos originais).

Dessa forma, tem-se que é justificável o uso do remédio constitucional em estudo, contra ato judicial de qualquer natureza ou instância, desde que ilegal e violador de direito líquido e certo do impetrante, e não haja possibilidade de coibição eficaz e pronta pelos recursos comuns (MEIRELLES, 2007, p. 46).

Como é o caso do procedimento sumaríssimo, em que há vedação da rescisória, o cabimento do mandado de segurança se evidencia apropriado, pois, não se encontra óbice algum em detrimento da sua impetração posto que os meios de impugnação ordinários se mostram inexistentes.

No entanto, há entendimento consolidado no enunciado 268 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual estabelece que: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado”. Diante do exposto, pretende-se destacar que o cabimento do mandado de segurança é obstado diante da existência de instrumento processual idôneo a impugnar a coisa julgada, qual seja, a ação rescisória. Portanto, no entendimento do STF, destaca-se que o mandado de segurança não é substitutivo da rescisória.

Por outro lado, temos os embargos à execução (art. 525, §12 do CPC/2015). A questão foi suscitada no STF, reconhecida a repercussão

geral do Tema 360. O acórdão de mérito da questão constitucional, do respectivo Tema, ocorrido o trânsito em julgado em 27/03/2019, teve a tese firmada nos seguintes termos:

“São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. **São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais;** ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda”. (Site STF – Tema 360). Grifou-se.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento de controle objetivo e, portanto, de caráter excepcional, visando frear as ofensas a Constituição Federal, admitindo-se o manejo dos embargos, preleciona Leonardo Greco¹:

Na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. No Brasil a coisa julgada é extremamente frágil em razão da amplitude da ação rescisória, especialmente em face do disposto no inciso V do artigo 485 e do prazo de dois anos. A Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda

Constitucional nº 32/01 ampliou indevidamente a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, que torna inexigível a dívida se o título judicial se fundar lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”. (...) “De fato, na hipótese do inciso I do artigo 741 do CPC (nulidade de citação no processo de conhecimento que correu à revelia do réu), estamos diante da colisão de dois direitos fundamentais: o da ampla defesa e o da segurança jurídica. O legislador optou pela prevalência do primeiro, em detrimento do segundo, opção essa absolutamente razoável.

Portanto, quanto a essa premissa, verifica-se conveniente o proveito desse mecanismo de impugnação do título judicial para produzir efeitos rescisórios no âmbito dos Juizados Especiais, considerando a vedação da ação rescisória, este meio se conduz a um eficaz método de impugnação de oposição ao título para alcançar a prestação jurisdicional ante situações nas quais haja séria violação à Constituição Federal.

Inevitavelmente, as decisões judiciais inconstitucionais passam pela ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e a garantia do respeito à coisa julgada. Quanto à matéria, Teori Albino Zavascki se manifesta nos seguintes termos:

Nós temos, hoje, a ação de embargos à execução que, pelo artigo 741, parágrafo único, do CPC, permite um alargamento da eficácia rescisória dos embargos. Nós sabemos que, no sistema original do Código de Processos, os embargos ao devedor não podiam operar a rescisão da sentença. Não podiam. Salvo num caso: no inciso I do 741, que se podia ajuizar embargos à execução do título judicial, quando o réu, o executado, tivesse sido revel no processo de conhecimento e ele alegasse nulidade ou falta de citação. Nesse caso, os seus embargos tinham eficácia rescisória, mesmo passados dois anos. Agora, com o 741, se abriu um leque enorme de possibilidade de discutir questões constitucionais nos embargos. E pela letra do Código são discussões que importam, se acolhidas, à rescisão da sentença. Não é o caso de a gente ir

muito a fundo, aqui, porque eu acho que demandaria outra palestra. Não estou preparado. Mas eu acho que é uma discussão importantíssima: o que o Código quer dizer com aquela possibilidade de alegar inexigibilidade do título por questão constitucional? Na prática, ele está dizendo: se pode requestionar a sentença em embargos, quando ela ofendeu a Constituição. Significa dar uma eficácia rescisória. A jurisprudência está se encaminhando no sentido de só admitir essa possibilidade quando essa questão constitucional tenha sido objeto de sentença em controle concentrado, ou que tenha sido superveniente à sentença etc., mas de qualquer modo, em qualquer hipótese, tem eficácia rescisória. (2005, p. 144-163).

Todavia, pelo seu prazo reduzido e abrangência limitada, salienta-se, novamente, o desamparo do litigante nos Juizados Especiais, que, em situação não abrangida pela hipótese legal acima mencionada, não detém de meios eficazes de objeção ao título, ainda que este comportasse defeitos seriamente graves.

Dessa forma, conclui-se pela ineficácia do Mandado de Segurança e o descabimento dos Embargos à Execução, não devendo haver óbice à prática da ação rescisória, pois, conseqüentemente só sucederia ao manejo de ação declaratória ou anulatória, restando prejudicado os princípios que regem os Juizados Especiais, como a efetividade e a celeridade, até a obtenção da tutela jurisdicional, além disso, não abrangem as hipóteses de cabimento dos mecanismos elencados no juízo comum para impugnação à coisa julgada.

5. Da (im)possibilidade da ação rescisória nos juizados especiais federais

Conforme já antes mencionado, verificaremos agora a análise da aplicação subsidiária do artigo 59 da Lei 9.099/1995 com os Juizados Especiais Federais da Lei 10.259/2001. É possível constatar acerca do entendimento dos julgadores das Turmas Recursais do TRF 4ª Região, pela aplicação da vedação ao cabimento da ação rescisória no âmbito dos

juizados especiais federais. Nesse sentido, valho-me da decisão prolatada nos autos da ação nº 5066965-38.2015.404.7100, de Relatoria da Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, *in verbis*:

De fato, como minuciosamente apreciado pelo acórdão proferido pelo Egrégio TRF da 4ª Região, compete às Turmas Recursais a apreciação de todos os recursos e ações envolvendo a revisão dos julgados proferidos no âmbito do microsistema dos juizados especiais federais. Assim sendo, cabe às Turmas Recursais o processo e o julgamento de ações rescisórias intentadas contra sentenças ou acórdãos proferidos por Juizados Especiais Federais ou Turmas Recursais e que estejam transitados em julgado, como no presente caso. Nesse sentido: 'CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL. AÇÃO rescisória. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL. 1. A competência para a revisão, desconstituição ou anulação das decisões judiciais (seja pela via recursal, rescisória, por ação anulatória ou mesmo querela nullitatis), é do próprio sistema que a proferiu, assim o sendo também quanto à sua execução. 2. Precedentes da Terceira Seção desta Corte e da Quinta Turma do STJ' (TRF da 4ª Região, 3ª Seção, ArAR nº 2008.04.00.023483-6/RS, Rel. Des. Federal Celso Kipper, D.E. 16.10.2008). Todavia, afigura-se inadmissível, no microsistema dos juizados, o ajuizamento de ação rescisória perante as Turmas Recursais. Ora, de acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 10.259/2001, aos Juizados Especiais Federais 'se aplica, no que não conflitar com esta lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995'. **E, por força do disposto no art. 59 da Lei nº 9.099/95, 'não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei'**. Aliás, esse é entendimento do Enunciado nº 44 do 2º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), realizado em 2005: 'Enunciado nº 44. Não cabe ação rescisória no JEF. O art. 59 da Lei nº 9.099/95 está em consonância com o princípio do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se, também, aos Juizados Especiais Federais'. Nesse sentido também é o enunciado da Súmula nº 14 das Turmas Recursais do Rio Grande do Sul: 'Súmula nº 14. Não se admite ação rescisória no âmbito das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais'. (TRF-4 - PET: 50669653820154047100 RS 5066965-38.2015.404.7100, Relator: JACQUELINE MICHELS BILHALVA, Data

de Julgamento: 29/01/2016, TERCEIRA TURMA RECURSAL DO RS). Grifou-se.

O Supremo Tribunal Federal não foi provocado a apreciar (in)constitucionalidade do artigo 59 da Lei 9.099/1995 pela via abstrata. Essa questão, entretanto, exposta pela doutrina, passou a ser instigada após o surgimento da Lei nº 10.259/2001, com o julgamento das demandas repetitivas, sobretudo de natureza administrativa, previdenciária e tributária. Tese que veio a ser eminente no STF sob o Tema nº 354 – Cabimento de ação rescisória contra decisão dos Juizados Especiais Federais.

O STF, desde 2010, tem sustentado o mesmo posicionamento quanto à ausência de repercussão geral e, assim, tem negado seguimento a agravos ou a recursos extraordinários em que se discute a não aplicação do artigo 59 (da Lei nº 9.099/1995) à Lei nº 10.259/2001. Nesse sentido, cite-se abaixo o agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal Central de São Paulo:

ACÇÃO RESCISÓRIA – VEDAÇÃO EXPRESSA NAS ACÇÕES QUE TRAMITAM NO RITO DA LEI Nº 9099/95 – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INDEFERIMENTO DA INICIAL “No recurso extraordinário, sustenta-se violação dos artigos 5º, caput, incisos XXXV e LIV e § 2º, 22, inciso I, e 42, § 2º, da Constituição Federal. Decido. A irrisignação não merece prosperar, haja vista que os dispositivos constitucionais indicados como violados no recurso extraordinário carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que não foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão no acórdão recorrido. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. Ademais, este Supremo Tribunal já assentou o entendimento de que a questão alusiva aos pressupostos para o cabimento da ação rescisória está circunscrita à legislação infraconstitucional e não desafia apelo extremo, haja vista que a afronta ao texto constitucional se daria, caso

houvesse, de forma indireta ou reflexa. Nesse sentido, anote-se: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. IPTU. Ação rescisória. Cabimento. 3. Controvérsia de índole infraconstitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI nº 859.668/RJ – AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 26/8/14). (Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/02/2016, ARE 942052).

Todavia, o STF vem autorizando ação rescisória de seus próprios julgados proferidos no sistema dos Juizados Especiais. A Suprema Corte, alega em várias das ações rescisórias em que julga, que a Lei nº 10.259/2001 não veda a ação desconstitutiva da coisa julgada e que a vedação prevista na Lei nº 9.099/1995 não é aplicável por analogia nesses casos. Utiliza-se ainda como amparo o exercício do juízo rescisório diretamente do art. 102, I, “j”, da Constituição da República. É o que se extrai do AR 1974/SC, julgada parcialmente procedente, no voto de relatoria da Ministra Rosa Weber, em 26 de abril de 2019:

[...] O Regimento Interno do STF detém idêntica previsão normativa, inexistindo qualquer vedação quanto ao tema, além da constatação de que a Constituição não pode ser interpretada pela legislação infraconstitucional e sim o contrário. **Some-se a tais argumentos a ausência de proibição na Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais) quanto ao cabimento de ação rescisória perante o STF de demanda tramitada, na origem, sob o rito do juizado especial federal, motivo pelo qual não merece aplicação analógica da Lei 9.099/95 às ações que tenham tramitado perante a Suprema Corte, em sede de recurso extraordinário, ainda que sob o regime sumaríssimo.**” (AR 1937 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017). Grifou-se.

Mas isso nos conduz a outro problema: O fato de o STF admitir ações rescisórias é, na prática, incoerente quanto à (in)constitucionalidade do artigo 59 da Lei nº 9.099/1995, sucedendo, inclusive, em relação à

aplicação subsidiária do artigo 59 ao Juizado Especial Federal. Nesse sentido, indaga-se: qual o sentido de autorizar a rescisão da coisa julgada apenas nas demandas exclusivas de decisões proferidas pelo STF, mas se distingue da possibilidade de rescisão quando as decisões se originam de primeira instância ou de Turma Recursal?

Ainda existe certa resistência por parte do STF para reconhecer a repercussão geral do Tema nº 354 anteriormente aludido, onde a Corte só foi instada a analisar a inconstitucionalidade do art. 59 da Lei nº 9.099/1995, após o advento da Lei nº 10.259/2001.

A tese foi levantada pela autarquia federal do INSS, alegando que a não incidência do artigo 59 da Lei nº 9.099/1995 aos Juizados Especiais Federais, justifica-se pelo fato de que foram criados para julgar causas envolvendo entes públicos, diversamente dos Juizados Estaduais, o que evidencia o afastamento da proibição da rescisória, prevista expressamente para os Juizados Estaduais.

Por fim, no que tange ao Tema nº 354, o Ministro Gilmar Mendes votou pela inexistência de repercussão geral da questão, sob o fundamento de que o exame da matéria estaria atrelado à índole infraconstitucional. Consequentemente, o STF tem negado seguimento de recursos extraordinários ou agravos que versam sobre a não aplicação do artigo 59 (da Lei nº 9.099/1995) à Lei nº 10.259/2001.

Feito essa ressalva, estabelece o Enunciado nº 44, pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, com orientação de que não cabe ação rescisória nos Juizados Especiais Federais.

Mas o ponto nevrálgico em questão é a existência de discordâncias entre as diversas Turmas Recursais Federais. Ainda que sujeito a oscilações de humor, como exemplo, aponta-se o acórdão prolatado nos autos nº 5003085-62.2017.4.04.7016, pela Segunda Turma Recursal Federal do PR, que admite a ação rescisória, considerando inconstitucional

a vedação de seu uso por violação ao princípio da igualdade perante a jurisdição.

Apenas um esclarecimento: ainda que entendamos, na linha do entendimento do STF anteriormente citada, que não cabe recurso extraordinário sobre a não aplicação do artigo 59 da Lei nº 9.099/1995 à Lei nº 10.259/2001, é preciso reconhecer e advertir que o tema não é pacífico e que talvez ainda tarde alguns anos para que os tribunais inferiores assimilem o entendimento do Min. Barroso, no julgamento de liminar na ADPF 615, indicando ser cabível a ação rescisória no âmbito dos juizados especiais, quando a sentença fundar-se em lei que for posteriormente declarada inconstitucional. Por esse motivo, analisando o tema de forma ampla, inclusive com a eventual aceitação da ação rescisória nos Juizados Especiais, cite-se um trecho da decisão concessiva da medida cautelar:

Realmente, pela literalidade do art. 59 da Lei n.º 9.099/1999, chega-se a uma situação jurídica excêntrica, na qual uma sentença inconstitucional proferida por um Juizado Especial, em cognição sumária, torna-se imune à impugnação, enquanto sentenças proferidas pelos demais órgãos judiciais, em rito ordinário, podem ser rescindidas. Ainda que a intenção do legislador tenha sido a de prover o ordenamento jurídico de procedimentos judiciais mais céleres e informais para resolução de conflitos de menor complexidade, essa excentricidade parece, pelo menos nesse juízo de cognição sumária, incompatível com o princípio da supremacia constitucional e outros preceitos fundamentais da Constituição Federal. Isto porque a desconstituição de decisões judiciais inconstitucionais, mas do que tutelar interesses das partes, visa a preservar a supremacia da constituição, quer tenham sido elas proferidas no âmbito dos procedimentos ordinários, quer tenham elas origem em procedimento sumário, sumaríssimo ou especial. [...]

Conferir imunidade e caráter absoluto às sentenças inconstitucionais dos Juizados Especiais transitadas em julgado antes de decisão em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade proferida por tribunal

competente para dirimir a controvérsia acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo questionado pode representar grave ofensa à supremacia constitucional. (STF – ADPF: 615 DF – DISTRITO FEDERAL, julgado em 11/09/2019, PUBLIC 13-09-2019).

Tudo isso evidencia, uma vez mais, a problemática de maneira que a tendência continua a ser de aplicação dominante pelas turmas recursais do citado enunciado do FONAJEF. O que não se pode continuar fazendo é fechar os olhos para o conflito entre a jurisprudência que se mantém sem coerência quanto à (in)constitucionalidade do artigo 59 da Lei nº 9.099/1995, pela falta de um instrumento uniformizador eficiente.

Tampouco se pode aceitar a violação do princípio de isonomia operada dentro do sistema de justiça. E aqui reside um problema crucial: a rescisória vem sendo, paulatinamente, admitida em decisões de mérito prolatadas pelos juizados especiais, apenas porque exclusivas do STF, e ainda mais comum, a infundada e recorrente proibição de rescisão dos julgados que provém de Turmas Recursais.

No mesmo sentido, esclarecem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

A coisa julgada visa a preponderar a segurança jurídica das situações sociais em detrimento da possibilidade de sua permanente discussão. Contudo, não se trata de “uma alternativa abraçada incondicionalmente”. É que **“há situações – excepcionalíssimas, aliás – em que tornar indiscutível uma decisão judicial por meio da coisa julgada representa injustiça tão grave e solução tão ofensiva à linhas fundamentais que pautam o ordenamento jurídico que é necessário prever mecanismos de rescisão da decisão transitada em julgado.”** (2017. V. 2. P. 619). Grifou-se.

Nada impede, portanto, que o cabimento de ação rescisória nos Juizados seja medida excepcional, desde que o façam com base nos valores concretizados nas hipóteses do artigo 966 do CPC.

Considerações finais

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o objetivo do presente ensaio foi proceder a uma análise — tão minuciosa quanto possível — do sistema das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais cíveis, pelo qual, cumpriu-se, analisar, neste contexto, as consequências da previsão legal expressa que veda o mecanismo processual de impugnação da coisa julgada, na Lei nº 9.099/95.

Motivado pelo entendimento de celeridade, para garantir a observância de determinados princípios constitucionais que viabilizam a “justiça” das decisões judiciais, que norteia os juizados especiais, constata-se que a demora prejudica o autor que espera a prestação jurisdicional, em detrimento da duração razoável do processo. Todavia, maior será o prejuízo daquele autor que por um longo tempo espera e não atinge ao final a prestação jurisdicional justa e adequada, seja porque não esteve devidamente representado, seja porque vícios graves macularam o resultado do julgamento.

Cumprido ao Poder Judiciário atender, da forma mais completa e eficiente, ao pedido daqueles que exercem seu direito de ação, buscando, na função jurisdicional do Estado, uma prestação efetiva, que lhes assegure a tutela adequada à efetivação dos direitos, e não de inadmitir a impugnabilidade perpétua da sentença ou do acórdão apontados como inconstitucionais, de forma arbitrária, onde se poderia suprimir o mecanismo rescisório em alguns casos. Portanto, não seria admissível afirmar que os juízes de primeiro grau ou dos Colégios Recursais não incidirão jamais em quaisquer das hipóteses figuradas no art. 966 do CPC, pois são circunstâncias perfeitamente possíveis de ocorrer sob o curso das decisões proferidas no rito sumaríssimo.

Os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia ou mesmo da celeridade – que, como visto, regem os Juizados Especiais – em situação de eventual injustiça cometida em um provimento deste tipo seria impossível de rescisão, nos remete ao questionamento: É possível vícios de uma tal gravidade?

O direito de acesso à Justiça é um dos mais importantes para assegurar a dignidade da pessoa humana, considerando que o seu exercício propicia a defesa, em Juízo, de todos os demais direitos. Trata-se tanto de direito humano, na perspectiva universal, quanto direito fundamental, no âmbito do direito constitucional interno, nos termos já apresentados nesse trabalho.

Em suma, conferir imunidade e caráter absoluto às sentenças inconstitucionais dos Juizados Especiais transitadas em julgado, é incompatível com o princípio da supremacia constitucional e outros preceitos fundamentais da Constituição Federal, e, portanto, constata-se cabível a rescisória como remédio jurídico para desconstituir decisão definitiva de mérito proferida em processos de competência dos Juizados Especiais, desde que seja verificada alguma das hipóteses do art. 966 do CPC.

Referências

BELMIRO, Celso Jorge Fernandes. **O sistema recursal e os meios autônomos de impugnação no âmbito dos juizados especiais cíveis: novos contornos jurisprudenciais**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

- CARNEIRO, J. G. P. **Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque.** *Juizados Especiais de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT, 1985.
- COSTA, Pablo Drews Bittencourt. **Uma análise crítica à Lei n.º 9.099/95.** Lei dos Juizados Especiais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2394>. Acesso em 15. Mar. 2021.
- DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo: Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2003.
- DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais.** In: Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- DE PLÁCIDO e Silva. **Vocabulário jurídico.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **Ação Rescisória.** São Paulo: Atlas, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 264.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.** Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. Estudos de Direito processual. VI.
- GRECO, Leonardo. **Eficácia da Declaração 'Erga Omnes' de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior.** In: Relativização da Coisa Julgada. 2. ed. 2ª tiragem. JusPODIVM, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Leonardo. “**Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**”. Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br), artigo publicado em 18.03.2002, disponível na Internet em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em 28/10/2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopres. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, a representação interventiva, a reclamação constitucional no STF**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Revista forense, Rio de Janeiro, v. 377, p. 61, jan./fev. 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredier (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: JUS PODIVM, 2004, p.203.

ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis: Aspectos polêmicos da Lei 9.099 de 26/9/1995**, 5ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STF – Pleno, RMS 11.170 – ES, Rel. Min. Victor Nunes, j. 27.05.1963. **Tema 360 - Desconstituição de título executivo judicial mediante aplicação do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoRelacionado.asp?incidente=3858766#>>>. Acesso em 15 maio 2021.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **Meios de impugnação às decisões dos juizados especiais cíveis estaduais.**, Revista de Processo., vol. 242/2015, p. 253-274, abr., 2015.

ORIANA PISKE DE AZEVEDO MAGALHÃES PINTO **Importância dada aos Juizados Especiais na Carta Constitucional de 1988 - Juíza Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/importancia-dada-aos-juizados-especiais-na-carta-constitucional-de-1988-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em: 19. out., 2020.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. **O direito de Acesso à Justiça.**, São Paulo. Revista de Direito Constitucional e Internacional., n. 49, p. 154-190, out-dez., 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais:** comentários à lei 10259, de 10.07. 2001.RT: São Paulo, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). **Coisa julgada inconstitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.131.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Sentença e coisa julgada em matéria tributária.** Revista de Estudos Tributários, v.7, n. 42, p. 144-163, mar./abr. 2005.

A contribuição do Direito Sistêmico para o rompimento dos ciclos de violência doméstica ¹

Natália Sarturi ²
Linara Silva ³

1 Introdução

Um dos grandes desafios do ordenamento jurídico brasileiro é romper com o padrão que leva os aplicadores do Direito a resolver as lides de forma unicamente processual, não oportunizando às partes o diálogo e reflexão sobre o porquê de estarem em uma causa judicial para resolver a essência de um conflito.

A esse respeito, o presente artigo tem o objeto de apresentar formas de auxílio para o rompimento dos ciclos de violência doméstica com a aplicação das Constelações Familiares aos seus casos. O problema analisado nessa pesquisa é pautado em demonstrar a importância do Direito Sistêmico aplicado pelo método das Constelações Familiares para solucionar, de forma menos traumática e mais humanizada, os conflitos entre as partes envolvidas nos casos de violência doméstica. Nesse propósito, o texto a seguir busca analisar a legitimidade de aplicação dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASC) aos casos de violência doméstica sobretudo, a Constelação Familiar e o pensamento sistêmico.

¹ Artigo científico produzido como Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação para obtenção de grau junto a Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, 9º semestre. E-mail: 168681@upf.br.

³ Linara Silva. Advogada, Mestre em Direito, Pesquisadora, Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa realizada. Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. E-mail: linara@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7114771715454815>

No primeiro tópico será apresentado quais os tipos de violência doméstica, distinguindo-se da violência de gênero, apontando quais as diferenças entre elas na percepção jurídica e, principalmente, a evolução do direito das mulheres a partir da criação da Lei Maria da Penha sob o nº 11.304/06. Posteriormente, apresentar-se-á a persistência com que o ciclo de violência age no ambiente doméstico, quais são suas fases e de que forma se tornam gatilhos para que essas mulheres se calem.

O segundo tópico apresentará ao leitor dois posicionamentos trazidos pela doutrina, mencionando, de um lado, um movimento político criminal punitista, em que a Lei Maria da Penha, ao vedar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais nos casos de violência doméstica, visa de forma mais ampla, a punição do acusado. Já, o outro posicionamento traz a possibilidade de aplicação do MASC, principalmente, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo previstos na Lei nº 9.099/95, sendo alternativas eficientes e céleres para o Judiciário.

No terceiro tópico será analisada a origem das Constelações Familiares e a maneira que é utilizada, principalmente, o uso das Leis Sistêmicas criadas por Bert Hellinger. E, o último tópico, trará a aplicação das Constelações Familiares aos casos de violência doméstica, demonstrando qual a forma, o embasamento jurídico que poderá legitimar essa Ciência no âmbito do Poder Judiciário que, já vem sendo aplicada em inúmeros Tribunais brasileiros.

2 O ciclo da violência doméstica e a Lei nº 11.340/06

A violência em uma perspectiva geral pode ser definida de várias formas. Nessa perspectiva, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define o termo violência como o “uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano

psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação” (2021, s.p). Percebe-se que, ao criar esse conceito, a OMS deixa claro que é necessária a intenção do indivíduo na prática do ato, independentemente do resultado. A expressão “poder” remete ao uso, ou seja, o poder que o agressor tem sobre a vítima, aplicando-se em todos os tipos de abusos, sejam físicos, sexuais, psicológicos; do mesmo modo que o casos de negligência e omissão a atos violentos.

A intencionalidade no ato é um dos elementos mais importantes ao se definir a violência, tendo em vista que o agressor, em qualquer tipo de agressão, tem a intenção de produzir feridas na vítima, sejam elas físicas ou psicológicas. A definição de gênero é culturalmente construída pela sociedade e a família e, é o primeiro molde para se chegar a sua distinção. As meninas, comumente, são criadas para serem mulheres frágeis, fiéis que não podem desobedecer ao marido e devem saciar as necessidades sexuais deles. E, assim, essas condutas machistas e patriarcais vão sendo repassadas, inconscientemente, de geração a geração de uma forma natural, gerando um ciclo de violência doméstica contra as mulheres (FERNANDES, 2015, p.53).

Para entender melhor como funciona esse ciclo deve-se analisar as três fases que Loren Walker, em 1979, identificou com sendo etapas que as mulheres passam ao serem vítimas de violência doméstica. A primeira, é a construção da tensão, ou seja, nessa fase a vítima tenta acreditar que pode acalmar e fazer com que o agressor não a agrida, algumas vezes ela torna-se vitoriosa e acredita que pode convencê-lo sempre para que não cometa a violência. Já a segunda fase é o ápice de tensão e, a mulher está com muito medo de que não possa controlá-lo como da primeira vez, então, foge. E, por fim, a terceira fase, é a reconciliação, em que o agressor promete que vai mudar e trata a vítima com gentileza. Nessa última fase, a vítima tem o estímulo de permanecer na relação, acarretando a

continuidade desse ciclo e, poderá permanecer incansavelmente por muitos anos e, sob uma perspectiva geral, leva-se de nove a dez anos para que vítima rompa definitivamente esse ciclo vicioso (BIANCHINI, 2018, p. 154).

A Lei Maria da Penha, promulgada sob o nº 11.340 e sancionada em 7 de agosto de 2006, foi criada com o propósito de estabelecer mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (art. 226, § 8º) e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro (Convenção de Belém do Pará, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher). De uma maneira geral, a Lei é direcionada a enfatizar a responsabilidade que o Poder Público tem de assegurar o exercício pleno dos direitos dessas mulheres que são vítimas de violência em seu ambiente doméstico, além de distinguir as principais formas de violência existentes, estabelecer medidas que devem ser adotadas por todos que trabalham com o atendimento à vítima e agressor, dispondo sobre os procedimentos cabíveis e os meios de proteção imediata, como as medidas protetivas de urgência, que asseguram à vítima, conforme o caso, o distanciamento do agressor, bem como um atendimento psicológico à mulher e aos familiares envolvidos no ambiente doméstico (IMP, 2021, s.p).

A Lei foi criada através da história de Maria da Penha, farmacêutica, casada com um professor universitário, vítima de duas tentativas de homicídio praticadas pelo seu marido, ficando paraplégica em 1983 em razão de uma delas. Houve dois julgamentos pelo Tribunal do Júri, mas o agressor foi preso somente em 2002 e cumpriu apenas dois anos da pena. Diante a repercussão dos fatos, o caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados

Americanos (OEA), que condenou o Brasil a pagar indenização de 20 mil dólares à Maria da Penha, além, da recomendação da adoção de medidas para simplificar a tramitação processual e diminuir os índices de violência doméstica no País. (FERNANDES, 2015, p. 16).

Entretanto, mesmo diante de um litígio internacional, havendo uma grave violação de direitos humanos e deveres protegidos por documentos, que o próprio País, conforme citado acima, permaneceu omissivo e não se pronunciou em nenhum momento durante o processo. Assim, pela falta de medidas legais e ações efetivas, como acesso à justiça, proteção e garantia de direitos humanos a essas vítimas, em 2002, foi formado um Consórcio de Organizações não Governamentais (ONGs) Feministas para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Em 2006, chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei de Câmara nº 37/2006) e foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas. As recomendações dadas pela sanção da CIDH, foi reparar Maria da Penha tanto pelo dano material quanto simbolicamente, sendo que o Estado do Ceará pagou a ela uma indenização e o Governo Federal batizou a lei com o seu nome como reconhecimento de sua luta contra as violações dos direitos humanos das mulheres (CALAZANS; CORTES, 2011, s.p).

A partir da compreensão do que é a violência doméstica no âmbito familiar e do contexto geral da Lei nº 11.340/06, interpretam-se os seus objetivos em conformidade com os seus artigos. Nota-se que, no artigo 5º, a aplicabilidade da Lei é delimitada à violência praticada contra a mulher baseada no gênero, no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto. Portanto, a Lei Maria da Penha não trata de toda e qualquer violência contra a mulher, mas, na desigualdade de gênero e, a violência de gênero, ocorre principalmente pela supervalorização dos papéis exercidos pelos homens na sociedade (BIANCHINI, 2018, p.34).

Ao agressor, a Lei prevê que haja encaminhamento a Centros de Educação e Reabilitação. Entretanto, na prática, são poucas as Comarcas que dispõem desse recurso. Insta informar que há engajamento para a criação desses centros, todavia, existe uma resistência da sociedade, de alguns movimentos feministas e até do próprio Judiciário, pois não visualizam a possibilidade de reabilitação desses agressores e o rompimento desse incansável ciclo de violência doméstica. Assim, o objetivo dos centros de reflexão para homens autores da agressão seria a ressocialização do condenado, com auxílio de técnicas de psicoterapia, tendo em vista que diversos desses agressores vieram de uma cultura patriarcal, em que eram agredidos ou eram testemunhas de violência doméstica, quando viam seus pais agredirem suas mães, considerando aquelas agressões como uma forma natural e certa (BIANCHINI, 2018, p. 72).

Dessa forma, a partir dos tópicos seguintes serão apresentadas as im(possibilidades) que o ordenamento jurídico brasileiro traz para que haja a ruptura desse ciclo de violência, afinal, a Lei nº 11.340/06, protege as mulheres agredidas no âmbito familiar, mas como é sabido, na prática, a essas mulheres não é oportunizado esclarecer o real motivo da violência sofrida. Muitas continuam com o medo pelo resto de suas vidas, sem entender o porquê da agressão e como podem se livrar desses episódios que as atormentam.

É necessário distinguir que o crime não é apenas uma ofensa contra a sociedade ou contra o Estado, mas, principalmente, uma ofensa contra a vítima. Assim, é fundamental se considerar a dimensão interpessoal do crime, estendendo o olhar para as causas, sentimentos, necessidades decorrentes de uma infração, sobretudo, àquelas perpetradas no âmbito da violência doméstica.

3 A possibilidade do uso dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASC) nos casos de violência doméstica

Conforme exposto acima, a Lei da Maria da Penha traz várias vedações e, uma delas é a aplicação da Lei nº 9.099/95, que trata do Procedimento Sumaríssimo pelos Juizados Especiais Criminais. Essa vedação se refere a todos os crimes praticados no âmbito da violência doméstica, sendo os que decorrem de qualquer ação ou até mesmo omissão referente ao gênero, conforme a previsão expressa no artigo 5º da referida Lei. Assim, mesmo que o autor do fato cometa crime considerado de menor potencial ofensivo⁴ contra mulher no ambiente doméstico, não terá direito a transacionar ou à concessão da suspensão condicional do processo. Portanto, qualquer crime que não ultrapasse a pena máxima de dois anos é considerado crime de menor potencial ofensivo, como, por exemplo, pode-se citar a ameaça praticada contra a mulher e, no contexto da violência doméstica, não será aplicado em hipótese alguma a Lei nº 9.099/95 (MALULY; DEMERCIAN, 2008, p. 60).

Um importante avanço na justiça brasileira foi a consolidação e legitimação dos MASC, instituídos através da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, definiu como método adequado para resolver os conflitos a negociação, a conciliação e a mediação. Dessa forma, independentemente do MASC utilizado, é notório que o resultado será mais eficaz e satisfatório para ambas as partes, pois poderão expressar suas necessidades, dores e receios, argumentos esses que em um processo judicial dificilmente será levado em consideração. Portanto, com a utilização do MASC sempre haverá um olhar mais humanizado da

⁴ [...] são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa. Não existe mais nenhuma restrição aos crimes a que a lei preveja procedimento especial, como na redação original da Lei nº 9.099. Com isso, diminuiu sensivelmente a incidência de inquérito policial em crimes dessa natureza, posto que, nesses casos, não haverá inquérito policial, mas mero termo circunstanciado (LOPES JR, 2020, p. 242).

justiça, resultando em processos mais céleres e com resultados imediatos para as partes conflitantes (GLÓRIA; LOPES, 2020, p.268-291).

Contudo, a Lei Maria da Penha não deixa lacunas para a aplicação do MASC, em que pese, na realidade, seja uma prática já realizada em muitos locais no Brasil. Doutrinariamente, existem dois principais posicionamentos críticos, um é contrário, tendo em vista que as vítimas ao sofrerem a violência se tornam vulneráveis para negociar, acarretando em uma desigualdade de poder da fala, bem como a falta de suporte técnico do Judiciário para fornecer essa possibilidade conciliatória e a aparência de que o agressor não seja punido socialmente, não havendo, portanto, a mudança de comportamento. E o outro, seria o posicionamento favorável, o qual argumenta que o MASC é compatível com os crimes de menor potencial ofensivo em que tenha envolvimento de relacionamentos conjugais, considerando que o agressor, ao estar com a vítima novamente, poderá se conscientizar da conduta praticada e não retornar a cometer novos delitos (FERNANDES, 2015, p. 135).

É necessário ressaltar que, após a promulgação da Lei Maria da Penha, houve um encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, em que deliberaram através de Enunciados⁵ acerca da inconstitucionalidade ou não da aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica, pois, a Lei Maria da Penha não poderia retirar a aplicabilidade de outra Lei, no caso a nº 9.099/95, mesmo havendo o preenchimento de todos os requisitos para sua aplicação. Todavia, os Enunciados não foram considerados, pois

⁵ Enunciado nº. 82: “É inconstitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 ao afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I e 50, I, da Constituição Federal.” Enunciado nº. 83: “São aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006.” Enunciado nº. 88: “É cabível a audiência prévia de conciliação aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo de pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006”.

o Ministro Marco Aurélio de Mello, em 2012, julgou a Ação Direta de Constitucionalidade nº 19, afirmando que as mulheres vítimas de violência doméstica estão vulneráveis em todos os aspectos, tanto fisicamente como psicologicamente, dessa forma, argumentou que não seria cabível aplicação da Lei nº 9.099/95 nos Juizados Especiais, pois seria uma confrontação a todos os direitos conquistados por todas as mulheres.

Em contrariedade, há na Argentina a Lei de Proteção Integral para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra as Mulheres, sob o nº 26.485/2009, proibindo, conforme o artigo 28, a designação de audiências de mediação ou conciliação. Já no Chile, há a Lei de Violência Intrafamiliar, sob o nº 20.066/2005 que, em seu artigo 19, veda a realização de acordos reparatórios nos processos por delitos de violência doméstica. E, em sentido favorável, há a Angola que possibilita encontros reconciliatórios entre agente e vítima, na presença de um mediador, com a finalidade de restaurar a harmonia familiar e social e a tutela dos legítimos interesses da vítima e do agente do crime de violência doméstica, estabelecido no artigo 1º, 2º e 22 (FERNANDES, 2015, p. 138-139).

Deve-se mencionar também que a Lei criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, portanto, há um amparo preventivo e assistencial à vítima e ao agressor, bem como para os familiares e testemunhas. Dessa forma, é notório que não há como dizer que a Lei Maria da Penha ao vedar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais nos casos de violência doméstica, seja totalmente retribucionista e que o objetivo seja só punir o acusado. Entretanto, a aplicação dos MASC aos crimes de potencial ofensivo, poderia auxiliar no rompimento do ciclo da violência doméstica, potencializando a figura da vítima e auxiliando igualmente o ofensor, no sentido de proporcionar a eles uma resposta em face daquela conduta, para poder seguir o seu futuro sem

questionamentos, sem mágoas e com algum sentido para seguir em frente. Seria a ideia de uma justiça mais humanizada.

Há estudos que demonstram que os homens agressores, ao frequentar centros de reabilitação, relatam que a mulher era quem incentivava a prática da violência e que eles não sabiam que era crime aquilo que estavam cometendo e, muito menos, que mereciam alguma punição, afinal, era algo que acontecia dentro das suas casas e que o Estado, como justiça, não deveria intervir (FERNANDES, 2015, p. 172). Dessa forma, se percebe o quanto é importante aplicar o MASC à vítima e ao agressor, pois, por muitas vezes, o agressor cumpre sua pena, mas não é reeducado, razão pela qual, continua acreditando que fez o certo e que a mulher era quem estava errada, continuando assim, a praticar a violência doméstica.

É necessário a compreensão de que aplicação dos MASC será eficaz para alguns casos de violência doméstica, sobretudo, naqueles em que há violência psicológica e moral, pois ajudará a vítima a enfrentar esse conflito e ajudará a entender porque está passando por aquela situação, tendo em vista que, na maioria das vezes, a vítima acha que é culpada e por não ter a possibilidade de esclarecer as origens desse conflito, passa anos ou uma vida com esse sentimento. O agressor tende a receber a sua punição no final do processo criminal, mas, questiona-se o resultado e segurança que a vítima possui após esse término, além da medida protetiva, pois essa tem validade e, ao decorrer desse prazo, a justiça não estará na casa dessa vítima ou de outra mulher para impedir que aquele agressor volte a cometer a violência doméstica.

Um princípio constitucional que deve ser usado como forma de alicerce para aplicação dos MASC em alguns casos de violência doméstica, é o princípio da autonomia privada, pois as partes são convidadas a participar, ou seja, não é afastado o acesso à justiça, conforme previsão

constitucional no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, pelo contrário, os métodos consensuais de solução de conflitos, aproximam as partes de uma justiça mais humanizada e célere, além de proporcionar um resultado efetivo. Portanto, além do princípio da autonomia privada deve ser utilizado o princípio da autodeterminação, tendo em vista que as partes têm o direito de optarem ou não pelo método, sendo afastado qualquer tipo de coerção ou imposição, deixando-os livres para dar prosseguimento na ação ou tentar uma solução para aquele conflito previamente (BARBOSA, 2018, p.148).

Dessa forma, nos casos de violência doméstica deve haver um cuidado redobrado, pois quase todas as vítimas têm suas capacidades decisórias prejudicadas pelo abalo sofrido durante a relação e, principalmente, pela violência a que foram expostas. Ademais, a não observância do princípio da autodeterminação nos casos de violência doméstica leva a ilicitude, ocasionando o não reconhecimento do método aplicado na esfera jurídica e responsabilidade por danos futuros. Cada caso deve ser observado em suas peculiaridades, bem como a situação que a vítima se encontra e se realmente deseja participar de um procedimento alternativo, salientando que, o objetivo primordial dos MASC não é o restabelecimento do vínculo conjugal, mas a oportunidade daquelas partes poderem dialogar, principalmente, quando o casal teve filhos juntos. Outrossim, qualquer situação de vulnerabilidade da vítima acarretará em violação de direitos humanos (BARBOSA, 2018. p.148).

Conforme se observa, a aplicação de meios consensuais de solução de conflitos, a exemplo da mediação, especialmente nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, previstos na Lei nº 9.099/95, seria um instrumento complementar ao processo, já que não lhe retira a autonomia e poderia atuar ao lado da esfera penal, conferindo uma resposta à dimensão interpessoal do crime. Nesse sentido, cumpre mencionar outro

MASC que vem se consolidando e crescendo exponencialmente perante o Poder Judiciário brasileiro ao promover um olhar mais profundo e verdadeiro sobre o conflito a partir da aplicação do Direito Sistêmico.

4 As Constelações Familiares e o Direito Sistêmico: noções essenciais

A Constelação Familiar é uma abordagem sistêmica fenomenológica, que visa o conhecimento nos fenômenos da consciência, ou seja, a interpretação se dá através do que há na consciência do indivíduo. É usada como forma de terapia, desenvolvida pelo filósofo, teólogo e psicoterapeuta Bert Hellinger, que nasceu na Alemanha em 1925 e faleceu em 2019. Durante sua vida vivenciou as realidades da Segunda Guerra Mundial, em que acabou sendo prisioneiro em um campo de concentração na Bélgica. Posteriormente, conseguiu retornar à Alemanha, onde entrou na Ordem dos Jesuítas. Em 1950 foi enviado como missionário para África para desenvolver trabalhos nas tribos Zulus. O contato constante com esses grupos fez Hellinger perceber que sua forma de trabalhar valorizava o diálogo, a experiência humana e individual, bem como, a fenomenologia e, como consequência, resolveu estudar psicanálise (*HEINZEN FILHO; SILVA NETO, 2017, s.p*).

De acordo com Hellinger, a Constelação Familiar baseia-se em três leis naturais que regem os relacionamentos humanos, designadas de *Ordens do Amor*, a saber: hierarquia, pertencimento e equilíbrio, as quais atuam com um papel fundamental para que haja harmonia em um sistema familiar (HELLINGER, 2007, s.p). Considerando que os relacionamentos interpessoais funcionam com a conexão de campos de consciência, ou seja, através da fenomenologia, as leis sistêmicas têm como principais funções regular esses campos, trazer o equilíbrio às relações, o pertencimento àquele determinado grupo ao qual fazem parte e estipular a hierarquia necessária para um bom convívio (GRAÇA, 2015, p. 63). Portanto, é

importante um aprofundamento no conhecimento das Ordens do Amor, para ter um melhor entendimento sobre o assunto.

A primeira Lei Sistêmica é a Hierarquia ou Ordem de Origem, que considera quem chegou primeiro no grupo familiar, tendo em vista que cada grupo possui uma hierarquia, a ser respeitada a partir do momento da chegada ao sistema familiar. Contudo, esta lei prevê que os mais velhos devem ser respeitados, uma vez que, foi através deles que se originou a família, bem como, por serem mais experientes, tornando o sistema familiar uma escola de aprendizados. Hellinger explica que, no momento em que não há o reconhecimento hierárquico, a organização familiar será violada, o que gerará conflitos como forma de honrar quem veio antes (HELLINGER, 2012, p.19). Portanto, para que não haja conflitos hierárquicos, deve ser respeitada a ordem de chegada de cada membro do grupo familiar, ou seja, a pessoa que chegou primeiro no sistema possui prioridade sobre aquela que entrou posteriormente.

A segunda é a Lei do Pertencimento, que trata do direito de pertencer que todos os membros de um sistema familiar possuem, pois, a totalidade desse grupo tem seu papel fundamental dentro de uma família. Assim, todos devem ter seu espaço respeitado, não podendo ser excluído ou substituído para exercer sua atribuição no seu âmbito familiar. Logo, quando os membros da família têm seu reconhecimento, não há conflitos, principalmente, em casos de julgamentos morais, tendo em vista que o grupo familiar está preocupado apenas em acolher aquele membro, pois o bem maior é a família e os episódios dolorosos do passado devem ser superados (KOZINER, 2021, s.p).

Um exemplo de exclusão é quando um membro da família comete um crime e, muitas vezes, é afastado e ignorado de seu direito de pertencer àquele sistema. Assim, ao chegarem novos membros para esse grupo, a tendência é de se repetir os atos impostos ao membro que foi rejeitado

anteriormente. Isso só terá um fim quando o sistema familiar reconhecer a importância desse membro excluído e inseri-lo novamente, ainda que de forma simbólica, concedendo-lhe um lugar no coração. Assim, quando esse membro recusado é reconhecido como pertencente pelos membros remanescentes, esse período de exclusão é suprido pelo amor e respeito. E esse reconhecimento é dado através das Constelações Familiares, pois ajudam os membros a reconhecer o fato de que todos fazem parte desse sistema, independentemente das circunstâncias levadas ao afastamento (VIEIRA, 2017, s.p).

E, por fim, a terceira Lei é a do Equilíbrio, também chamada de compensação, pois trata-se de um sistema em que a troca deve ser equivalente, ou seja, igual, dando algo para que se receba na mesma proporção. Portanto, é fundamental que haja um crédito e um débito em todos os relacionamentos para evitar um desequilíbrio entre as relações. Conforme as relações de um grupo familiar, os seus membros devem trabalhar em favor do bem comum, deve-se retribuir com maior intensidade aquilo que lhe foi dado. Deve-se retribuir em igualdade aquilo que se recebe de bom e dar em troca com menor intensidade aquilo que recebe de ruim, pois o perdão deixa o indivíduo em posição de superioridade em relação ao outro (CARMO, 2015, p.35). Como exemplo, tem-se o casamento, pois ao estar em uma relação diária em que um dá mais do que recebe, ou vice-versa, conseqüentemente, em algum momento da relação as cobranças virão e a parte que se sentir injustiçada sairá frustrada e decepcionada com a outra, podendo, inclusive, levar ao fim da relação.

Considerando a abordagem das três Leis Sistêmicas, é necessário que haja o reestabelecimento das leis nos sistemas familiares, que se dá através da Constelação Familiar ou do conhecimento do pensamento sistêmico. Sendo um possível método de solução de conflitos tendo em vista que, cada

membro busca as ordens naturalmente em seus relacionamentos, de maneira que, quando desrespeitadas, surgem os conflitos, os quais em determinadas situações geram demandas judiciais, pois a convivência e o diálogo não são mais suficientes para resolver o problema. Assim, as partes recorrem ao Poder Judiciário na esperança de resolver questões de natureza familiar, entretanto, são frustradas, pois recebem apenas uma decisão que será favorável, na maioria das vezes, para uma só parte. Portanto, o presente estudo demonstra o quanto as constelações sistêmicas auxiliam na resolução de conflitos de maneira mais célere, justa e eficaz.

As Constelações Familiares são aplicadas no ordenamento jurídico, através do que se designa de Direito Sistêmico, expressão criada pelo Juiz de Direito, Sami Storch, que levou o pensamento sistêmico para dentro da Vara de Direito de Família em que atuava, no estado da Bahia. Atualmente, Sami Storch está em exercício na Comarca de Ibituna, no Estado da Bahia e, foi em 2006, que começou a ministrar palestras e *workshops* sobre as Constelações Familiares, resultando em um índice significativo de acordos nos processos que envolviam conflitos familiares (STORCH, 2021, s.p).

A utilização da técnica, na Bahia, serviu de exemplo para outros Estados aderirem ao método e, aproximadamente, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, há dezesseis estados brasileiros utilizando as constelações, um deles é o Tribunal de Justiça de Goiás, ganhador do primeiro lugar no V Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo CNJ, em que foi apresentado a constelação familiar como método de solução de conflitos nas sessões de mediação. O Juiz Paulo César Alves, coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça de Goiás, relatou o índice de 94% de solução pra os conflitos ao usar a técnica (BANDEIRA, 2016, s.p).

Recentemente, a 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais regulamentou o uso das Constelações Sistêmicas na solução de conflitos judiciais por meio da Portaria nº 3923/2021, elaborada com o apoio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos (NUPEMEC), sendo publicada dia 26 de março de 2021, com instruções para a utilização dessa ferramenta nos casos de conciliação e mediação. A aplicação se dará através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Estado e também nas iniciativas que envolvam a Justiça Restaurativa, em que a utilização da Constelação Sistêmica poderá ser sugerida pelo juiz, pelo conciliador, pelo representante do Ministério Público ou pelo mediador durante a sessão de conciliação/mediação ou pelo facilitador da prática restaurativa. O uso do recurso também poderá ser requerido pela parte, pelo advogado ou pelo defensor público. Na Portaria se estabelece a obrigatoriedade de o facilitador voluntário possuir formação mínima em Constelação Sistêmica ou Familiar, comprovada prática na aplicação do método e formação em mediação judicial/extrajudicial nos moldes estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (MINAS GERAIS, 2021, s.p).

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça de Alagoas, no primeiro semestre de 2021, regulamentou através da Portaria nº 02/2021, do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos e Cidadania (NUPEMEC), a aplicação das Constelações Familiares ao Judiciário de Alagoas. A técnica será usada de forma sistematizada na Justiça Estadual, em que as partes envolvidas no processo, bem como, o juiz, Ministério Público, Defensoria, advogado, equipe multidisciplinar ou perito, até mesmo os mediadores e conciliadores no momento da audiência ou em qualquer fase do processo, poderão sugerir a aplicação da Constelação nos casos em questão. O uso da técnica ao Judiciário, será utilizado em processos de família, violência doméstica e abuso de crianças

e adolescentes. Os magistrados informam que, atualmente, estão obtendo acordo em quase 90% dos processos de família, outrossim, as sessões serão conduzidas por um facilitador aprovado e selecionado pelo NUPEMEC, por meio de uma Comissão específica, que ainda está em formação. Esse facilitador, conforme a Portaria, deverá ser graduado em curso de ensino superior, bem como, possuir certificado de formação em cursos, treinamento workshop em Constelação (AASP, 2021, s.p).

A constelação familiar é uma ciência que permite que o representante acesse o campo morfogênético sistêmico daquele indivíduo constelado, em que estão armazenadas todas as suas informações. Portanto, pode-se dizer que esse campo é uma espécie de depósito de memórias. Todavia, é importante salientar que não é nada místico, religioso ou sobrenatural, mas uma habilidade humana comprovada cientificamente, usada em prol das outras inúmeras formas de terapias utilizadas pelo mundo. A expressão campos morfogênicos ou campos mórficos foi criada pela teoria do biólogo inglês Rupert Sheldrake, que define que estes campos levam informações e são utilizáveis através do espaço e do tempo sem perda alguma de intensidade depois de ter sido criado. Eles direcionam as atitudes para que haja uma alta probabilidade de eventos repetitivos acontecerem de tal forma como o passado, ou seja, leva o indivíduo a agir com o mesmo hábito do passado, pois isso ainda está presente em seu campo morfológico (HENDGES, 2011, s.p). Assim, na prática de uma Constelação, estes campos serão sentidos e, posteriormente rompidos, na medida do possível, para que não haja essa repetição de padrões comportamentais do passado.

Dessa maneira, torna-se possível compreender que essa ciência de viés terapêutico pode ser empregada no âmbito do Poder Judiciário como um mecanismo de solução eficaz de conflitos. No tópico a seguir serão apresentadas as formas para que essa técnica seja utilizada nos casos de

violência doméstica e, conseqüentemente, no auxílio das vítimas e agressores.

5 A aplicação do Direito Sistêmico nos casos de violência doméstica

Nesse contexto, cumpre mencionar a importância da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo é instituir a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos. Sendo mencionado em seu artigo 7º a obrigatoriedade dos Tribunais dos Estados brasileiros de implantar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, com intuito de estimular a busca por soluções extrajudiciais para resolver conflitos.

Outrossim, a Resolução nº 125/10 também traz, em seu artigo 8º, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que têm como principal objetivo a realizações de sessões e audiências, tanto de conciliação como de mediação, na fase pré-processual, em que deve haver juízes e serventuários da justiça capacitados para tais situações. As pessoas encaminhadas ao CEJUSC devem passar por uma triagem para que haja utilização da técnica mais adequada para a sua situação. Entretanto, por mais que haja a indicação de qual método de solução de conflito será aplicada, as partes poderão indagar e escolher qual considerar mais pertinente e confortável para elas (LUCHIARI, 2016, p. 08-09). Nesse viés, por mais que a Resolução nº 125/10 seja eficaz e tenha efetividade nas demandas a qual é aplicada, a violência doméstica não está prevista em seus dispositivos.

A partir desta lacuna, foi criada a Resolução nº 225/2016 do CNJ, em que foi instituída a Justiça Restaurativa, com possibilidade de aplicação aos casos de violência doméstica. Logo, seu objetivo é fomentar a ampliação da justiça restaurativa nos processos criminais, podendo ser aplicada nas causas de menor potencial ofensivo, garantindo o acesso à justiça de forma

justa, respeitando o princípio da dignidade humana e do devido processo legal. Assim, tanto a acusação representada pelo Órgão Ministerial, quando a defesa, poderão requerer em qualquer fase do processo aplicação do MASC, ou seja, a possibilidade da vítima e do acusado poderem resolver seus conflitos. Dessa forma, é notória a intenção do legislador de priorizar o diálogo entre as partes, pois, na maioria das vezes, a vítima não tem voz em um processo criminal para expor os reais conflitos existentes, as dores e as mágoas trazidas pelas agressões, restando feridas abertas e não sendo rompido o ciclo da violência (DANTAS JR; MARQUES, 2016, s.p).

Os meios adequados de solução de conflitos partem dos princípios humanistas, demonstrando que a justiça restaurativa requer restaurar laços afetivos, curar feridas trazidas por um conflito, ao invés de punir. Sabe-se que o índice de reincidência não diminui após uma sentença condenatória dada pelo Juízo Criminal e que as prisões, as imposições de penas em regimes rigorosos trazem dor e ressentimento aos condenados, gerando, na maioria das vezes, o sentimento de raiva, ocasionando em novos episódios de violência quando são soltos. Assim, o termo restaurar faz-se necessário quando tratar de casos de violência doméstica, pois, naquele conflito, havia laços afetivos que foram rompidos e, o perdão e a expressão de ressentimentos e dores poderão resultar no fim deste ciclo (FARIA, 2016, s.p).

E, a aplicação da Constelação Familiar no âmbito do Poder Judiciário se legitima no próprio contexto da Resolução nº 225 do CNJ que, ao trazer a Justiça Restaurativa enquanto um meio adequado de solução de conflito, abriu espaço para que outras metodologias também pudessem ser aplicadas diante de infrações penais, como é o caso da violência doméstica.

Um aspecto que vem sendo abordado sobre o direito sistêmico é o fato da reconciliação após o uso da técnica nas demandas, o que poderia gerar novamente conflitos entre o casal e novas agressões, entretanto, a

consciência atingida, principalmente a do agressor, está rompendo com os ciclos de violência e isso pode ser provado conforme os exemplos posteriormente abordados. Afasta-se assim a ideia de que para romper o ciclo, necessariamente, precisa ser rompido o vínculo conjugal, ao contrário, as agressões só serão cessadas a partir do momento em que o agressor entendeu o mal que está causando naquela vítima e em seus familiares. Outrossim, percebe-se que a escolha de parceiros não é aleatória, mas, de alguma forma sistêmica, pois, quando se cresce em um ambiente de violência, há uma grande chance de se repetir esse padrão, buscando parceiros que reproduzam essas vivências. Os indivíduos através da Constelação são provocados a ter consciência e perceber por que agem daquele modo e de onde vem essas posturas disfuncionais inconscientes (MADALENO, 2018, s.p).

Nesse viés, cabe ressaltar exemplos de algumas Comarcas, em que as Constelações vêm sendo aplicadas nos casos de violência doméstica e com grande índice de redução da reincidência. Menciona-se, portanto, a 1ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Cuiabá/MT, conduzida pelo juiz Jamilson Haddad Campos, que iniciou, no ano de 2016 a aplicação da técnica das constelações familiares. O magistrado Jamilson relata que a técnica possibilita às vítimas o entendimento sobre o que estão passando e por qual motivo estão vivenciando a violência dos seus parceiros, as tornando mulheres mais empoderadas e seguras, através das leis sistêmicas abordadas. Por outro lado, o juiz informa que, quanto aos agressores, a dinâmica é diferente, pois se busca o conhecimento dos referidos sobre o machismo patriarcal, aplicando as leis sistêmicas para esse padrão ser rompido, ocasionando um olhar mais conscientes das suas atitudes, bem como o rompimento das práticas abusivas e violentas causadas as suas companheiras (MOURA, 2016, s.p).

Há também a aplicação pelo CEJUSC na comarca de Francisco Beltrão/PR, com o projeto “Desatando Nós”, em que o foco são as vítimas de violência doméstica. Primeiramente, ocorre uma triagem pelo juízo da Vara Criminal, em que a Delegacia, que recebe o caso, convida a vítima a participar do projeto após a instauração do inquérito policial e aplicação de medidas protetivas. No início da dinâmica, ocorre uma palestra introdutória, explicando o que são as Constelações e as leis sistêmicas. Em seguida, as vítimas são convidadas a participarem de oficinas que estimulam o diálogo e alguns exercícios sistêmicos de reflexão, em que já ocorre posteriormente a Constelação. O projeto começou em 2017 só com as vítimas, todavia, com exponencial resultados positivos, os agressores, a convite das vítimas, começaram a participar, o que resultou em um grande avanço no projeto (DIEL, 2017, p. 16).

Da mesma forma ocorre na Comarca de Parobé/RS, em que a Juíza Lizandra dos Passos criou o projeto “Justiça Sistêmica: Resolução de conflitos à luz das Constelações Familiares”, com objetivo inicial de atender os casos de violência doméstica devido ao grande índice de situações na Comarca. É importante salientar que, de imediato, a Juíza iniciou com dois grupos, um destinado aos homens agressores e outro às vítimas, as mulheres, entretanto, ao vislumbrar os resultados positivos entendeu que seria mais benéfico se houvesse um grupo misto com homens e mulheres, de todo modo, sem a presença no mesmo grupo da vítima e do agressor, para que não houvesse a opressão e constrangimento para a mulher. Então, criados os grupos mistos a Juíza observou que o empoderamento feminino cresceu consideravelmente e, principalmente, foi possível perceber a reconciliação de dois gêneros, o masculino e o feminino, havendo igualdade de falas e posicionamentos. A Juíza Lizandra salienta que não há acordo nesse tipo de processo, mas o índice de não reincidência processual foi de 93,8% (DIEL, 2017, p. 17).

Por fim, é importante salientar que há também, por força do artigo 152, parágrafo único, da Lei nº 7210/84 - Lei de Execução Penal (LEP), a possibilidade da aplicação das constelações familiares aos agressores condenados por praticar violência doméstica. O texto da Lei permite que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor ao programa de recuperação e reeducação. Para melhor entendimento desta previsão legal é necessário compreender que, historicamente, a aplicação da pena visava apenas a punição do condenado, acreditando que poderia ressocializá-lo. Entretanto, sabe-se que não é isso que acontece, dessa forma, aos poucos, a LEP começou a evoluir e ter outros objetivos, conforme demonstrado no seu artigo 1º, o qual prevê a aplicação da pena de forma digna para que o condenado volte à sociedade se sentindo acolhido; não recriminado.

Nessa perspectiva, através de lacunas que a LEP deixou ao estabelecer meios de ressocialização do apenado, o direito sistêmico começou a ser aplicado, principalmente, por ter como objetivo o acolhimento e não o repúdio à conduta do outro indivíduo. Assim, a técnica das Constelações Familiares traz ao preso aceitação à punição estatal, bem como a consciência do delito cometido, do sofrimento causado aos familiares e, principalmente, a origem das repetições de padrões, como, por exemplo, as agressões domésticas as suas companheiras. O poder de escuta e de fala em um ambiente com péssimo saneamento básico e na condição de sua liberdade privada traz um papel muito importante para aquele preso, afinal, ele foi excluído do seu ambiente familiar e social e, possivelmente, quando cumprir sua pena, não terá o acolhimento de todos. Dessa forma, a prática das Constelações em ambientes carcerários tem o objetivo de diminuir a criminalidade, o número de presos, visando uma sociedade mais segura e mais humana, sem discriminação, mas com amparo. Outrossim, a técnica gera um melhor comportamento e convivência dos presos no cárcere (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p. 131).

Desta forma, se percebe o quanto está sendo eficaz a aplicação das Constelações Familiares aos casos de violência doméstica. O poder de escuta, de fala e de observação orientam as partes a resolverem o conflito e, principalmente, a curar feridas trazidas pela violência. Assim, através de todo o exposto, deve-se considerar as Constelações Familiares uma alternativa eficaz para o rompimento de novos episódios de violência doméstica, podendo resultar na interrupção de um ciclo incansável de dor, feridas e mágoas tanto para a vítima como para o agressor.

Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que, por mais que haja vedação na Lei nº 11.340/06 na aplicação do MASC, as Resoluções nº 125/2010 e nº 225/2016 legitimam o uso da técnica das Constelações Familiares, sendo este o fundamento jurídico utilizado nas Comarcas que já estão aplicando aos casos de violência doméstica. Primeiramente, deve-se ter o reconhecimento por parte dos operadores do Direito de que o ciclo da violência doméstica não é rompido pela punição trazida no Processo Penal brasileiro, sendo sabido que, a tendência, é que o agressor cumprirá a pena e voltará a cometer novos delitos, e, na maioria das vezes, figurando como vítima a mesma mulher.

O Direito Sistêmico deixa claro que o uso das Constelações e do pensamento sistêmico nos casos de violência doméstica não tem o objetivo de eximir a pena ao agressor, mas propor uma ressignificação das causas que promovem a violência para que haja uma redução no cometimento de novos episódios, bem como, a aceitação do cumprimento da pena de forma mais pacífica, em caso de condenação. Desse modo, para que a consciência do agressor seja atingida e possa ser rompido esse ciclo da violência, é preciso que haja o reconhecimento por parte deles, havendo, portanto, a necessidade de ser trabalhado e uma das formas é através das

Constelações, impulsionando a conscientização acerca das dinâmicas ocultas que estão por detrás dos comportamentos violentos e da vitimização recorrente. A aplicação da Constelação Familiar é um complemento ao Poder Judiciário, trabalhando lado a lado, tendo em vista que o Processo Penal é autônomo e a responsabilização pelo crime deve ocorrer em caso de comprovação.

À vista disso, os resultados positivos para o uso da técnica foram demonstrados através dos exemplos de algumas Comarcas do País, em que se percebe que o método possibilita às vítimas a entenderem o que estão passando e por qual motivo estão vivenciando a violência dos seus parceiros, tornando-as mulheres mais empoderadas e seguras, através da consciência atingida pelas leis sistêmicas abordadas. Por outro lado, quanto aos agressores, a dinâmica é diferente, pois se busca o conhecimento sobre o machismo patriarcal, aplicando as leis sistêmicas a fim de trazer consciência acerca da origem de comportamentos abusivos e violentos causadas as suas companheiras.

Outrossim, a técnica está sendo abordada também aos agressores presos, em que se busca estabelecer meios de ressocialização. O Direito Sistêmico começou a ser aplicado, principalmente, por ter como objetivo o acolhimento e não o repúdio à conduta do outro indivíduo. O objetivo da aplicação é trazer aos presos a aceitação da punição estatal, o poder de escuta e de fala, diminuindo a criminalidade, bem como, um melhor comportamento e convivência dos presos no cárcere, possibilitando, a longo prazo, uma sociedade mais segura e mais humana, sem discriminação, mas com amparo.

A partir dessa visão sistêmica proposta no trabalho, percebe-se o quanto as Constelações Familiares proporcionam à vítima e ao agressor a compreensão da situação que estão vivenciando. A cura das feridas criadas

pela violência leva paz a todos os envolvidos, inclusive aos familiares que vivenciam de forma assistida a esse ciclo incansável nos seus lares.

Referências

AASP. ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. **TJAL regulamenta uso de constelações familiares nos processos judiciais**. 2021. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/tjal-regulamenta-uso-de-constelacoes-familiares-nos-processos-judiciais/>. Acesso em: 06. jun. 2021.

BANDEIRA, Regina. “**Constelação Familiar**” ajuda a humanizar práticas de conciliação no judiciário. Agência CNJ Notícias. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario>. Acesso em: 20. mar. 2021.

BARBOSA, Gabriella Souza da Silva. Uso de técnica de meio alternativo de resolução de conflitos e a autonomia das mulheres vítimas de violência doméstica à luz da bioética. **Revista Direito em Debate**, Ijuí/RS, n. 50, p. 139-151, Jul/dez. 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei n. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16. nov. 2020.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 27. set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 20. mar. 2021.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, n. 8, p. 1, 07 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 16. nov. 2020.

_____. Plenário do Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 9.2.2012**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 16. nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais sobre Violência Doméstica**. Enunciados. Rio de Janeiro, 1 a 3 de setembro de 2006. Disponível em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71621. Acesso em: 16. nov. 2020.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 04. abr. 2021.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARMO, Maria Scarlet do. **Uma Breve Apresentação sobre a Constelação Sistêmica Fenomenológica**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 2010**. DF, 29 nov. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 16. nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225 de 2016**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 20. mar. 2021.

DANTAS JR, Genival Torres; MARQUES, Guilherme Paulo. Breves reflexões acerca da (im)possibilidade de mediação penal nos casos de violência doméstica e familiar abrangidos pela Lei Maria da Penha. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, Ribeirão Preto/SP, n. 4, p. 524-544, out. 2016.

DIEL, Taís Ortolan. A aplicação das constelações familiares de Bert Hellinger como método auxiliar a conciliação. **Revista Faz Ciência**, Francisco Beltrão/PR, v. 19, n. 30, p. 79-98, Jul/dez, 2017.

FARIA, Ana Paula. **Mediação Penal: um novo olhar sobre a Justiça Penal**. 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1106>. Acesso em: 04. abr. 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAÇA, Maria Helena da. **Constelações familiares com bonecos e os elos de amor que vinculam aos ancestrais**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. Crise do Judiciário: o acesso à justiça garantido pelos métodos adequados de solução de conflitos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte/MG, v. 15, n. 2, p. 268-291, mai/ago 2020.

HEINZEN FILHO, Antônio.; SILVA NETO, João Januário. **Quem é Bert Hellinger?** 2017. Disponível em: <https://www.hsconstelacao.com.br/blog/27/08/19-a-historia-de-bert-hellinger>. Acesso em: 20. mar. 2021.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. Tradução de Newton de Araújo Queiroz. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

_____. **A simetria oculta do amor**. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

HENDGES, Antoni Silvio. **A Teoria dos Campos Mórficos do Biólogo Rupert Sheldrake**. 2011. EcoDebate. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2011/03/14/a-teoria-dos-campos-morficos-do-biologo-rupert-sheldrake-artigo-de-antonio-silvio-hendges/>. Acesso em: 20. mar. 2021.

IMP. INSTITUTO MARIA DA PENHA. **O que é a violência doméstica**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 16. nov. 2020.

KOZINER, Mario Angel. **Constelação Familiar de Bert Hellinger: as “Ordens do Amor”. O Direito de Pertencer**. Disponível em: <https://institutokoziner.com/constelacao-familiar-de-bert-hellinger-as-ordens-do-amor-o-direito-de-pertencer/>. Acesso em: 20. mar. 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Guia Prático de Funcionamento do CEJUSC**. 2.ed. São Paulo: Ipam, 2016.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. A violência doméstica sob a ótica sistêmica – uma experiência no Judiciário. **Revista do IBDFAM**, Belo Horizonte/MG, n.30, s.p, nov/dez 2018.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MINAS GERAIS. Portaria n. 3923, de 26 de março de 2021. Regulamenta a utilização das Constelações Sistêmicas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC e nas práticas restaurativas no Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**: Belo Horizonte, MG, 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/C9/12/0F/23/44F68710F6FAB6875ECBo8A8/PORTARIA%20N%203923-2021%203%20Vice-Presidencia>. Acesso em: 03. jun. 2021.

MOURA, Viviane. **Constelação fortalece vítima de violência**. Poder Judiciário de Mato Grosso. 2016. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/noticias/45404#.XZPIWfVkiUk>. Acesso em: 04. abr. 2021.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: Aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 1. ed. Joinville: Manuscritos, 2017.

OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher**. Disponível em: <https://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>. Acesso em: 20. mar. 2021.

STORCH, Sami. **O direito sistêmico**. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>. Acesso em: 20. mar. 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação Sistêmica no judiciário**. 1.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Impactos das redes sociais na democracia e os desafios jurídicos ¹

*Nathália Debiasi Salvi*²

*Janaína Rigo Santin*³

1 Introdução

Com a chegada das redes sociais, a sociedade se modificou profundamente em diversos aspectos, desde a maneira de se comunicar até a legitimidade do processo eleitoral. Nesse cenário, o presente artigo vem com o desígnio de alertar os cidadãos sobre as possíveis formas de manipulação *on-line* e, também, atizar uma reflexão aos juristas no que toca aos novos desafios do direito contemporâneo e às soluções factíveis referentes à desinformação.

A partir de pesquisa de revisão bibliográfica, pretende-se explicar como o voto e o resultado das eleições estão sendo manipulados, como a democracia está enfraquecida, como o Direito deve encarar a proteção dos dados pessoais, como você inconscientemente está sendo dominado pelas redes sociais e, por fim, encontrar as possíveis soluções para toda essa problemática.

¹ Artigo científico produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PIVIC-UPF. 180721@upf.br <http://lattes.cnpq.br/7680571421244766>. Orientada pela Janaína Rigo Santin no Grupo de pesquisa vinculado ao CNPQ “Dimensões do Poder”.

³ Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Bolsa CAPES). Doutora em Direito UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada e professora do Mestrado em Direito e Doutorado em História na UPF. Professora da faculdade de Direito da UCS. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. janainars@upf.br <http://lattes.cnpq.br/3213900043864696>.

2 A mentira maquiada de informação

Após a Revolução Digital, mormente com o surgimento da Internet, é possível fazer uma pesquisa em poucos segundos, assistir a vídeos de entretenimento, conversar com amigos distantes, fazer um pedido de comida, comprar um vestido sem sair de casa, entre outros benefícios.

Com todas essas comodidades e diversões *on-line*, os usuários perdem o controle sobre o tempo que permanecem em frente a um computador ou *smartphone* e, dessa maneira, ficam suscetíveis ao vício.

Em conformidade com o documentário “O Dilema das Redes”, isso acontece porque os algoritmos utilizam a psicologia para manter os usuários cada vez mais conectados. Nesse sentido, explora-se uma vulnerabilidade da mente humana através da tecnologia da persuasão que objetiva alterar nosso comportamento. Diante disso, nossa psique é exposta e fortemente controlada sem nós percebermos.

Um exemplo disso é que:

[...] o brasileiro permanece *on-line* em média nove horas e quatorze minutos por dia, perdendo apenas da Tailândia e Filipinas. Esse período diário que os brasileiros permanecem conectados, significam que, dos 365 dias do ano, aproximadamente 145 deles são conectados à internet (RAIS, 2020, p. 39).

Além disso, uma pessoa checa o celular, em média, 150 vezes ao dia (TRISTAN, 2016). Isso mostra que os algoritmos possuem um controle imensurável sobre nós, pois eles têm conhecimento sobre o que gostamos, o que não gostamos, o que queremos ler, o que estamos sentindo e usam todo esse complexo de dados para nos enviar informações que lhes interessam.

Esses números impressionantes são as consequências de uma sociedade que, de repente e sem preparo algum, foi inserida em um

mundo completamente virtual, sem saber como ele realmente funciona e quais atitudes, cuidados e desconfianças se deve ter.

Outrossim, o tempo *on-line* se torna ainda mais alarmante quando notamos que as pessoas passaram a buscar informações por meio das redes sociais e, por vezes, trocam jornais qualificados e confiáveis por uma simples postagem no Instagram de um perfil desconhecido. Nesse seguimento, “Trata-se do deslocamento parcial da importância da mídia tradicional para a Internet, assumindo essa um papel cada vez mais relevante como fonte de informação e como lugar do debate público.” (GROSS, 2020, p.94).

Em consonância com o inciso XIV, art. 5º da Constituição Federal, todos temos direito ao acesso à informação. Todavia, a concretização da prerrogativa se desmantelou por causa de um fenômeno que vem assolando, até mesmo, as maiores democracias do mundo: as famosas e, às vezes, indecifráveis *fake news*.

Não se pode obliterar, ainda, que não há um consenso jurídico no que tange ao conceito completo e perfeito de *fake news*, mas alguns pontos já podem ser afirmados. Nesse liame, uma notícia (apenas) falsa ou imprecisa é aquela em que o provedor não tem a intenção de enganar, já a notícia fraudulenta é aquela em que há intenção de mentir “[...], mas, mais que isso, mentir para prejudicar.” (CAMILLO, 2020, p.333), ou seja, há interesse em causar dano.

Entre os estudiosos sobre a temática, a palavra “desinformação” aparece como sinônimo de *fake news*. Na verdade, desinformação consegue explicar, de maneira clara e eficiente, o que são notícias fraudulentas e o que elas pretendem: desinformar.

Nesse meio, existem as *deepfakes* que é uma maneira muito técnica, qualificada e que abrange tecnologias avançadas para espalhar desinformação por meio de vídeos “[...] cuja imagem e áudio são

adulterados com o intuito de manipular a população.” (RAIS; SALES, 2020, p.29).

Com toda essa tecnologia maligna, se torna extremamente difícil fazer alguém crer que aquilo que estão vendo e/ou ouvindo são falsos. Dessa forma, lastimavelmente, “É mais fácil enganar as pessoas do que convencê-las de que foram enganadas.” (HOW... apud 2016)

Além disso, as notícias fraudulentas possuem interesses sociais, econômicos e políticos que, rápida e infelizmente, conseguem se alastrar como se fossem a descoberta da cura do câncer, aliás, é provável que essas notícias falsas se disseminariam muito mais do que uma informação tão boa e esperançosa como a do exemplo. Isso porque, frequentemente, elas são hiperbólicas e podem, inclusive, reafirmar alguns preconceitos já existentes no usuário.

Através de estudos científicos, foi descoberto que “[...] as *fake news*, em média, possuem 70% mais chances de serem *retweetadas* quando comparadas com as notícias verdadeiras.” (RAIS; SALES, 2020, p.36). Ademais, as checagens feitas pelas agências de *fact-checking* (verificação) de notícias falsas não repercutem tanto quanto as próprias mentiras.

Nesse sentido, é plausível acreditar que é mais cômodo crer na mentira (e, portanto, espalhá-la) do que buscar outras informações aprofundadas em agências confiáveis. Isso se dá porque as *fake news* tratam de assuntos sensacionalistas, que nos surpreendem e que estimulam alguma emoção, comumente, a raiva e o medo.

Por consequência disso, as primeiras vítimas são as próprias impulsionadoras das notícias falsas, pois elas se assustam com o conteúdo (emoção) e compartilham. Como aborda Mencius Moldbug:

Em muitos aspectos, o absurdo é uma ferramenta de organização mais eficiente do que a verdade. Qualquer pessoa pode acreditar na verdade. Acreditar no absurdo é uma lealdade que não pode ser forjada. Serve como

um uniforme político. E, se você tem um uniforme, tem um exército (apud MOLDBUG, 2018, p. 168).

Consoante a palestra de André Torretta, foi elucidado com maestria como as *fake news* funcionam. Imagine que você comprou uma praia e não quer que ninguém entre no mar. Então, você fica em dúvida de qual placa colocar na areia: uma dizendo “Praia privada” e a outra “Praia com tubarões”. Qual você escolheria? Provavelmente a dos tubarões atingiria de modo mais fácil o seu objetivo. Mas, e se não tivessem tubarões? Seria uma notícia falsa. Logo, entende-se o porquê muitas pessoas optam por mentir ao invés de falar a verdade, já que as notícias falsas funcionam com mais eficiência e cumprem com os interesses de quem as propaga (MARREIRO; ROSSI, 2017, apud TORRETTA).

Durante a pandemia da COVID-19, essa situação se tornou ainda mais preocupante, já que o recebimento de notícias verdadeiras ou falsas, completas ou incompletas, contextualizadas ou descontextualizadas está interferindo na vida ou morte de bilhões de pessoas. Segundo o Instituto Datafolha, 89% dos brasileiros estavam dispostos a se vacinar em agosto de 2020, porém, em dezembro, apenas 73% responderam que queriam se vacinar (PONTES, 2020).

Isso é fruto das *fake news* disseminadas sobre as causas e soluções da pandemia, inclusive, pelo Poder Executivo, através do Presidente da República e do ex-Ministro da Saúde que indicam cloroquina e hidroxicloroquina como tratamento precoce, sendo que já foi comprovada a ineficácia desses dois medicamentos. Neste momento turbulento em que a imunização é a única forma de extinguir a pandemia sem arcar com a morte de ainda mais pessoas, o Brasil é recordista em desinformação sobre a vacina do novo coronavírus e as vítimas das inverdades dificilmente acreditam que estão equivocadas.

Tendo em vista que as informações, hodiernamente, são essenciais para a saúde pública e que o direito à saúde junto com a ação do Estado em reduzir o risco de doenças - prevenção - são assegurados constitucionalmente (art. 196 da Constituição Federal), constata-se que o Presidente poderia ser responsabilizado (por ação e omissão) pela disseminação do vírus e pela difusão de notícias falsas, já que minimizou a transmissão do coronavírus em diversas ocasiões, incitou pessoas a se aglomerarem, sem máscaras, em manifestações pró-governo, não se preparou para a possível escassez de oxigênio em Manaus, colocou em dúvida a eficácia da vacina e, como se não bastasse, incentivou o uso da cloroquina e hidroxicloroquina (juntamente com o Eduardo Pazuello).

O maior problema de tudo isso é a celeridade. Se eu compartilho uma *fake news*, a cada segundo que passa, ela está alcançando mais e mais pessoas, levando em conta que esses receptores podem repassar a falsidade e, assim, atingir um número exorbitante de visualizações em poucos minutos.

Outrossim, é laborioso (às vezes, quase impossível) identificar a autoria (KHOURI, 2020), pois como a suposta informação utiliza a psicologia para espantar, pasmar, surpreender e amedrontar, os usuários acreditam espontaneamente e, logo, há muitos compartilhamentos.

Em Mianmar, imagens descontextualizadas de mulçumanos com armas, induzindo a violência, foram difundidas e intensificaram a crise dos rohingya. Nesse tempo, o primeiro-ministro turco, Mehmet Simsek, foi um dos disseminadores da *fake news*. Quando soube da inverdade, ele excluiu a postagem original e pediu desculpas, mas o post já havia sido compartilhado 1,6 mil vezes (BBC News Brasil, 2018)

No meio de tudo isso, o direito à informação está paradoxalmente vulnerável à Era da Informação, porque cada dia que passa recebemos mais *fake news*, as notícias verdadeiras se tornaram cada vez mais

incomuns e “informação, em época de globalização, é PODER” (SANTIN, 2017, p.175).

Por conseguinte, com as tecnologias que fabricam *fake news*, com uso da psicologia na elaboração das inverdades sensacionalistas, com o despreparo social e, também, com o célere compartilhamento, conclui-se que apesar de todos os dias sermos bombardeados por notícias, o conhecimento completo, qualificado e, máxime, verdadeiro não conseguimos aproveitar de nenhuma delas.

3 Tempos da pós-verdade e a cegueira virtual

Dentre todos os impactos das redes sociais, há o fenômeno da pós-verdade que vem exterminando marcas fulcrais do bom convívio, do livre pensamento e, inclusive, da democracia.

Ainda em consonância com o documentário “O Dilema das Redes”, as notícias são intencionalmente direcionadas a nós, em outras palavras, cada usuário recebe um tipo de informação de acordo com os seus dados pessoais. Por exemplo, se eu compactuo com uma ideologia política (salientando que a inteligência artificial sabe disso), me enviarão informações que se enquadrem com a minha opinião. Por outro lado, a pessoa que tem uma visão política divergente da minha somente receberá informações que se alinhem com a opinião dela.

Sobre o conceito, o prefixo “pós” não significa “depois da verdade” como modo temporal, mas “[...] ao momento que o núcleo central (a palavra principal – verdade) não é mais importante.” (ANDREUCCI; JUNQUEIRA, 2020, p.185), porque o que realmente vale é se tem afinidade com o pensamento do usuário ou não, independentemente da sua veracidade e, dessa forma, se cria um ambiente favorável à disseminação de *fake news*.

Nesse contexto, quando nós recebemos uma notícia que critica negativamente o candidato com quem não nos alinhamos, por exemplo,

há a tendência de compartilharmos, sem se tomar a devida diligência para averiguar se é verdade ou mentira. Em contrapartida, se nós recebermos uma notícia que prejudica a reputação do político que é similar às nossas ideologias, a propensão é questionarmos tudo, mesmo que haja argumentos baseados em dados verídicos (NOHARA, 2020, p.80).

Até mesmo, a incredulidade na vacina da COVID-19 pode estar sendo alvo dessas opiniões rasas e sem fundamentos científicos que, por alguma razão, passaram a fazer sentido no pensamento das pessoas, quando nem deveriam estar sendo colocadas em pauta em pleno século XXI.

Outrossim, é consentâneo refletir sobre a liberdade de pensamento expressa no inciso IV, art. 5º da Constituição Federal de 1988, já que esse direito individual está sendo manipulado pelas bolhas de juízo único, ou seja, as pessoas não recebem informações variadas que possibilitam a troca de opinião, elas são coibidas de expandir seus horizontes. Desse jeito, o Brasil está longe de alcançar uma sociedade mais justa, responsável, inclusiva e pensante.

Isto posto, os usuários são segregados e chegam ao atroz e apavorante extremismo, já que só recebem informações parciais, analisando apenas um ponto de vista. Com a sociedade presa em *clusters* homogêneos, constata-se que os cibernautas fecham suas mentes e descartam opiniões contrárias de forma agressiva, intolerante, “preconceituosa e irrefletida” (NOHARA, 2020, p.82).

Apesar de tanto extremismo que, infelizmente, está dominando as relações sociais, é indubitável que “Sabemos como viver, se sabemos como amar. Só criaremos espaços de transformação social se, previamente, criarmos espaços de desejos, de afeto entre as pessoas” (WARAT, 1997, p.218).

Contudo, as *fake news* ligadas à pós-verdade estão distanciando cada vez mais as pessoas. Isso revela que raramente ocorrerá uma

transformação social no sentido de que os indivíduos já não toleram mais um comentário adverso ao seu pensamento.

Quando os meios de comunicação, juntamente com os avanços tecnológicos, atingiram o seu apogeu em desenvolvimento e acessibilidade, os usuários se separaram em grupos, se tornaram impacientes, tiveram (e têm) suas mentes abduzidas por apenas uma convicção específica como se usassem viseiras que lhes impedem de enxergar o divergente, já não aproveitam mais todos os conhecimentos que poderiam adquirir através das visões diferentes de mundo e os debates, tão imprescindíveis à democracia, são simplesmente descartados ou infestados de fanatismo político.

In fine, é irretorquível que as bolhas de pensamento único, contrárias a diálogos, conversas e discussões, acima de tudo políticas, criam mais um óbice ao direito à informação de qualidade, à liberdade de pensamento, à legislação brasileira e, mormente, à democracia.

4 As barreiras da liberdade de expressão

Apesar de as redes sociais serem indispensáveis para a democracia hodierna, já que todos temos a liberdade de expor nossas filosofias por meio delas, “qualquer um pode ser um canal de divulgação de informações” (NOHARA, 2020, p.79) e isso nem sempre é algo benéfico, porque uma pessoa que não tem nenhum preparo e credibilidade pode atingir um número de leitores tão grande quanto a CNN, Fox News e *New York Times*, *v.g.*, que por anos vem mostrando um jornalismo sério e de comprometimento com seus assinantes (RAIS; SALES, 2020, p.38).

Além dos elaboradores de “informações” *on-line* serem, em sua maioria, desqualificados para essa função, há o grande risco de se espalhar notícias falsas e, mormente, fraudulentas.

Em conformidade com o inciso IV do artigo 5º da CF, é livre a manifestação do pensamento. Entretanto, essa exposição deve ser feita de maneira circumspecta, pois o autor (seja ele parte de uma mídia tradicional ou apenas um internauta explanando sua opinião) é responsável pela veracidade e contextualização da notícia emitida (RIBAS; SANTANA, 2020, p.161).

No artigo 220 da Constituição, está expresso que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]”. Malgrado a censura e a licença serem amplamente proibidas na nossa Lei Fundamental, não há nenhum direito que seja absoluto. Nesse contexto, todas essas liberdades de discurso aludidas tanto nos incisos IV e IX do artigo 5º quanto no próprio artigo 220 da CF e, também, todo o pluralismo que as redes sociais proporcionaram aos cidadãos e à democracia possuem limites. À vista disso, as liberdades de expressão, informação e imprensa devem ter como baliza a ética e a verdade, sob pena de indenizar (PIRES; PIRES, 2020, p.233).

Nesse sentido, não é porque temos o direito de expor nossas convicções que também temos a liberdade de disseminar desinformação e caluniar, injuriar ou difamar alguém, *v.g.* Como já sobredito, notícias que atijam emoções nos receptores, como espanto, medo, ressentimento e raiva, se espalham com extrema agilidade. Dessa maneira, como as pessoas que são vítimas dessas perversidades conseguem refazer sua reputação depois de tantos compartilhamentos que, inclusive, são alcançados em poucos minutos? Muito difícil!

Nessa linha de pensamento, quem propagou essas notícias falsas e/ou ofensivas deve ser responsabilizado, já que foi de encontro com todos os direitos da personalidade assegurados pela nossa Carta Magna, como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (inciso X do art.

5º da CF). No entanto, até vir uma ordem judicial para que o propagador exclua o *post*, lamentavelmente, ele já foi visto por milhões de pessoas, a vida da vítima foi despedaçada social e emocionalmente e, por mais que haja a checagem ou a resposta, através do direito de resposta garantido aos ofendidos (inciso V do art. 5º da CF) elas não repercutirão tanto.

No que tange somente às *fake news*, a liberdade de expressão também não é absoluta e as consequências não são individuais como na violação dos direitos da personalidade, mas são de caráter coletivo, porque impedem que milhares ou milhões de cidadãos obtenham a informação verdadeira e digna, *i.e.*, o direito à informação da coletividade é atacado cabalmente. Em suma, “[...] o Estado Democrático de Direito não se alinha com uma proposta de liberdade indiscriminada, pois as pessoas não possuem liberdade para causarem danos à coletividade a partir da disseminação de fatos mentirosos na *web*.” (NOHARA, 2020, p.88).

De acordo com o Webinar “Combate às Fake News em Tempos de Pandemia”, não se pode obliterar que, hoje, sem redes sociais, quase não temos liberdade de expressão. Por isso, é imprescindível que haja diligência quando o assunto é remover publicações e/ou contas de perfis *on-line*. Nesse seguimento, encontra-se um dilema entre o direito à informação (coletivo) e a liberdade de expressão (individual), em outras palavras, entre restabelecer a verdade (devastada pela desinformação), sem limitar uma das únicas maneiras que os cidadãos tem de se expressar.

Em relação ao direito brasileiro, ainda não há uma legislação específica sobre o combate às *fake news*, mas o Marco Civil da Internet está servindo como diretriz para assegurar os direitos na rede.

No artigo 19 do Marco Civil da Internet, está expresso que os provedores só podem remover uma publicação quando houver ordem judicial com o propósito de preservar a liberdade de expressão e impedir a censura.

Porém, quando nos cadastramos em uma rede social, concordamos com os termos de uso e política de privacidade de cada aplicativo e, portanto, firmamos uma relação privada de natureza contratual. Nesse âmbito, as obrigações estabelecidas pelas partes devem ser válidas e respeitadas (GIACCHETTA, 2020, p.299).

A atuação espontânea dos provedores em remover tal conteúdo, sem ordem judicial, pela violação das cláusulas contratuais poderia ser considerado como ofensa à liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IV e IX do artigo 5º da CF), mas sopesando os princípios, a liberdade contratual (que encontra amparo nos artigos 421, 422 e no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil) prevalece neste caso.

Inclusive, várias plataformas, como Twitter, WhatsApp, Tinder e Instagram, possibilitam que os próprios usuários denunciem. No Facebook, *e.g.*, é exequível denunciar conta falsa, nome falso, publicação de conteúdo inadequado, assédio ou bullying, quando alguém está fingindo ser outra pessoa, entre outros. Após fazer a denúncia, o Facebook mandará uma notificação dizendo que a recebeu e analisará para ver se diverge dos Padrões de Comunidade do aplicativo. Depois de averiguado, se o resultado for favorável ao denunciante, o Facebook pode remover publicações ofensivas ou inverídicas e excluir perfis falsos, *v.g.* sem carecer de uma ordem judicial. Cabe gizar que a denúncia é anônima, ou seja, o denunciado não saberá quem foi o solicitante.

Nesse liame,

[...] a atuação espontânea dos provedores de aplicação de internet, isto é, independentemente de ordem judicial específica, na remoção de conteúdo, desativação de páginas, contas e perfis, mostra-se absolutamente consistente, legítima e em harmonia com a Constituição Federal, o Marco Civil da Internet

e o Código de Defesa do Consumidor, prescindindo de intervenção judicial reconhecer a violação contratual e prévia notificação ao usuário não havendo, nessa atuação, violação à liberdade de expressão ou de manifestação, mas sim o regular **cumprimento da legislação brasileira vigente e o pleno exercício da liberdade contratual** (GIACCHETTA, 2020, p.302, grifo do autor).

À vista disso, é agudamente salutar que as liberdades de expressão e de imprensa sejam preservadas, mas é irretorquível que “haja responsabilidade e honestidade com o conteúdo que se produz e, acima de tudo, com o público que o consome” (PRA; SANTIN, 2021, p.10) e, também, que a censura só esteja entre as opções quando essas barreiras forem ultrapassadas, prejudicando um cidadão ou a sociedade como um todo. Afinal, a liberdade de expressão e de imprensa, o direito à informação de qualidade e os direitos da personalidade, tão sofridos para serem reconquistados pós-ditadura militar, devem ser salvaguardados, até mesmo, pelas plataformas de mídias sociais.

5 O preço do silêncio

Outro óbice que a conectividade virtual, através das redes, trouxe à sociedade e ao Direito foi a ampliação dos discursos de ódio que alcançaram proporções gritantes, resultados alarmantes e se tornaram mais um limite à liberdade de expressão.

Como já vimos, estamos vivendo com a presença indiscutível e perigosa da pós-verdade que nos priva de analisar o outro ponto de vista e, inclusive, difunde um olhar impaciente a tudo que for contrário aos nossos pensamentos e realidades. Nessa perspectiva, “o discurso que mais adere e se propaga é aquele que elege inimigos – ideológicos, políticos, morais, identitários, de classe social-, servindo simultaneamente como conteúdo e força de propulsão do Discurso de Ódio.” (JUNIOR, 2020, p.121), justamente, por meio dos *clusters* homogêneos.

Essa onda segregacionista tem como escopo disseminar preconceito racial, de gênero, de crença, de origem, de orientação sexual, etc. Fica explícito que o alvo principal dessas narrativas são as “minorias” sociais, que abrangem muitas pessoas. Nesse contexto, os discursos de ódio contra a população negra, por exemplo, fazem com que eles se silenciem, não participem dos debates e, logo, continuem com uma baixíssima representatividade política. Por consequência disso, o debate público perde a opinião dos negros, as outras pessoas não conseguem enxergar o mundo, a sociedade e o governo sob a ótica dos negros e a discussão política fica cada vez mais rasa e limitada (FISS, 1995, p.287, apud GROSS, 2020, p.102).

De certa maneira, constata-se que há um totalitarismo criado pelos próprios cidadãos contra outros cidadãos que são considerados diferentes ou fora dos padrões sociais. Isso é um absurdo, porque “eles são silenciados tão eficazmente quanto se o Estado tivesse intervindo para os silenciar.” (FISS, 1995, p.287, apud GROSS, 2020, p.103).

Nas redes sociais, além dos discursos de ódio, existe a cultura de cancelamento e os *haters* que comprovam claramente como as pessoas estão intolerantes e agressivas ao diferente e o que elas são capazes de fazer para excluir essas pessoas da sociedade, deixando-as sem voz, sem representação, sem participação política e, assim, sem cidadania.

Outrossim, essa discriminação promove o insulto nas vítimas e a motivação em outras pessoas que já tem o pensamento preconceituoso (JUNIOR, 2020, p.121). Desse modo, a intolerância é disseminada exponencialmente, as perspectivas das minorias (que já tendem a ser escondidas) são cruelmente abafadas e se criam marcas de sofrimento e exclusão social em todos que passam por isso.

É oportuno sublinhar que o inciso III do artigo 1º da nossa Lei Maior evidencia a dignidade da pessoa humana. Nessa lógica, é axiomático que

os indivíduos ou determinado grupo social que são simplesmente oprimidos pelo restante da sociedade não estão sendo tratados com a dignidade defendida pela Constituição. “Pois, quando se profere discursos de ódio, a tentativa do agressor é claramente rebaixar a vítima, ou seja, atingir a autoestima da pessoa, de forma que a mesma se sinta retraída e apenas aceite a ação.” (DA SILVA, 2019, p.1), ou seja, ela se cala.

Não se pode obliterar que esse assunto é amparado pela Constituição Federal no inciso IV do artigo 3º. Nesse dispositivo, está exposto que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é, entre outros, “[...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”, inclusive, mediante os discursos odiosos.

Partindo do pressuposto de que algumas pessoas são intimidadas e, conseqüentemente, afastadas da participação democrática, é indubitável que “a mídia social é tendenciosa, não para a esquerda nem para a direita, mas para baixo” (LANIER, 2018, p.32), porque ao invés de excluirmos discursos machistas, homofóbicos, racistas e xenofóbicos, por exemplo, acabamos calando as mulheres, os LGBTQIA+, os negros e os estrangeiros que, com certeza, contribuiriam muito para a construção de uma sociedade mais inclusiva e empática e de uma democracia cada vez mais participativa, baseada na diversidade.

Nessa acepção, “a luta pela democratização semiológica não precisa de críticos agressivos. No fundo a democracia é o controle da agressividade pela sensibilidade. Uma crítica agressiva, além de imatura, é reveladora de estruturas aditivas, deselegante e fundamentalmente autoritária.” (WARAT, 2004, p.109).

Mediante o exposto, os discursos de ódio intimidam, abafam, oprimem e calam os indivíduos que seriam os mais importantes para a elaboração e concretização de normas realmente inclusivas que prezam

pela dignidade de todas as pessoas humanas, inclusive, das que pertencem aos grupos minoritários. O ódio cala e ensurdece e a sociedade injusta, intolerante, antidemocrática e desarmônica, como é atualmente, é “apenas” o reflexo desse silêncio.

6 Marionetes *on-line*

As redes sociais são as principais fontes de informação e comunicação do século XXI. Hoje, poucas pessoas são assinantes de jornais e, já que gastam muito tempo do dia conectadas, acabam acompanhando muitas notícias (senão todas) através desse meio virtual.

No entanto, sustenta-se que a maioria dos internautas quando se deparam com um texto nas mídias sociais, leem apenas algumas linhas e depois já desistem, porque se cansam ou perdem o interesse por essas leituras "não-atrativas" que são mais elaboradas. Consoante o termo usado pela escritora Dra. Janaína Rigo Santin, o hábito de ler na Internet é direcionado pela leitura *fast food* cuja tradução literal é “comida rápida”, ou seja, estamos vivendo em uma época onde os usuários já não querem mais ler textos extensos, eles preferem uma leitura rápida, com poucas linhas, que é preparada com muita celeridade e, assim como um hambúrguer que não é nada nutritivo e não alimenta de maneira saudável, a leitura *fast food* das redes sociais é de péssima qualidade e, dificilmente, transmitirá algum conhecimento ao receptor.

Não se pode esquecer que “[...] a leitura fast food da Internet clama por mensagens curtas e que já venham com as respostas previamente dadas." (SANTIN, 2017, p.174). Dessa maneira, os criadores de conteúdos digitais são obrigados a abreviarem suas publicações ao máximo, com imagens, elementos e cores vivas para chamar a atenção do leitor.

Por consequência disso, os cidadãos se privam de leituras mais completas, acreditam em tudo o que leem sem se aprofundarem no

assunto e não adquirem conhecimento algum, pois “para que se consiga levar uma informação completa, com a forma adequada e inteligível a seus destinatários, é comum que os textos elaborados sobre temas complexos demandem um tempo maior de leitura.” (CRUVINEL, 2020, p.171) que, hodiernamente, não é despendido pelos usuários das mídias sociais.

Nesse mesmo *iter*, o grave perigo que se corre "é o da substituição de um tempo de neuroses por outro de indiferenças letais" (WARAT, 1997, p.35) e, assim, surge a preocupação no que tange ao impulso e, depois, à permanência da democracia participativa, porque as pessoas que deveriam estar em busca desse objetivo estão sendo "imbecilizadas" pela leitura *fast food*.

Atualmente, para conseguir acessar uma fonte confiável e constante de informações, é necessário ser assinante e pagar por notícias de qualidade. Nessa lógica, denota-se que estamos vivendo em

“[...] uma promíscua rede de solicitações comunicacionais absolutamente expostas e paradoxalmente inacessíveis. Uma informação elitizada que servirá para controlar, sem resistências, um ‘proletariado de androides’. **A informação à disposição de uns poucos privilegiados, na boca do povo, o silêncio final.**” (WARAT, 1997, p.55, grifo meu).

Com o advento das *fake news*, da pós-verdade e, também, da leitura *fast food* aguçadas pelas redes sociais, “tenho a sensação de que a pós-modernidade dos direitos humanos esteja forçosamente exposta a um trabalho de superação da ‘miséria psicológica das massas’” (WARAT, 1997, p.32), já que não há nenhum estímulo ao senso crítico dos usuários que, hoje, compõem grande parte da sociedade mundial.

Também, é indubitável que a leitura de livros aprimora a escrita, proporciona um maior conhecimento, tem o poder de humanizar mais as pessoas e, mormente, possui a capacidade de despertar a criatividade e a

reflexão crítica. Nesse contexto, um brasileiro lê, em média, 2,43 livros ao ano (BRAZ, 2018). Esse número assustador e decepcionante e, agregado à leitura pobre de aprofundamento, mas, infelizmente, popular da Internet, são um dos motivos substanciais para os atuais debates políticos estarem tão medíocres e superficiais.

Na esfera jurídica, essa informação e comunicação miserável também é inquietante, pois o estudante que passa grande parte do tempo lendo por intermédio da leitura *fast food* e que, por isso, está acostumado com as narrativas sucintas, se submete a estudos também abreviados, trocando doutrinas valiosas por apostilas extremamente resumidas e, por via de regra, incompletas. Nesse cenário, giza-se que as instituições de educação, juntamente com seus professores e funcionários, têm um papel imprescindível no combate à indiferença e no despertar do interesse pela leitura e pela análise crítica das informações.

Outro problema que agrava essa situação é a disseminação de notícias falsas, que está relacionada com a baixa capacidade crítica e interpretativa do receptor e, até mesmo, a manipulação da opinião pública pelas redes sociais. É absurdo pensar que alguns usuários ao invés de irem ao encontro de informações qualificadas, se tornam “ingênuos replicadores de tudo o que recebem nos seus grupos de mensagens, muitas vezes mesmo sem ler ou assistir.” (GANDOUR, p.88).

O cibernauta que está preso em uma bolha de pensamento único e que não lê fora das redes sociais está sendo manuseado, como se fosse um fantoche, pelos anunciantes, políticos, empresas e por todos aqueles que possuem interesse em nos fazer comprar algo, acreditar em algo, compartilhar uma notícia, entre outros. Logo, "a repressão é condição do totalitarismo: quem não sabe o que quer, quer aquilo que lhe dizem que deve querer." (WARAT, 1997, p.67).

Nesse liame, as pessoas que estão acostumadas a ler apenas aquilo que lhes é mostrado nas redes, raramente, terão o seu senso crítico estimulado e, conseqüentemente, serão controladas com maior facilidade pela inteligência artificial e acreditarão nas *fake news*. Assim, se questiona a possível hipótese de se estar vivendo em um totalitarismo mascarado imposto pelas novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), com afronta aos valores democráticos.

Ademais, é inegável que a todo momento somos bombardeados por notícias e, então, se tem a falsa ideia de que, hoje, as pessoas estão mais bem informadas, mas, na verdade, os usuários se tornaram marionetes informatizadas que sabem tudo sobre as redes sociais e, ainda assim, são controlados por elas.

Por isso, infere-se que a leitura *fast food*, o espírito não-questionante dos cidadãos, a leitura escassa, o ensino jurídico voltado à indiferença e ao conhecimento superficial, os algoritmos que criam bolhas de juízo único e todas as questões que envolvem as redes sociais e, portanto, as novas TICs enfraquecem a democracia e contribuem para o vilipêndio das garantias fundamentais.

7 Totalitarismo imperceptivelmente à espreita

Vivemos em um país democrático onde o consenso e o dissenso são as bases essenciais para a legitimidade das discussões e decisões. No *caput* do artigo primeiro da nossa Lei Maior, fica explícito que somos regidos por um Estado Democrático de Direito, entretanto, as redes sociais e tudo o que as envolve está trazendo riscos iminentes para a democracia brasileira e de muitos outros países do mundo.

Para a preservação e o desenvolvimento genuíno de uma democracia, é manifesto que os cidadãos devem ser livres para expor suas opiniões (direito à liberdade de expressão e seus limites já mencionados) e terem

voz sobre questões comuns. Porém, “[...] o exercício de tal liberdade por agentes mal-intencionados põe em risco a própria democracia.” (GUNDIM; PEREIRA, 2020, p.260), já que a propagação de notícias fraudulentas tem a capacidade de mudar votos e, por causa disso, alterar o futuro de uma nação.

Como estamos em tempos de pós-verdade, as pessoas são induzidas a algo, inclusive, ao voto eleitoral. Nesse seguimento,

O voto, para que tenha valor, precisa ser informado. Para que uma pessoa possa de fato exercer a sua liberdade política, impactando com a sua vontade política os rumos do governo coletivo, é necessário que essa pessoa tenha acesso a diversos pontos de vista acerca dos problemas a serem decididos. Para que possa refletir acerca dos diversos problemas no sentido de escolher a melhor maneira possível na ocasião do voto, essa pessoa precisa ter acesso ao confronto de ideias, argumentos e contra-argumentos relacionados aos caminhos políticos possíveis (GROSS, 2020, p.97).

Lamentavelmente, isso não vem acontecendo, os eleitores decidem o seu voto pelas notícias que recebem no ambiente *on-line* (muitas delas falsas), sem debater com pensamentos contrários, não conseguem reproduzir as suas vontades e, por fim, acabam sendo infiéis com seus verdadeiros anseios sociais.

A importância do diálogo para a democracia é clamorosa e deve ser preservado por todos os que compõem a sociedade. Nesse liame, acredita-se “que o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar não só com os governantes que a admitam, mas também com uma sociedade questionante [...]” (WARAT, 2004, p.75) que, como já foi abordado, inditosamente está habituada com a leitura *fast food* das redes sociais e já não pensa tão criticamente.

Com o surgimento da Internet, pode-se pensar que estamos indo rumo a uma democracia efetivamente participativa por causa do grande intercâmbio de informações que ela proporciona. Na verdade, “caminhamos para uma democracia em que a facilidade de participação é significativamente maior.” (PIRES; PIRES, 2020, p.230), quer dizer, há mais oportunidades de o cidadão participar, mas essa mesma atuação é manipulada pelos algoritmos, irrefletida pelos usuários e, também, persuadida pela desinformação.

É imperioso avultar que as *fake news* estão sendo utilizadas, absurdamente, como estratégia de campanha eleitoral. Por consequência disso, os eleitores são conduzidos ao sufrágio “com bases emocionais, que podem ser o medo ou o ódio, e eleitores nutridos desses sentimentos não costumam fazer boas escolhas, racionais ou pragmáticas, movidas por seus interesses reais.” (JUNIOR; JUNIOR, 2020, p.32), podendo vir a se arrepender amargamente.

Não se pode olvidar que a opinião pública está sendo maquiavelicamente manipulada, pois “quando um determinado assunto é amplamente difundido nos meios de comunicação de massa, ele uniformiza a opinião pública e faz que opiniões contrárias percam força, esvaindo-se até que todos caiam em um espiral de silêncio, metáfora que define, em essência, a desinformação.” (PAIERO; SANTORO; SANTOS, 2020, p.135) e, quando o povo se cala, nenhuma forma de transformação é suscitada.

Para se ter noção concreta do que acontece ao redor do mundo por causa da desinformação, em conformidade com o Webinar Proteção de Dados, Fake News e Eleições, há exemplos marcantes de disparos em massa durante estes episódios: eleições de 2016 nos Estados Unidos, plebiscito colombiano pela paz em 2016 e, inclusive, as eleições de 2018 no Brasil. Ademais, no Brexit ,13,5 mil robôs foram usados no Twitter “para

‘bombar’ um lado ou outro com postagens automatizadas” (BASTOS; MERCEA, apud GRAGNANI, 2017).

Na campanha de Donald Trump ligada com a Cambridge Analytica, a estratégia era “traçar a personalidade dos indivíduos com base em preceitos clássicos de psicologia e nos rastros digitais que deixamos diariamente, como perfis em redes sociais, GPS de locais visitados, dados de uso dos serviços públicos e compras online.” (MARREIRO; ROSSI, 2019). Com isso, eles conseguem criar uma identidade para cada usuário, quase individualizar as mensagens e, portanto, alcançam o objetivo de mudar ou reforçar o voto no candidato interessado, neste caso, Donald Trump.

No Brasil, as notícias falsas também foram cruciais para o resultado das eleições de 2018, pois foi constatada uma sincronia entre a maior taxa de rejeição do Haddad com os disparos em massa de *fake news*, sobretudo, por meio do WhatsApp. Por conseguinte, lastimavelmente “a eleição de 2018 foi uma *tempestade perfeita* para a efetividade de uma estratégia comunicacional fundada em distorções e fraudes” (JUNIOR, JUNIOR, 2018, p.14).

Depois de todas essas constatações, compreende-se que “o retrocesso democrático hoje começa nas urnas.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.16), através dos cidadãos que se tornaram influenciáveis por causa da leitura escassa de aprofundamento e a criticidade desestimulada e, também, influenciados pelas bolhas de opiniões convergentes unificadas com a propagação demasiada das *fake news*.

Porém, a democracia está sendo exterminada em silêncio já que

Como não há um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição – em que o regime obviamente ‘ultrapassa o limite’ para a ditadura, nada é capaz de disparar dispositivos de alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser

descartados como exagerados ou falsos alarmistas. **A erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível** (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.17, grifo nosso).

Tudo isso nos faz pensar que estamos nos encaminhando à “concretização da profecia de Orwell” (WARAT, 1997, p.238) onde a população é devastada por uma lavagem cerebral que manipula a opinião pública, transforma o processo eleitoral em ilegítimo e injusto e fomenta a instabilidade democrática.

Dessarte, é extremamente complexo uma democracia conseguir se manter onde há propagação de notícias fraudulentas, o fenômeno da pós-verdade, crescimento dos discursos de ódio, exclusão dos que já são excluídos, elitização do acesso à informação, leitura pobre e rápida e, em especial, onde há líderes autoritários e demagogos que se aproveitam da vulnerabilidade social a fim de atingirem o poder e declinarem a democracia ao máximo.

8 Privacidade invadida

No mundo hodierno, tudo o que fazemos conectados é sinônimo de captação e uso de dados. De maneira dinâmica, “se muitas pessoas que gostam dos mesmos alimentos que você, costumam rejeitar retratos de um candidato com moldura cor-de-rosa, não azul, então *provavelmente* você também os rejeitará, e ninguém precisa saber por quê.” (LANIER, 2018, p.14). É dessa forma que os algoritmos funcionam e influenciam em quase todas as nossas escolhas.

Cabe destacar que, sem o uso dos dados pessoais, as *fake news* não seriam tão significativas, porque elas precisam atingir os usuários que serão enganados por elas. Nesse sentido, a propaganda não é tão abrangente, como era pelo rádio, por exemplo, ela tem de ser específica e destinada à pessoa certa, sistema que foi executado na campanha política

de Trump quando os dados foram vendidos. Logo, o maior problema da desinformação é que elas conseguem moldar o comportamento humano através dos dados.

Outrossim, o direito à privacidade é resguardado constitucionalmente no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal e, também no inciso I do artigo 2º da Lei nº 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Nesse diapasão, a utilização dos dados pelas empresas e partidos políticos e, inclusive, os vazamentos de dados vilipendiam essa garantia constitucional e transformam nossos dados pessoais em informações públicas.

Portanto, a proteção dos dados pessoais tem de ser tratada, hoje, como um direito fundamental, pois usam e vendem os nossos dados para nos enganar, sem autorização e, também, sem ganharmos nada em troca além do uso gratuito das redes sociais que só estão trazendo preocupações para o futuro.

Considerações finais

Após todos esses empecilhos que as redes sociais trouxeram à democracia e às relações humanas, é imprescindível pensar em soluções plausíveis para que o futuro da humanidade não seja tão controlado e que, mormente, haja esperança na conquista de uma sociedade mais empática, responsável, justa, solidária, inclusiva, pensante e verdadeiramente democrática.

Sem dúvidas, a educação midiática deve ser implementada nas escolas desde os primeiros anos com o intuito de as crianças entenderem o funcionamento dos algoritmos, compreenderem a importância da leitura de livros para a criticidade, terem autonomia para fazer suas próprias escolhas sem serem influenciadas, analisarem as notícias para distinguir o que é falso do que é verdadeiro, construir a cibersegurança, refletirem

sobre cada texto lido, considerarem a opinião contrária, valorizarem as diferenças e aprenderem a utilizar as redes sociais com cuidado e responsabilidade, criando publicações transparentes, verídicas e que não firam os direitos da personalidade dos outros usuários.

Ademais, é de extrema relevância que sejam disseminadas mais informações verdadeiras do que fraudulentas e esse sistema pode ser amplificado pelo uso das tecnologias. Nessa lógica, se o ambiente virtual for contaminado por notícias verdadeiras, dificilmente terá espaço para as distorções. Então, o acesso à informação de qualidade tem de ser democratizado e as grandes empresas podem servir de apoio aos jornais profissionalizados.

No que tange ao Direito, as legislações sobre desinformação devem ser superficiais (para que não se desatualizem, já que o tema é dinâmico), as normas devem atacar o alvo certo e não a famosa “tia do zap” que também é vítima das *fake news* e os interessados devem pagar pelo uso dos dados pessoais ou haver uma taxa para cada dado armazenado.

Por conseguinte, para resolver problemas avançados, complexos e multifacetados, como a desinformação, os discursos de ódio, a pós-verdade e o uso dos dados pessoais, é indispensável que haja união e cooperação entre todos os membros da sociedade. Afinal, a política, a sociedade e o mundo estão desordenados e depende de cada um de nós para que as redes sociais resgatem o seu objetivo primordial: facilitar o acesso à informação e comunicação, sem debilitar as relações e o convívio social, nem afrontar garantias fundamentais e, tampouco, enfraquecer o regime democrático.

Referências

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; JUNQUEIRA, Michelle Asato. Pinóquio em tempo de pós-verdade: *fake news* e comunicação na construção da cidadania digital para crianças e adolescentes. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.183-201;

BBC News Brasil. **Três casos de fake news que geraram guerras e conflitos ao redor do mundo.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43895609>>. Acesso em: 22 de jan. de 2021;

BRAZ, Vanessa. **Brasileiro lê em média 2,43 livros por ano, diz pesquisa.** Uninassau, 2018. Disponível em: <<https://www.uninassau.edu.br/noticias/brasileiro-le-em-media-243-livros-por-ano-dizpesquisa>>. Acesso em: 08 de ago. de 2020;

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. O fenômeno das *fake news* e a sua repercussão na responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.329-340;

COMBATE às Fake News em Tempos de Pandemia. 2020. 1 vídeo (143 min). Publicado pelo canal IDP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B8GO2HtnbvI>>. Acesso em: 17 de dez. de 2020;

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de jan. de 2021;

CRUVINEL, Diogo Mendonça. *Fake news* e o custo da informação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.165-181;

FAKE news. 2020. 1 vídeo (99 min). Publicado pelo canal Centro Universitário FMU. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aWni1DJ8qK8>>. Acesso em: 16 de dez. de 2020;

GANDOUR, Ricardo. A liberdade das expressões. In: ABERTA, Instituto Palavra (Org). **Avanços e desafios da liberdade de expressão.** p.88-93;

GIACCHETTA, André Zonaro. Atuação e responsabilidade dos provedores diante das *fake news* e da desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.276-312;

GROSS, Clarissa Piterman. *Fake news* e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.91-112;

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; PEREIRA Flávio de Leão Bastos. *Fake news* como instrumento de estratégia militar. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.253-275;

Juliana Gragnani. **Como identificar os diferentes tipos de fakes e robôs que atuam nas redes**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42172154>>. Acesso em: 03 de fev. de 2021;

JUNIOR, Gustavo Venturi; JUNIOR, Irineu Francisco Barretto. Fake news em imagens: um esforço de compreensão da estratégia comunicacional exitosa na eleição presidencial brasileira de 2018. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 04-35, jan.-abril. 2020;

JUNIOR, Irineu Francisco Barretto. *Fake news* e discurso do ódio: estratégia de guerra permanente em grupos de WhatsApp. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.113-129;

LANIER, Jaron. Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018;

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 04 de fev. de 2021;

Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 03 de fev. de 2021;

Leonardo Lourenço da Silva. **Crimes de discurso de ódio na internet**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78119/crimes-de-discurso-de-odio-na-internet>>. Acesso em: 01 de fev. de 2021;

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. Como as democracias morrem: 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018;

Marco Civil da Internet de 2014. Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 de jan. de 2021;

Nádia Pontes. **Como desinformação e grupos antivacina ameaçam combate à covid-19 no Brasil**. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/deutsche-welle/2020/12/21/como-desinformacao-e-grupos-antivacina-ameacam-combate-a-covid-19-no-brasil.htm>>. Acesso em: 21 de jan. de 2021;

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das *fake news*: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.75-89;

O dilema das redes. Direção de Jeff Orlowski. Estados Unidos da América: Exposure Labs, 2020. Netflix (94 min);

PAIERO, Denise C.; SANTORO, André C. T.; SANTOS, Rafael F. As *fake news* e os paradigmas do relato jornalístico. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.133-142;

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Desinformação: atuação do Estado, da sociedade civil organizada e dos usuários da Internet. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.227-242;

PRA, Marlon Dai; SANTIN, Janaína Rigo. Série “O Mecanismo” e as eleições presidenciais no Brasil de 2018: ficção como instrumento de manipulação da opinião pública. **Revista Izquierdas**, n.50, janeiro, p.1-12, jan. 2021;

RAIS, Diogo. **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. *Fake news, deepfakes* e eleições. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.25-52;

RIBAS, Luciana Marin; SANTANA, Gustavo Clayton Alves. O retrato dos pobres pela mídia e nas redes sociais: desinformação e violência contra a população em situação de rua. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.143-163;

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI:**

Novos Desafios da Cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017;

Tristan Harris. **How Technology is Hijacking Your Mind – from a Magician and**

Google Design Ethicist. Disponível em: <<https://medium.com/thrive-global/how-technology-hijacks-peoples-minds-from-a-magician-and-google-s-design-ethicist-56d62ef5edf3#.eshmn61tg>>. Acesso em: 27 de dez. de 2020;

Vanessa Braz. **Brasileiro lê em média 2,43 livros por ano, diz pesquisa.** Uninassau,

2018. Disponível em: <<https://www.uninassau.edu.br/noticias/brasileiro-le-em-media-243-livros-por-ano-dizpesquisa>>. Acesso em: 08 de ago. de 2020;

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III:** o Direito não estudado pela teoria

jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997;

WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos:** a procura surrealista pelos lugares do

abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004;

WEBINAR Fake News, LGPD e neutralidade na rede. 2020. 1 vídeo (128 min). Publicado

pelo canal IDP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BMoPZgETM2c>>. Acesso em: 18 de dez. de 2020;

WEBINAR Proteção de Dados, Fake News e Eleições. 2020. 1 vídeo (82 min). Publicado pelo

canal IDP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wIpWQqwO6II>>. Acesso em: 17 de dez. de 2020;

Como transformar a escola do crime em um sistema prisional ressocializador ¹

Nathália Debiasi Salvi ²

1 Introdução

O presente artigo aborda sobre as dificuldades do sistema prisional brasileiro e suas possíveis soluções para que a permanência na prisão transforme o criminoso.

Nesse seguimento, a adversidade em questão está na incapacidade do sistema em reincluir o preso na sociedade com um trabalho digno, formado em algum curso técnico e, acima de tudo, respeitado pelas outras pessoas.

Entre os escopos da pesquisa, estão: conhecer o surgimento das prisões, analisar a raiz do problema, apontar os principais obstáculos, comparar com os outros sistemas carcerários ao redor do mundo, enaltecer a importância do investimento nesse sistema, defender a dignidade humana dos detentos, estudar com maior diligência a situação das mulheres presas, mostrar a triste realidade por trás das grades, estimular o senso crítico e, por fim, trazer soluções coerentes e eficientes.

Outrossim, esse estudo deve ser lido com grande atenção, pois ele trata sobre o presente e o futuro do Brasil. Através de todos os impasses que são enfrentados diariamente pelos brasileiros, descobre-se que o principal problema se encontra na educação e que, sem ela, o povo se torna

¹ Artigo científico produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2020.

² ²Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 180721@upf.br
<http://lattes.cnpq.br/7680571421244766>

muito mais egoísta, irresponsável, desumano, violento, criminoso e, como resultado, com um maior número de pessoas encarceradas.

Por meio de estudos empíricos, leituras, buscas científicas e inquietude pessoal, alguns outros pontos foram dissertados nessa pesquisa, como o machismo dentro das prisões, os sistemas prisionais do Paraguai, Alemanha e Noruega, o desamparo estatal, as doenças transmitidas no ambiente carcerário, a superlotação, a falta de estrutura, funcionários, médicos e etc.

2 História dos sistemas carcerários

Na Idade Antiga, as prisões tinham o intuito de guardar o corpo dos apenados e as penas eram diferentes das atuais. Nessa época, elas eram de banimento, exílio e de morte, por exemplo. Inclusive, entre as penas proibidas na legislação brasileira hoje, estão essas penas aludidas no art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal de 1988. Por fim, até a Idade Média, a prisão era de custódia.

Ainda em relação à Antiguidade, eram comuns os suplícios onde os condenados eram submetidos a torturas extremamente cruéis. Nesse período, era muito comum o “desmembramento a cavalo” cujos membros do criminoso (braços e pernas) eram amarrados a cavalos que, assim, corriam um para cada lado, tendo como fim o esquartejamento.

Não se pode olvidar, também, que os suplícios tinham de ser públicos, pois causaria uma grande insegurança na população caso fossem praticados veladamente:

As pessoas não só têm que saber, mas também ver com seus próprios olhos. Porque é necessário que tenham medo; mas também porque devem ser testemunhas e garantias da punição, e porque até certo ponto devem tomar parte nela. Ser testemunhas é um direito que eles têm e reivindicam; um

suplício escondido é um suplício de privilegiado, e muitas vezes suspeita-se que não se realize em toda a sua severidade (FOUCALT, 1987, p. 75).

Como gênese da pena privativa de liberdade nos presídios, surgem as prisões eclesiásticas do direito canônico. Nesse sentido, a Igreja Católica determinava aos pecadores que ficassem em porões para que pensassem nos seus pecados e conversassem com Deus.

Com o desaparecimento do feudalismo, constatou-se o aumento da pobreza e, também, do crime. Desse modo, o capitalismo cada vez mais ascendente quis aproveitar a mão de obra carcerária e utilizar o ócio dos detentos para produzir e lucrar, como se as prisões fossem casas de trabalho.

Então, havia a administração do corpo do apenado até a Idade Média, porém, com a vinda das necessidades capitalistas, passou a existir a administração do tempo do apenado na Era Moderna.

Na obra clássica “Vigiar e Punir”, é abordado que o condenado sentirá o que é perder a liberdade, os bens, o tempo, a honra... a fim de reaprender o que é respeitar o próximo. Nesse contexto, o criminoso ficava privado de muitos direitos como uma forma de defesa à sociedade.

Por fim, ficou manifesto que os condenados passavam por situações, completamente, violentas e desumanas. Com o decorrer dos anos, o princípio da humanidade começou a tomar espaço, exigindo melhores condições aos sentenciados. Logo, surge um questionamento: será que o sistema carcerário brasileiro respeita a dignidade humana dos detentos?

3 Como o crime se torna a realidade dos brasileiros

No mundo hodierno, muitos fatores podem direcionar um indivíduo à marginalidade. Nesse contexto, é irretorquível que algumas atitudes e experiências vivenciadas na infância contribuem para que a pessoa entre

na criminalidade ou não, pois é nesse período que ela adquire valores, cria hábitos, ingressa na sociedade, aprende a se relacionar e é educada.

Consoante o livro “Prisioneiras” de Drauzio Varella, existem alguns pontos que são extremamente favoráveis à delinquência. Em um primeiro momento, foi abordado sobre aquelas crianças que não recebem amor, carinho, cuidado e atenção familiar os quais são basilares para um desenvolvimento bom, feliz e saudável do jovem. Com esse grande desamparo e negligência familiar, na maioria dos casos, esses pequenos entram para o tráfico a fim de suprirem a carência afetiva e/ou tentarem chamar a atenção das pessoas que os criaram.

Não se pode omitir que muitas dessas crianças, ao invés de serem tratadas com respeito, diligência, segurança e amor, são violentadas e agredidas diariamente por aqueles que deveriam ser seus protetores e bons exemplos.

Com a entrada no mundo das drogas e com os ataques dentro do próprio lar, a criança se torna violenta e, logo, se insere na marginalidade.

Outrossim, é inegável que o comportamento humano se altera com as pessoas que estão ao nosso redor e com quem nos relacionamos. Na obra, Varella destaca que a convivência com criminosos pode nos levar mais facilmente ao crime. Nesse seguimento, quando alguém tem um amigo que furta celulares, *v.g.*, ele o influenciará de alguma forma, sobretudo, na infância e na adolescência quando os valores ainda não estão completamente formados.

Além disso, foi tratado sobre a falta de imposições firmes que deem limites aos adolescentes como mais uma maneira de encaminhar o jovem âmbito criminal. Dessa forma, fica evidente o quanto a educação é fundamental para o futuro de uma sociedade e o quanto o sistema educacional como um todo deve ser repensado no Brasil.

Em conformidade com o UOL Educação, o Brasil é o terceiro país do mundo com as maiores taxas de evasão escolar, em média (FRANÇA, 2019), 24,1% dos alunos não completam o Ensino Fundamental até os 16 anos e 40,8% dos jovens não concluem o Ensino Médio até os 19 anos. Isso tudo suscita uma preocupação em relação ao lugar em que esses adolescentes vão parar e, com a pandemia da COVID-19, esse problema se tornou ainda mais grave.

Nesse cenário, constata-se que eles se perdem nas drogas, entram na marginalidade e, conseqüentemente, se incluem no sistema carcerário brasileiro tão problemático, como será exposto em breve.

Inclusive, sublinha-se que os brasileiros vivem em um desmonte das escolas públicas e as poucas verbas que existem, lamentavelmente, são cortadas como se não tivessem nenhuma importância.

Destarte, esses são alguns caminhos que levam alguém a cometer um crime. No entanto, giza-se que a pobreza pode tornar as pessoas muito mais suscetíveis ao crime, justamente, pelas condições precárias econômica e educacionalmente em que se encontram.

Cabe salientar que, quando um cidadão comete um crime e é retido na prisão, houve uma falha do Estado. Em consonância com o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o Estado garante os direitos sociais a todos de forma isonômica, independente, de raça, cor, sexo, religião, classe. Por esse ângulo, surgem alguns questionamentos imprescindíveis: Será que foram oferecidas as devidas oportunidades àqueles que cometeram alguma infração penal? Será que foram garantidos os direitos à educação, moradia, segurança, assistência aos desamparados, lazer, trabalho, proteção à maternidade e à infância, entre outros?

Em relação ao exemplo supratranscrito, aquele suposto amigo que furta celulares provavelmente não recebeu as oportunidades consentâneas de trabalho, educação e lazer para que ele se desenvolvesse como um bom

cidadão. Por consequência disso, teve de apelar ao crime para conseguir ter alguma renda.

Por conseguinte, é irrefutável que o Estado é o responsável pelos crimes em algumas situações e, dentro das prisões, busca-se uma segunda chance para melhorar as condições de vida daqueles que foram abandonados na primeira oportunidade.

4 Situação atual do sistema carcerário brasileiro

Na atualidade, o sistema carcerário brasileiro se depara com óbices em diversas esferas, desde a entrada do sentenciado, até a sua saída. Na teoria, se pune para transformar o criminoso e esse castigo prisional tem de ter uma técnica corretiva (FOUCALT, 1987, p.146). Todavia, a maioria desses problemas afetam diretamente o objetivo primordial do sistema: a ressocialização do preso.

Superlotação

A superlotação é o principal problema das prisões brasileiras, pois dela se originam muitas outras dificuldades. Por isso, é adequado que se comece por esse ponto.

No livro “Estação Carandiru”, contam-se relatos da Casa de Detenção de São Paulo e a problemática da superlotação fica evidente em quase todas situações. Nessa Detenção, existe o Amarelo em que vivem seis ou sete presos em cada cela de três metros por dois de largura, provavelmente, o quarto da pessoa que está lendo este artigo seja maior do que esse xadrez dividido com outros cinco ou seis indivíduos.

Nessa lógica, percebe-se que esses prisioneiros não conseguem ficar todos deitados ao mesmo tempo nesse espaço tão limitado. Assim, é preciso que eles se organizem para descansar, isto é, enquanto uns estão deitados, outros ficam em pé esperando a sua vez de dormir.

Ainda, ressalta-se que não há o mínimo de privacidade dentro dos presídios.

No pavilhão nove dessa mesma cadeia, existem duas celas de triagem cujos mais de 30 moradores devem tomar cuidado, quando estão deitados, para que os pés de um não encostem no rosto do outro.

Nessa perspectiva, o pavilhão sete possui fama de ser o local mais calmo da Casa justamente pela ausência de superlotação.

Além disso, os prisioneiros não são separados pelos regimes e pelas suas individualidades. À vista disso, a pessoa que é detida comercializando pouquíssima quantidade de drogas, *v.g.*, fica encarcerada na mesma cela de estupradores, assaltantes e assassinos perigosos.

Outro exemplo é que o réu primário condenado a poucos meses divide cela com presos condenados a mais de um século. Por conseguinte, os criminosos mais experientes ensinam os mais jovens no ramo, como se fosse uma escola do crime, e surge o efeito criminógeno, com complôs, rebeliões, chantagens e cumplicidades futuras para quando já estiverem em contato com a sociedade novamente.

Cabe enfatizar, ainda, que a solidão tem a capacidade de fazer com que o delinquente reflita, tome consciência do que fez, se sinta culpado e se arrependa do crime cometido, mais facilmente, no entanto isso não é aplicado nos presídios brasileiros.

Tudo isso que acontece vai de encontro com todas as expectativas do sistema, pois a prisão deveria ser “um ‘espaço entre dois mundos’, um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera.” (FOUCALT, 1987, p.142), mas acaba sendo um ambiente de péssimas influências e resultados não tão agradáveis.

Condições precárias e falta de higiene

Em consonância com o art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e,

também, enaltece-se o princípio da humanidade das penas nas doutrinas. Entretanto, não é bem isso o que acontece no sistema carcerário brasileiro.

Na prática, os presídios são verdadeiras masmorras (DROPA, 2004, p.1) onde os direitos humanos, tão evidenciados pós-Segunda Guerra Mundial, são deveras vilipendiados. Por consequência disso, os encarcerados são privados da saúde mental, emocional e física, bem ao contrário do que uma pessoa necessita para ter uma vida digna e saudável.

Em relação a isso, há um lugar na Detenção que se chama Masmorra onde existem quatorze celas úmidas e superlotadas. Nesse espaço, o número de habitantes passa de cinquenta, quatro ou cinco por cela e não entra sol (porque a janela do xadrez é fechada com uma chapa de ferro). Para tomar banho, eles precisam se contorcer, pois o cano por onde sai a água fica grudado na parede. Ou, podem se refrescar na torneira da pia com uma caneca.

No último andar do pavilhão cinco (chamado Amarelo), quatro, cinco ou até mais prisioneiros vivem em celas minúsculas, trancados sem ventilação o que deixa o ambiente com um cheiro desagradável de gente aglomerada e de cigarro. Nesse depósito humano, a conservação dos xadrezes e a higiene são mais precárias ainda, já que há falta de água, entupimentos, goteiras e inundações frequentemente. Quando isso acontece, os apenados passam toda a noite em pé no molhado, bem diferente do que um ser humano necessita para repor as energias, relaxar e ter uma noite de descanso.

Ademais, a Masmorra é “um ambiente lúgubre, infestado de sarna, muquirana e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite, ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta” (VARELLA, 1999, p. 24), assim, tem-se mais uma comprovação de que os direitos humanos são fortemente menosprezados.

Por mais que o preso tenha sido injusto ou malévolo com um outro cidadão, ele deveria cumprir a pena com respeito e humanidade, consoante os princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos (MELO, 2012), mas isso não acontece.

Com a superlotação mais a desumanidade, é incontestável que a falta de higiene é um outro item que deve ser observado entre os problemas do sistema carcerário brasileiro, pois causa inúmeras doenças.

Doenças e escassez de médicos

As doenças afetam ainda mais as condições de vida (ou sobrevivência) dentro dos presídios. Nessa sequência:

Inúmeras doenças tomam conta do ambiente prisional, e, ao negar o tratamento adequado aos presos, o sistema além de ameaçar a vida destes, também facilita a transmissão de diversas doenças à população em geral, através das visitas conjugais e o livramento dos encarcerados, representando um grave risco à saúde pública (FERNANDES; RIGHETTO; 2013, p. 9).

Dentro dos presídios, já houveram muitas epidemias da cocaína injetável, assim como, nas periferias brasileiras. Nesse processo, mesmo cada um usando a sua própria seringa, eles compartilham a mesma colher e fazem a limpeza com a mesma água, isto é, se um deles está infectado, já transmitiu para todos da “sessão”.

Com a entrada do crack nas cadeias, injetar cocaína se tornou inviável. Hoje, os presos conseguem se drogar sem precisar de agulhas o que auxilia na diminuição das infecções pelo HIV.

Além da AIDS, leptospirose, sífilis, depressão e tuberculose muito comuns nos cárceres, as refeições dadas pelo Estado aos presos são ricas em amido e gordura. Logo, com a falta de exercício físico e a alimentação nada saudável, a obesidade é mais um fator que preocupa.

À vista disso, surge a necessidade dos atendimentos médicos nas prisões. Todavia, os detentos se esbarram em mais um outro obstáculo: a carência de médicos. Nesse âmbito, apenados com doenças fáceis de ser curadas, como o sapinho, chegam a não conseguir engolir a saliva, sendo que alguns medicamentos tratariam facilmente essa infecção antes de atingir essa fase mais crítica.

Carência de funcionários e descontrole

No que tange ao pavilhão cinco da Detenção em São Paulo:

É o pavilhão mais abarrotado da cadeia. Movimento intenso nos corredores. Há momentos em que não se consegue alojar um preso a mais sequer. Moram ali 1600 homens, o triplo do que o bom senso recomendaria para uma cadeia inteira. Para tomar conta deles, a Detenção escala de oito a dez funcionários durante o dia e cinco ou seis à noite, às vezes menos (VARELLA, 1999, p. 27).

Assim, urge mais uma dificuldade do sistema: a falta de funcionários, também decorrente da superlotação.

No estado do Rio Grande do Sul, em 2015, havia 40 presos, em média, por agente penitenciário (BERNEIRA, 2015, apud G1 RS, 2015). Portanto, o Brasil vive com uma grande desproporcionalidade no que diz respeito ao número de guardas versus de apenados.

Com poucos guardas para supervisionar e vigilar os ambientes prisionais, é incontestável que o descontrole é mais um problema do sistema carcerário brasileiro.

Nessa conjuntura, a manutenção das celas fica por conta dos próprios detentos. Na Casa de São Paulo, alguns xadrezes dos pavilhões cinco, sete, oito e nove possuem proprietários e, até mesmo, valor de mercado.

Esses preços variam de 150 a 2 mil reais, dependendo do luxo de cada cela. Consequentemente, essa situação já está fora do controle estatal.

O comando das facções

Como os funcionários do sistema prisional não conseguem administrar da forma devida, quem acaba controlando as prisões é o crime organizado em, praticamente, todos os cárceres brasileiros.

Em Porto Velho (RO), existe uma das penitenciárias mais perigosas do mundo que é dominada por facções. Através do estudo empírico de Raphael Rowe, observa-se que, logo na chegada do apenado, os guardas perguntam se ele pertence a alguma facção, pois pode lhe custar a vida se for colocado na cela errada (DJANOGLY; MCCONNELL; STEVENSON; WALKER, 2017).

Nesse sentido, percebe-se o grau de dominância que esses grupos criminosos possuem no ambiente prisional.

Outrossim, as gangues controlam o narcotráfico, o tráfico de drogas, as ações criminosas, possuem celulares para se comunicar com pessoas de fora, criam normas que devem ser seguidas por todos os presos e, principalmente, lideram rebeliões.

A violência das rebeliões

Dentro das prisões, a maior parte dos encarcerados não possuem alguma atividade para se ocuparem, como trabalho e estudo, logo, preenchem o tempo ocioso planejando rebeliões com seus companheiros de cela.

Nesse cenário, o maior motim da história do Brasil ocorreu na detenção do Carandiru em 1992 cujo resultado foi de 111 prisioneiros mortos que clamavam por condições mais humanas dentro do sistema carcerário (IG Último Segundo, 2019).

De acordo com o jornalista investigativo Raphael, a maioria dos detentos não se importa se vai viver ou morrer, pontualmente, pelas péssimas condições em que são submetidos dentro do cárcere.

Inclusive, além das disputas entre as facções, um dos principais objetivos desses massacres é a reivindicação por um melhor tratamento prisional.

Nos dias de visitas, os carcereiros se veem em uma situação mais preocupante e perigosa do que de costume, pois a há cerca de 100 criminosos circulando livremente pela prisão. Nesse contexto, os guardas relatam que, quando saem de casa para ir trabalhar, eles têm muito medo de não conseguirem mais voltar para as suas famílias.

Portanto, a violência das rebeliões deixa marcas extremamente sangrentas, cruéis e dolorosas em todos que vivem nesse meio.

Inércia estrutural do Estado

Malgrado a superlotação ser um grande obstáculo ao sistema prisional, há uma carência estrutural nos presídios brasileiros se analisados em conformidade com a legislação.

Em referência à Lei de Execução Penal (LEP), o artigo 88 preconiza que as celas são individuais, com camas, lavatórios e aparelhos sanitários. Entretanto, julga-se que os xadrezes são divididos entre uma quantidade absurda e desumana de sentenciados e, inclusive, compartilhando toda essa questão sanitária e higiênica dos banheiros, como já mencionado anteriormente.

No parágrafo único desse mesmo artigo, está expresso que existem dois requisitos básicos para a permanência nas unidades celulares: a salubridade do ambiente e a área mínima de seis metros quadrados. Nesse ponto, vê-se que há mais uma carência de aplicabilidade, pois os espaços celulares são extremamente sujos e, além disso, sabe-se que mais de cinco presos compartilham uma cela menor do que o tamanho mínimo estipulado na lei. Por fim, nas prisões brasileiras, o ambiente é insalubre e superlotado o que pode causar tanto doenças físicas quanto psíquicas.

Segundo o artigo 91 da LEP, os presos em regime semiaberto deverão cumprir a pena em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, mas existem apenas 74 dessas colônias no Brasil inteiro (Agência Câmara de Notícias, 2019). Sendo assim, mais uma vez se prova a falta de força normativa dessa lei.

Aliás, o artigo 95 da LEP refere que tem de existir uma Casa de Albergado em cada região e que, até mesmo, deve ter locais para cursos e palestras dentro desse ambiente. Porém, a maioria das comarcas não possuem a Casa de Albergado (e muito menos espaços para cursos e palestras), as únicas que existem são nas capitais. Nesse liame, há um escasso número dessas casas no Brasil.

É cabível lembrar que as Casas de Albergado são próprias para aqueles que cumprem pena em regime aberto. Como não existe esse lugar e não é possível impor pena mais gravosa, os juízes e tribunais começaram a decidir que essa pena seja cumprida em prisão domiciliar. Conseqüentemente, se já não conseguem supervisionar os detentos dentro das grades, se torna mais difícil ainda quando eles estão em casa. Isso traz ao sistema carcerário brasileiro uma visão de impunidade.

Ainda, analisa-se que até os prisioneiros em regime semiaberto, às vezes, cumprem suas penas em prisão domiciliar, pois há poucas Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares e, também, Casas de Albergado.

De acordo com o art. 34, §1º do Código Penal, o presidiário trabalha durante o dia e se isola na cela (individual) durante à noite. Contudo, seguindo a lógica do César Roberto Bitencourt:

[...] na prática, esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP), não passa de ‘mera carta de intenções’ do legislador brasileiro, sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais. Com a superlotação carcerária constatada em todos os

estabelecimentos penitenciários, jamais será possível o isolamento dos reclusos durante o repouso noturno. (BITENCOURT, 2019, p.629).

Dessarte, infere-se que a infraestrutura do sistema seria perfeita se as imposições da Lei de Execução Penal e do Código Penal fossem realmente postas em prática. Contudo, essas normas não saíram do papel.

Corrupção

No Brasil, a corrupção está presente lastimavelmente em todas as esferas e isso não é diferente nas prisões.

De acordo com o relato de Varella no livro “Estação Carandiru”, muitos carcereiros podem ser facilmente confundidos com ladrões, porque suas atitudes induzem a essa similitude. Nesse cenário, os funcionários se envolvem “com os ladrões, aceitam propinas nas transferências de xadrez, cobram pedágio nas portas dos pavilhões, compactuam com o tráfico e vendem facas para a defesa pessoal.” (VARELLA, pág. 110, 1999).

Se os guardas são capazes de fazer tudo isso, não se pode duvidar que auxiliariam em fugas, liberariam a entrada com armas de fogo, entre outras práticas de extrema gravidade que colocam em risco não só a comunidade prisional, mas a sociedade que aguarda a volta desses marginais.

Como uma maneira de demonstrar a problemática desse assunto, a Organização das Nações Unidas (ONU) denunciou a corrupção nos presídios brasileiros em 2012 (JINKINGS, 2012). Na documentação dessa denúncia, alegou-se que os presos subornam os guardas por R\$10 mil para que eles sejam libertos ou, apenas, para que eles possam ter mais horas de sol (de regra, são duas horas diárias).

Dessa forma, as principais causas relacionadas à corrupção nas cadeias são: os salários baixíssimos dos policiais, o convívio com o ambiente da malandragem, a falta de dinheiro e a própria burocracia da

Justiça brasileira. Além disso, vários funcionários, inclusive, diretores das penitenciárias sofrem ameaças constantemente. Nesse seguimento, escolhem colaborar com as facções do que serem mortos.

Apesar dos salários não serem adequados e de todas as circunstâncias que se submetem no trabalho, esses servidores deveriam ser símbolo de segurança, seriedade e autoridade. Porém, acabam consentindo com o crime e se tornando tão pavorosos quanto os que estão por trás das grades.

Por conseguinte, esse problema é grave e infelizmente já está enraizado no nosso sistema.

Privilégio e injustiça

No Brasil, existe um senso comum de que aqui só os pobres são presos e de que a elaboração das leis está voltada a prender os miseráveis e beneficiar os mais afortunados.

O direito brasileiro dá a sensação de querer reter os mais pobres dentro das prisões para que eles não atrapalhem a vida do resto da sociedade mais rica ou causem confusões fora das grades (REIS, 2010, p.75).

Ademais, na Casa de Detenção de São Paulo, há celas especiais e individuais para os universitários que são detidos. Não se pode obliterar que, nessa mesma penitenciária, existe a Triagem que é ocupada de sessenta a setenta homens.

Assim, é lamentável pensar que a classe social pode alterar tanto a dignidade e as condições (que são desprezíveis) de um ser humano dentro do cárcere. Também, é extremamente equivocado e injusto garantir esse privilégio a pessoas que podem ter feito tão mal à sociedade (ou até mais) quanto os mais pobres.

Por fim, o sistema prisional brasileiro atua com muitas discriminações entre aqueles que deveriam ser tratados de forma

isonômica a fim de se alcançar o intuito da ressocialização e reeducação de todos os apenados, sem quaisquer distinções.

Sociedade retrógrada

O Brasil gasta cerca de R\$2.400,00 ao ano por preso (LÚCIA, 2016, apud BALLOUTE, 2020). Se comparado com outros países do mundo, onde os percentuais de reincidência são bem menores, esse valor está muito abaixo do que o necessário para que o preso retorne à sociedade externa da forma desejada.

No entanto, a maioria da população não acredita na capacidade do sistema prisional brasileiro, não crê na ressocialização, contraria qualquer investimento nesse setor e, inclusive, entende que o valor custeado pelo Estado por preso ao ano é excessivo.

Nessa conjuntura, as pessoas cultivam a naturalização da violência e querem que os presos sejam castigados com penas cada vez mais elevadas, porque se sentiram injustiçadas pelo crime cometido. Em 2019, o Pacote Anticrime atendeu ao anseio da sociedade e aumentou a pena máxima que era de 30 anos para 40 anos (consoante artigo 75 do Código Penal).

Por causa da falta de confiança no sistema e, também, pela pouca credibilidade que os cárceres passam aos brasileiros, quando os detentos são libertos, dificilmente algum empregador contrata-os para trabalhar em sua empresa.

Dessa maneira, os sentenciados não são reeducados dentro dos presídios e, ainda, a população não contribui para que eles se mantenham economicamente e longe da criminalidade.

Reincidência

Consoante o estudo brilhante do Michel Foucault, a punição deve ser suficiente para impedir um próximo delito. Nas prisões brasileiras, atenta-se ao fato de que os detentos são punidos com a falta de higiene e médicos, com a superlotação, com a inércia estrutural, com as doenças transmitidas

de um preso para o outro, além da perda da liberdade de locomoção que é inerente a todos os sistemas carcerários.

Nesse cenário, calcula-se que a punição brasileira se torna mais severa por conta das precariedades existentes no bojo do sistema.

Em conformidade com o livro “Direito Penal: Parte Geral”, o Código Penal brasileiro adota a teoria mista, ou seja, a pena com a função de retribuir e prevenir o delito. Todavia, com todos esses óbices existentes na essência do sistema prisional brasileiro, é irretorquível que esses objetivos não são atingidos e que, mais uma vez, a legislação carece de aplicabilidade.

Um exemplo inequívoco de que o sistema não reintegra socialmente os sentenciados está nos altos índices de reincidência. No documentário “Por dentro das prisões mais severas do mundo”, um reincidente foi indagado sobre a sua volta ao presídio e ele disse que o seu único jeito de ganhar dinheiro é através dos assaltos.

Nesse liame, certifica-se de que a educação brasileira falhou muito antes do indivíduo ter entrado na prisão e, quando ingressou no sistema carcerário, não foi lhe oferecido estudos, cursos técnicos e trabalho. Por fim, ele não recebeu a qualificação necessária, tanto nas escolas quanto nas prisões, para conseguir se manter fora da marginalidade.

Como é perceptível, já não existe mais aquele otimismo inicial e “reiteradamente se tem dito que o problema da prisão é a própria prisão” (BITENCOURT, 2019, p. 624).

Destarte, com as mínimas oportunidades e condições dentro da prisão, é categórico que não há arrependimento, mudança no comportamento e na moralidade e, muito menos, a ressocialização. Afinal, nesse meio em que o apenado se encontra, é extremamente complicado obter algum efeito positivo de tudo isso.

5 Sistemas carcerários comparados

A importância de se tratar sobre sistemas carcerários comparados está, realmente, no ato de comparar, pois com a análise de outro sistema percebe-se o que funciona, o que está melhor e o que pode ser feito aqui no Brasil para que o nosso sistema evolua cada vez mais e possa atingir seu escopo principal: a reintegração social.

Cabe salientar, todavia, que há uma discrepância histórico-cultural e extremamente relevante entre cada país e que, por isso, não se pode recepcionar todas as medidas adotadas nos outros sistemas prisionais do mundo.

Na série documental “Por dentro das prisões mais severas do mundo”, atenta-se à circunstância de que os criminosos melhoram e se reeducam de acordo com as condições que lhes são oferecidas nos presídios. Desde a infraestrutura das celas até a relação entre agentes penitenciários e presos, sublinha-se que há uma grande disparidade entre os presídios mundiais e que isso afeta, extrema e conseqüentemente, nos percentuais de reincidência em cada país.

Nesse seguimento, afirma-se que existe uma filosofia em cada penitenciária. No que tange à similaridade, o sistema prisional do Brasil se parece com o do Paraguai e a ideologia da Noruega está, em partes, em consonância com a da Alemanha.

No Paraguai, Tacumbu é considerada a prisão mais perigosa da Terra. Como no Brasil, a superlotação prejudica o ambiente prisional, pois há apenas 35 guardas para 4 mil detentos e a prisão abrange três ou quatro vezes mais do que a sua capacidade. Nesse contexto, é inegável que os carcereiros não têm controle sobre a totalidade dos presos e, também, sobre o que acontece no espaço prisional.

Em consequência disso, vários detentos não possuem celas e se aglomeram no chamado Tinglado onde vivem e dormem ao ar livre, ou

seja, fora dos pavilhões. Nesse local, os apenados ficam revirando o lixo por horas e horas até encontrarem algo para vender, pois eles não têm a oportunidade de ganhar dinheiro de outra forma.

Ademais, os presos se drogam na frente dos agentes e usam garrafas pets (encontradas no lixo) para as suas refeições, pois o Estado não disponibiliza pratos.

Em dia de visita, os familiares podem circular pelo presídio livremente, entram nas celas, têm contato com todos os presos, não há revista, os guardas não fiscalizam e, portanto, há uma maior probabilidade de serem praticados contrabandos.

Além disso, um fato irônico é que os prisioneiros que possuem celas as trancam quando saem por medo de serem furtados.

Destarte, afirma-se que há inúmeras carências em Tacumbu: falta de autoridade, controle, higiene e, inclusive, de verbas. Afinal, parece infundada a hipótese de reincluir esse preso na sociedade se o sistema não lhe proporcionou nenhuma condição de melhora, assistência, estudo, trabalho, entre outras.

Já o sistema prisional alemão, através da prisão Schwalmstadt, acredita e exerce a psicoterapia intensiva, isto é, não prezam pela punição, mas pela reabilitação do preso.

Das seis horas até às vinte e uma horas, os prisioneiros podem andar tranquilamente pelo presídio, inclusive, com as celas abertas. Nesse sentido, somente fora desse horário aludido é que as celas ficam fechadas.

Apesar de ser uma penitenciária de segurança máxima, assim que os criminosos são presos, eles recebem as chaves das suas celas para abrirem e fecharem quando bem entenderem. Logo, destaca-se a liberdade e, também, responsabilidade que propiciam ao apenado.

Dentro do cárcere, os detentos participam de terapias de vários tipos. Em uma delas, o preso escolhido fica no centro de uma roda onde ele será

questionado pelos outros presos. Nesse quadro, os presos fazem com que eles mesmos pensem no delito cometido, se fariam novamente, no que os motivou a cometer o crime, nas consequências deixadas na vida das vítimas e familiares e no arrependimento de ter praticado o crime. Então, eles ajudam uns aos outros a repensar o fato e se tornarem pessoas melhores. Inclusive, alguns deles sentem vergonha de contar o porquê estão presos de tão arrependidos que estão no momento.

Por isso, é indubitável que esse sistema tem muito mais chances de reeducar do que o do Paraguai e o do Brasil, pois tratam o preso com dignidade e buscam o seu real arrependimento. Logo, com o auxílio das terapias, os prisioneiros tendem a se tornar cidadãos de bem.

Em uma última comparação pertinente ao estudo, na Noruega, a pena máxima é de 21 anos praticamente a metade se comparada com a do Brasil, a taxa de reincidência criminal é de 20% (a menor do mundo) e é gasto U\$120 mil por preso ao ano.

Na prisão norueguesa Halden, o funcionamento se dá de uma maneira natural e confortável. Quando um prisioneiro chega ao presídio, ele é recepcionado com um aperto de mão. Nessa acepção, enxerga-se que os presos são tratados com respeito desde o início da execução penal.

Cabe frisar que há 350 funcionários para 250 presos, diferentemente, do Brasil e do Paraguai. Além disso, são ofertados aos presos cursos profissionalizantes (v.g. culinária) e, dentro da prisão, eles trabalham, estudam, limpam as celas e cozinham, pois o presídio oferece apenas uma refeição, justamente, para que eles adquiram a autonomia e a independência de fazerem as suas próprias tarefas.

Em Halden, o sistema tem como base o princípio da normalidade. Nesse sentido, os detentos trabalham, ganham dinheiro em um cartão e podem usá-lo no mercado interno do cárcere. Assim, os prisioneiros

reaprendem a controlar o seu dinheiro, valorizar o trabalho e fazer suas próprias compras.

Ainda em conformidade com o princípio supramencionado, eles tentam fazer com que a prisão se pareça o máximo possível com o mundo e a sociedade externa. Dessa maneira, há a chamada “segurança dinâmica” em que os guardas não ficam somente vigiando, mas se relacionam amigavelmente com os presos, conversam, interagem e jogam cartas. Por causa dessa aproximação, os funcionários conseguem perceber quando um apenado está mudando seu comportamento e, logo, tem-se um maior controle sobre o que está se passando dentro da prisão.

Outrossim, as celas são individuais e cada um possui uma geladeira, um banheiro e uma televisão, como se fosse um hotel, mas podem sempre estar interagindo com os outros presos e guardas.

Nessa mesma linha de pensamento, os presos podem usufruir de um estúdio de música e, também, de sessões de terapia com o intuito de transformar a mentalidade do criminoso, pois esse sistema crê que eles são como pessoas doentes que podem ser curadas.

No entanto, há uma inquietude e revolta permanente dos familiares das vítimas e das vítimas, porque esses indivíduos, que já fizeram tão mal a algumas pessoas, vivem em uma ótima condição de vida no lugar onde deveriam ser castigados. Dessa forma, a sociedade tem a falsa ideia de que o preso se encontra em uma situação melhor do que a das vítimas ou das famílias das vítimas. Consoante a fala de um guarda penitenciário, "Nossa missão não é puni-lo na prisão. Estar na prisão já é o castigo. Se ficar aqui dez anos e o punirmos por dez anos, quem você será quando for libertado?". Assim, não importa o luxo da prisão, pois a punição é a própria prisão, está na perda da liberdade, na impossibilidade de ir e vir e no afastamento dos familiares, amigos e sociedade.

Por fim, o sistema penitenciário brasileiro deve atentar às ideias de ressocialização e reeducação da Alemanha e da Noruega e, também, ao que não deve ser feito em relação ao Paraguai. Nesse sentido, o nosso sistema pode alcançar algumas soluções dos seus problemas através dos bons exemplos aludidos.

6 O machismo por trás das grades

Ao longo deste estudo, sublinha-se que os detentos do sistema carcerário brasileiro vivem em situações desumanas, extremamente precárias, com péssimas condições de higiene e privacidade. Além de estarem submetidas a todas essas barbaridades, as mulheres são vítimas de outros fatores cruéis que as atacam física, psicológica e emocionalmente.

Cabe frisar que o Brasil é o quarto país no mundo que mais prende mulheres (TREVISAN, 2018) e que o número de brasileiras presas aumentou exponencialmente nos últimos anos. Por isso, as condições em que elas se encontram é um tema que deve ser muito debatido.

Ainda de acordo com a leitura do livro “Prisioneiras”, a principal disparidade existente entre os cárceres de homens e mulheres é o número de pessoas nas filas durante os dias de visitas. Nos presídios masculinos, há filas gigantes com mães, pais, esposas, filhos, parentes... Já nos femininos, são muito raras as visitas de algum familiar. Isto posto, a maioria das presas convivem diariamente com a solidão, tristeza e abandono dos maridos, mães, pais e, até mesmo, dos filhos.

Não se pode olvidar, inclusive, que grande parte das mulheres estão presas, justamente, por causa dos namorados/maridos por servirem de “ponte” nos presídios em que eles já estavam encarcerados. Outrossim, giza-se que a companheira faz de tudo para visitar o homem quando este

é preso, porém, quando são elas as prisioneiras, eles simplesmente as descartam.

Ademais, logo no início da obra, é contada uma história marcante de uma moça presa que deu à luz ao seu filho na prisão, amamentou-o por seis meses e, depois, nunca mais o viu.

Entre tantos assaltos, drogas, brigas, assassinatos, estupros, facções, vinganças, armas... existem mulheres que carregam angústias, arrependimentos, desespero, decepções e, mormente, desamparo.

Em referência à palestra da Pauta Feminina, conclui-se que “as mulheres são aquelas que mais visitam, mas não são visitadas.” (Agência Senado, 2018). Nessa conjuntura, surge a inquietude em pensar que, quando essas mulheres forem absolvidas (momento que deveria ser de felicidade), não terão familiares, parentes, amigos para recepcioná-las (é um total abandono).

Dessarte, é inadmissível que uma mulher presa, simplesmente por ser do sexo feminino, seja sinônimo de vergonha para a família, enquanto o homem, sendo condenado da mesma maneira continua recebendo amor, carinho e atenção familiar. Logo, é iniludível o quanto o machismo, lastimavelmente, continua vivo na nossa sociedade em todos os ambientes, inclusive, nas prisões.

7 Solução e prevenção

Depois de todos esses problemas elencados, é imperioso que sejam estabelecidas soluções a fim de mudar significativamente a triste realidade das cadeias e, também, prevenir a chegada de novos cidadãos ao ambiente prisional.

De início, elaborá-las é uma tarefa árdua, porque exige tempo, investimento e compreensão dos cidadãos sobre o que realmente está em jogo: o presente e o futuro da sociedade brasileira.

A curto prazo, o sistema carcerário deve implantar a biblioterapia com o intuito de reduzir o estresse, controlar a depressão, alterar o humor positivamente e ocupar o tempo do encarcerado com algo que lhe seja imensamente benéfico. Além disso, o hábito da leitura deixa as pessoas mais leves, tranquilas e empáticas, qualidades essenciais para que haja um convívio harmonioso e pacífico dentro das celas e presídios.

Como a maioria dos presos hoje não têm a oportunidade de trabalhar e estudar, é justo que a leitura possa garantir a remição por obra lida, através de resenhas, já que tem a capacidade de eliminar o ócio dos apenados, assim como as outras atividades. No Rio Grande do Sul, por exemplo, foi criado o “Projeto de Remição pela Leitura” e, nesse sentido, uma solução é ampliar essa ideia pelos outros presídios do Brasil.

Outrossim, cultos religiosos, aulas de dança, música, teatro, cursos técnicos, esportes e tudo o que envolve a arte são outras ocupações que é de extrema importância para a recuperação, desenvolvimento e, por fim, reintegração social.

Em consonância com os sistemas norueguês e alemão, é imprescindível que os presos tenham acompanhamentos com assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e, até mesmo, que participem de terapias coletivas para que suscite o arrependimento e, conseqüentemente, a vontade de se tornar uma pessoa melhor.

Não se pode obliterar que o papel das palestras médicas, dentro das cadeias, é fundamental, pois solucionam e previnem doenças transmissíveis e, igualmente, algumas mortes.

Ademais, os carcereiros estão em constante risco de vida e, hodiernamente, são chantageados com grandes quantias de dinheiro pelos prisioneiros. Nessa conjuntura, o salário dos funcionários deve ser aumentado e a profissão mais valorizada com o propósito de diminuir a corrupção nesse cenário.

Outras soluções que deveriam ser exercidas: aumentar a estrutura física; possibilitar a permanência em celas individuais; acrescentar mais funcionários dentro das prisões; dedetizar os xadrezes; separar os presos por regimes e antecedentes criminais; ofertar qualificação profissional; encurtar o tempo das penas para que sejam bem-executadas e para que haja uma transformação “útil” do apenado; pôr em prática as perfeitas legislações penais que, até hoje, não saíram do papel e; mormente, tratar o preso como um ser humano.

Também, as instituições brasileiras que protegem as crianças desamparadas e abandonadas devem receber mais investimentos, tanto do Estado quanto dos próprios cidadãos, através de doações. Algumas dessas entidades, como a Associação Projeto Roda Viva (RJ), Pão dos Pobres (RS) e Abrigo Monte Salém (AM), *v.g.*, já ajudaram milhares de crianças com contraturnos escolares, atividades culturais, brincadeiras, suporte terapêutico, entre outros.

No âmbito educacional, é necessário que as verbas sejam aumentadas para que as escolas se tornem locais mais atrativos aos alunos, com salas organizadas, paredes coloridas, quadros e classes novas, parquinhos divertidos, lanches nutritivos, apresentações e musicais ao longo do ano e, máxime, sem carência de professores. Outrossim, a escola deve atentar às individualidades dos estudantes com a intenção de compreender as dificuldades que são enfrentadas por eles, às vezes, dentro dos seus próprios lares.

Por consequência disso, as escolas se tornarão um lugar agradável, confortável e em que as crianças, efetivamente, queiram estar. Dessa maneira, o número de evasões diminuirá e os jovens dificilmente terão o crime como realidade.

Nos turnos inversos ao do estudo, o tempo das crianças deve ser ocupado com outras atividades. Nessa linha de pensamento, o esporte é uma das palavras-chaves no que tange a combater a ociosidade.

Nessa conjuntura, devem ser criados núcleos de treinamentos gratuitos em todas as cidades do Brasil, pois o esporte tem a capacidade de melhorar a saúde física e mental, aumentar o convívio social, despertar a responsabilidade, pontualidade, disciplina, espírito coletivo, persistência, liderança, altruísmo, etc.

In fine, giza-se que as soluções, a curto prazo, e as prevenções, a longo prazo, poderão tirar o sistema prisional brasileiro da crise e fazer com que os presos sejam, real e eficientemente, recuperados.

Considerações finais

Desde a Antiguidade, busca-se encontrar um sistema consentâneo e eficiente para organizar a punição. Hoje, o preso é enclausurado nas prisões e pode-se afirmar que, no Brasil, os suplícios tão deploráveis ainda estão presentes, mesmo que indiretamente, nas outras maneiras de castigar por intermédio das péssimas condições carcerárias.

Nesse enquadramento, é impreterível que os encarcerados sejam vistos e tratados como seres humanos que são, apesar de suas criminalidades e violências que, por vezes, são fruto de um Estado irresponsável, corrupto e despreocupado com o futuro da nação brasileira.

Além disso, esse ambiente desumano, precário e desorganizado dos presídios torna o cumprimento da pena inútil e, quase sempre, maléfico à sociedade, pois o detento reaparece ao ambiente externo com muitas influências criminais, advindas da escola do crime, e volta a delinquir.

Depois de todo esse estudo, é inquestionável que o apenado tem de encontrar na cadeia um novo caminho para seguir sua vida, onde ele reflita, se arrependa, se aprimore em algumas técnicas e, por fim, consiga

se reintegrar. Se os presídios brasileiros continuarem tão precários, mal cuidados e bagunçados como estão, majoritariamente, os presos não vão se transformar, nem se ressocializar e, lamentavelmente, virão a reincidir.

Por dentro das prisões, deve existir uma sensação de esperança para que o indivíduo que ingresse no sistema tenha uma segunda oportunidade de se tornar uma pessoa melhor, com empatia, paciência, afeto, carinho, cuidado, solidariedade e amor pelos outros indivíduos.

Assim, com a educação interligada ao esporte como meios preventivos, é incontroverso que o número de encarcerados diminuirá cada vez mais. Dessa forma, será muito mais fácil controlar, reeducar com melhores condições (celas individuais, higiene, separação por regime), oferecer oportunidades (trabalho, estudo, esporte) e, mormente, reinserir na sociedade.

À vista disso, o sistema prisional brasileiro ganhará credibilidade perante à população e, assim, o egresso conseguirá encontrar vagas de emprego e se manter, economicamente, afastado do crime.

O encarceramento é reflexo da carência educacional. O principal erro do Brasil não está atrás das grades, mas antes mesmo de o indivíduo pisar na cadeia.

Referências

Agência Senado (2018). **Palestrantes apontam dificuldades enfrentadas por mulheres encarceradas**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/29/palestrantes-apontam-dificuldades-enfrentadas-por-mulheres-encarceradas>>. Acesso em: 29 de set. de 2020;

Alemanha: a prisão com terapia (Temporada 4, ep.2). Por dentro das prisões mais severas do mundo. Direção: Kate Godfrey. Produção: Kate Godfrey. Alemanha: Emporium, 2020;

BALLOUTE, S. (2020). **Encarceramento em massa: e eu com isso?** Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/11/16/encarceramento-em-massa-e-eu-com-isso/>>. Acesso em: 02 de nov. de 2020;

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal 1: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019;

Brasil: a prisão das gangues (Temporada 2, ep.1). Por dentro das prisões mais severas do mundo. Direção: David McConnell. Gideon Boulting e Cristinna Guimarães: Emporium, 2017;

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site Planalto, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2020;

Brasil. Decreto-lei nº 2.848, *Código Penal*. Site Planalto, 7 de dezembro de 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de out. de 2020;

Brasil. Lei nº 7.210, *Lei de Execução Penal*. Site Planalto, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 02 de out. de 2020.

CÂMARA DE NOTÍCIAS, Agência (2019). **Projeto transfere recursos do Fundo Penitenciário para construção de colônias agrícolas e industriais**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/551125-projeto-transfere-recursos-do-fundo-penitenciario-para-construcao-de-colonias-agricolas-e-industriais/>>. Acesso em: 24 de set. de 2020;

DROPA, R. F. (2004). **Direitos humanos no Brasil: a exclusão do detento**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5228/direitos-humanos-no-brasil>>. Acesso em: 05 de out. de 2020;

FOUCALT, M. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. 27. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987;

FRANÇA, L. (2019). **Evasão escolar no Brasil: o papel do gestor na retenção dos alunos**. Disponível em: <<https://www.somospar.com.br/evasao-escolar-no-brasil/#:~:text=Fatores%20que%20geram%20a%20evas%C3%A3o%20escolar%20no%20Bra>>

sil&text=As%20raz%C3%B5es%20mais%20frequentes%20abrangem,estabelecimento%20de%20ensino%2C%20entre%20outras>. Acesso em: 10 de out. de 2020;

JINKINGS, D. (2012). **ONU denuncia corrupção e controle de presídios brasileiros por facções criminosas**. Disponível em: <<https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/3150978/onu-denuncia-corrupcao-e-controle-de-presidios-brasileiros-por-faccoes-criminosas>>. Acesso em: 04 de out. de 2020;

KOLLER, F. S. (2016). **10 instituições de proteção à infância que você pode ajudar com doações e trabalho**. Disponível em: < <https://www.semprefamilia.com.br/virtudes-e-valores/10-instituicoes-de-protECAo-a-infancia-que-voce-pode-ajudar-neste-dia-das-criancas/>>. Acesso em: 22 de set. de 2020;

Noruega: a prisão perfeita? (Temporada 3, ep.4). Por dentro das prisões mais severas do mundo. Direção: David Mcconnell. Produção: David Mcconnell. Cylinder Production David Garcia: Emporium, 2018;

Paraguai: a prisão mais perigosa da Terra (Temporada 4, ep.1). Por dentro das prisões mais severas do mundo. Direção: Jhonny Mc Devitt e Minna Sedmakov. Produção: Jhonny Mc Devitt e Minna Sedmakov. Gryo TV: Emporium, 2020;

PASCHOAL, J. C. Direito Penal: Parte Geral. 2. ed. Barueri: Manoele, 2015;

REIS, C. (2010). Apontamentos sobre a relação entre a antropologia e o direito. Revista Videre, Dourados, jan./jun. (3), 65-82. Disponível em: < <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/709>>. Acesso em: 24 de set. de 2020;

RS, G1. (2015). **Sistema carcerário do RS tem 5,5 mil presos a mais que a capacidade**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/05/sistema-carcerario-do-rs-tem-55-mil-presos-mais-que-capacidade.html>>. Acesso em: 03 de out. de 2020;

SUSEPE, Imprensa (2020). **Estabelecimentos prisionais do RS dão início às atividades do projeto Remição pela Leitura**. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=4&cod_conteudo=4111>. Acesso em: 25 de set. de 2020;

TREVISAN, M. C. (2018). **Brasil é o 4º país que mais prende mulheres: 62% delas são negras**. Disponível em: <<https://mariacarolinatrevisan.blogosfera.uol.com.br/>>

2018/05/16/brasil-e-o-40-pais-que-mais-prende-mulheres-62-delas-sao-negras/>.

Acesso em: 19 de set. de 2020;

ÚLTIMO SEGUNDO, iG (2019). **Relembre os maiores massacres em presídios brasileiros**. Site. Disponível em: < <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-07-30/relembre-os-maiores-massacres-em-presidios-brasileiros.html>>. Acesso em: 23 de out. de 2020;

UOL (2013). **Brasil tem 3ª maior taxa de evasão escolar entre 100 países, diz Pnud**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2013/03/14/brasil-tem-3-maior-taxa-de-evasao-escolar-entre-100-paises-diz-pnud.htm>>. Acesso em: 10 de out. de 2020;

VARELLA, D. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999;

VARELLA, D. **Prisioneiras**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

Responsabilidade civil estatal diante da ineficiência da segurança pública ¹

*Oli Junior Borsa do Prado*²

*Ezequiel Paulo Zanellatto*³

“Você precisa de alguém que te dê segurança,

Senão você dança”

(Engenheiros do Hawaii)

Introdução

O tema em estudo neste artigo trata da possível aplicação do instituto da responsabilidade civil ao Estado diante da ineficiência na segurança pública. A abordagem será feita, especialmente, no que tange à não garantia do direito fundamental e social à segurança pela inoperância e omissão do ente estatal em não promover políticas públicas e nem fornecer estruturas adequadas aos órgãos responsáveis para efetivar esse direito.

A questão da responsabilidade civil do Estado em relação à segurança pública se sustenta tendo em vista o grave cenário existente no país nos últimos anos: cada vez mais, bens jurídicos dos indivíduos vêm sendo lesados, tendo em vista a omissão estatal em garantir o mínimo de segurança pública à população. Diante disso, uma vez que falta políticas

¹ Artigo científico produzido como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, sob orientação do Professor Mestre Ezequiel Paulo Zanellatto, no ano de 2021.

² Aluno do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 163073@upf.upf.br. Link para o currículo na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7528509563236159>.

³ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. E-mail: zequi@upf.upf.br. Link para o currículo na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6004723721744395>.

públicas que visem alterar esse contexto caótico, esse estudo pretende identificar alternativas para a contrapartida estatal, que vise reparar o dano causado aos particulares pela falta de serviço prestado e pelo não cumprimento do direito fundamental e social à segurança, previsto na Constituição Federal.

Salienta-se, ainda, que o tema em questão não está pacificado no sistema jurídico pátrio, de modo que persiste divergência em relação a aplicação da responsabilidade civil do Estado em casos de omissão, inclusive acerca da responsabilidade ser objetiva ou subjetiva. Assim, pretende-se demonstrar a necessidade da reparação do dano, bem como analisar os diferentes ideários, a fim de evidenciar qual é a teoria que deve ser aplicada, tendo em vista a realidade do Brasil.

Nessa perspectiva, a análise da responsabilidade civil do Estado em face da ineficiência na segurança pública se dará por meio de três tópicos. Assim, primeiramente, será feita uma abordagem da segurança pública como sendo parte dos direitos sociais, portanto de caráter prestacional, para assim demonstrar a necessidade da atuação positiva do Estado.

Posteriormente, será feita uma análise acerca das diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil por omissão do Estado, demonstrando que se trata de uma questão ainda não pacificada e que necessita de uma adequação nas decisões judiciais, de modo a não causar uma insegurança jurídica.

Por fim, pretende-se relacionar a falta de atuação do ente estatal, ou sua atuação de forma inefetiva, com a não garantia de um mínimo existencial no que tange ao direito à segurança pública, de modo que seja possível ensejar em uma reparação do dano, com base na responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que se trata de um direito inerente a preservação humana e imprescindível para garantir o bem estar e padrões mínimos de dignidade para todos.

1 A segurança pública como um direito fundamental social

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a segurança pública como um direito fundamental de todos os indivíduos, sendo um direito social previsto na Constituição Federal em seus artigos 6º e 144, *caput*⁴. Outrossim, tem-se por direitos fundamentais todas aquelas posições jurídicas que pertencem às pessoas, devido ao seu conteúdo e importância, tendo em vista o direito constitucional positivo, e por isso foram integrados ao texto da Constituição, não sendo dessa forma, simplesmente disponíveis aos poderes públicos (SARLET, 2008, p. 82). Diante disso, evidencia-se a importância da atuação positiva estatal, para garantia dos direitos fundamentais dispostos na Constituição, sob uma ótica de concretização dos direitos sociais, e assim, de suma importância para garantir a segurança pública.

Primeiramente, é importante perceber que, em relação à segurança, os primórdios da humanidade remontam para uma época em que a solução dos conflitos se dava por meio de atos de violência, para buscar assim satisfazer as próprias pretensões. Com a evolução da civilização, a segurança pública passou a ser uma das razões para a criação do Estado, que detinha o poder-dever de proteção da organização social, e que no seu princípio o fazia por meio do encarceramento de malfeitores (BATISTI, 2014, p. 60).

Em âmbito nacional, denota-se que somente com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito à segurança pública foi colocado na dimensão de direito social (art. 6º). Essa nova perspectiva, está inteiramente alinhada com o rompimento do Estado autoritário da

⁴ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]

ditadura militar imposta desde 1964 e a instituição, formal, de um Estado Democrático de Direito, de bases republicana e federativa, em cujos fundamentos estão, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que se materializam por meio da proteção dos direitos (a possibilidade de exercer poderes ou de exigir condutas) e das garantias fundamentais (instituições, condições materiais ou procedimentais colocadas à disposição dos titulares de direito para promovê-los ou resguardá-los) (BARROSO, 2009, p. 176).

Nessa perspectiva constitucional, evidencia-se a ideia do Estado como ente que deve prover os direitos sociais do indivíduo e o mínimo existencial para garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a segurança pública faz-se imprescindível para que essas garantias sejam cumpridas, uma vez que por sua essência se caracteriza como um direito instrumental direcionado para manutenção e realização de outros direitos. Assim, por exemplo, o regular funcionamento dos serviços de saúde, da educação e do bem estar comum em geral, é imprescindível a exigência da ordem pública.

Consigna-se, com isso, que a homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade (BONAVIDES, 2002, p. 72). Ademais, fica clara a importância que deve ser dada à segurança pública, visto que ela é resultado de uma evolução da cultura político-jurídica das sociedades com a finalidade de preservar a convivência humana de forma harmônica.

Essa concepção político-social leva em conta as necessidades humanas e parte de uma sequência histórica: primeiro, os direitos individuais civis (que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado); depois, os políticos (que expressam os direitos de nacionalidade e os de participação política na formação da vontade do

Estado) e, por fim, os direitos sociais, econômicos e culturais (normalmente chamados de direitos sociais incluem direitos a determinadas prestações positivas do Estado) (BARROSO, 2009, p. 201). Essas diferentes espécies de direitos serão tratadas como dimensões, haja visto que conforme a doutrina moderna, os diversos estágios se complementam, não havendo ruptura com a dimensão anterior o surgindo de uma posterior.

Nessa perspectiva, extrai-se da lição de Bonavides que ao invés de “gerações” é mais lógico definir como “dimensões de direitos fundamentais”, contexto em que fica evidente que as dimensões antigas não desaparecem com surgimento das mais novas (2002, p.525). Desse modo, compreende-se que as dimensões de direitos humanos e fundamentais não são sucessões ou divisões, mas adições (SAYEG, BALERA e CANTARINI, 2019, p. 5).

Dessa modo, o direito à segurança pública pode ser classificado com um direito de segunda dimensão, sendo um direito social, tendo em vista a ordem cronológica em que foi declarado, em momento posterior ao Estado Liberal e com a ascensão do Estado Social. No entanto, essa classificação do direito à segurança pública como de segunda dimensão não impede que também se trate como um direito de terceira dimensão, que configura um direito próprio do gênero humano e que busca a concretização da paz (GLINA, 2020, p. 80 – 81). Tendo por base essas classificações, entende-se que tal natureza de direitos pressupõe uma atuação positiva do Estado, observando-se um caráter prestacional dessas garantias fundamentais no sentido de suprir as carências de toda coletividade.

Sobre esse viés de obrigação positiva, entende-se que a positivação constitucional dos direitos sociais, culturais e econômicos, no início do século XX, inaugura uma nova fase política: a fase do Estado do Bem-Estar

Social. Nesse momento, sobre os ombros do Estado recaiu a obrigação de realizar políticas públicas interventivas tendentes à melhoria das condições de vida da sociedade. Exigiu-se, pois, do governo, o cumprimento de prestações positivas, inibindo, agora, o arbítrio do poder privado (notadamente, o econômico e o social) (SARMENTO, 2006, p. 25). Passou-se a exigir do governo, então, uma postura ativista, ou seja, impunha-se ao poder estatal o dever de interferir ao máximo na realidade privada, em uma típica obrigação de fazer, o que demonstra seu caráter positivo (SARLET, 2008, p. 57).

Posto isso, evidencia-se a necessidade da atuação proativa do Estado, uma vez que era o Estado liberal clássico que limita sua atuação de velar pela segurança e pela ordem públicas, sem qualquer iniciativa de natureza social (BONAVIDES, 2007, p. 40). Em síntese, os direitos sociais, dentro da Constituição Federal de 1988, não se tratam de um mero poder de agir, mas sim um poder de exigir do Estado (FERREIRA FILHO, 2006, p. 49-50).

Sob essa ótica da segurança pública trazida na Constituição Federal, torna-se necessário conceituá-la, assim, impõe-se a definição de Walter Ceneviva sobre a segurança pública, segundo o qual se trata de um dever estatal de pacificar a sociedade e ser um elemento imprescindível à prática democrática, uma vez que é necessária para a correta manutenção da ordem pública. Com isso, se consubstancia como um dever estatal para com os seus cidadãos, que por sua vez vinculam-se às responsabilidades que dela decorrem. Assim, garante-se a incolumidade das pessoas, bem como o patrimônio público e privado. Por fim, a maneira como ocorre a organização e funcionamentos dos órgãos de segurança pública, será disciplinado por lei, buscando a eficiência de suas atividades (1991, p. 239).

Outro conceito importante para o desenvolvimento do presente estudo, trata-se de uma visão lato sensu da segurança pública, se constitui

por vários órgãos ou instituições, que podem ser divididos sob três prismas. O primeiro tem caráter preventivo contra danos individuais e coletivos, do qual a atividade ocorre através de fiscalizações e vistorias. O segundo, são os órgãos que têm caráter repressivo, que promove o exercício de suas atividades através da imposição de sanções. E por fim, as que prestam serviços de socorros urgentes, em caso de calamidades públicas ou de perigo individual, tudo em conformidade com o disposto no art. 144 da Constituição Federal. Diante das definições expostas, foi possível melhor determinar o alcance do que seria a segurança pública, de modo que facilita, posteriormente, verificar a exigibilidade desse direito.

Nesse sentido, segurança pública, visa a assegurar a tranquilidade, segurança e a salubridade da coletividade, possibilitando o progresso de toda a sociedade e por isso está extremamente atrelada à concretização de princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, segundo Sarlet, em cada direito fundamental reside alguma projeção da dignidade da pessoa (2008, p.437-8). Assim, o referido princípio firmado na Constituição, indica uma norma descritiva que busca concretizar os direitos fundamentais, apontando dessa forma, um estado ideal das coisas, e almejando uma correlação entre o bem protegido e a conduta necessária para sua proteção (ÁVILA, 2012, p. 85). Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana, visa a garantir a existência digna de todas as pessoas com o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais, inclusive devendo haver responsabilização civil do Estado quando esses direitos não tenham plena efetividade.

Tendo em vista tamanha importância de tal princípio no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais básicos, inclusive o direito à segurança pública, uma vez que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem

asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2008, p. 118).

Assim sendo, para que a pessoa possa viver de forma livre, faz-se necessária a garantia da sua segurança desde o âmbito pessoal até o coletivo, uma vez que no aspecto da dignidade da pessoa humana, não é concebível que um indivíduo viva atemorizado, com isso, segurança é o estar livre do temor (ALMEIDA, 1996, p. 63).

Desse modo, evidencia-se que o Estado como protetor dos direitos fundamentais, não pode se eximir de garantir a segurança pública, uma vez que a própria dignidade humana depende da sua concretização. Diante dessa premissa, faz-se necessário meios eficazes para exigir do poder estatal reparação do dano proveniente da falha na sua atuação quando não oferece os meios necessários para cumprir com suas obrigações e garantir os direitos sociais que objetivam permitir que o indivíduo viva de forma digna, em especial para esse estudo, o direito à segurança pública.

A partir disso, a responsabilidade civil faz-se imprescindível como ferramenta lógica e justa de minimização da falta de presença estatal em cumprir com seu dever de preservar a segurança pública de todos, por isso o referido instituto será abordado de forma especial no próximo tópico.

2 Responsabilidade Civil e a sua aplicação em face de condutas omissivas do Estado

Para atender os objetivos a que se propõe a presente abordagem é essencial compreender que responsabilidade civil se trata de um instituto jurídico que é originário do dever de reparar o dano, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, causado pela violação de um dever jurídico, legal ou contratual (TARTUCE, 2021, p. 70). No entanto, no que tange à responsabilidade atinente aos danos causados a particulares que decorrem

da omissão diante do dever de agir do ente estatal, torna-se notável a necessidade de analisar as diferentes posições no ordenamento jurídico a fim de buscar uma adequação das decisões judiciais, em âmbito nacional, tendo em vista que essa questão está longe de ser pacificada nos tribunais e na doutrina.

Sob esse prisma da necessidade de adequar o entendimento sobre tema buscando um denominador comum, torna-se válida uma breve exposição do princípio da segurança jurídica, que na concepção de Mello (2013, p. 123) é “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. Dessa forma, o direito geral à segurança, também abarca a segurança jurídica, uma vez que busca uma proteção normativa e material contra atos do poder público e de outros particulares que possam violar os direitos pessoais (SARLET, 2008, 437).

Diante disso, tem-se que uma parte da doutrina pátria, juntamente com alguns tribunais, conforme será demonstrado adiante, vem adotando a ideia de que a responsabilidade do Estado decorrente da omissão é subjetiva. Sendo assim, para essa corrente denominada subjetivista, o Estado apenas teria a obrigação de reparar o dano quando ficasse provada a culpa ou dolo, de modo que essa prova fica a cargo do particular que foi lesado. Nesse sentido, a responsabilidade subjetiva trata-se da obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito, sendo possível quando constatado dolo ou culpa, consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto (MELLO, 2013, p. 1019).

Nessa toada, no ordenamento jurídico pátrio, nota-se uma grande influência da teoria da “*faute du service*”⁵, proveniente da doutrina

⁵ De acordo com conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello a responsabilidade por omissão é responsabilidade subjetiva, sendo baseada no dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, sendo

francesa. Entretanto, para a corrente subjetivista, o que gera mais desentendimento no assunto tem por premissa a tradução errônea do termo, que significa na verdade culpa no serviço, e não falta de serviço, como foi traduzido.

Diante disso, tem-se que quando o Estado deixar de praticar um ato, ele apenas deverá ser responsabilizado quando for constatada a culpa ou dolo, descaracterizando assim a ideia de algo objetivo. Sendo assim, evidencia-se que a responsabilidade por falta de serviço, falha no serviço ou culpa do serviço não pode ser entendida como objetiva, tendo em vista que por ser baseada na culpa ou dolo trata-se de uma responsabilidade subjetiva (MELLO, 2015, p. 1031).

No entanto, quando se trata de um dever legal do Estado, este não pode se eximir de cumprir com sua função constitucional de manutenção da segurança na sociedade. Diante disso, Mello ressalta ainda que se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano, de modo que só pode ser, caso esteja obrigado a impedir o dano, ou seja, caso tenha descumprido um dever legal (2015, p. 1043). Em vista disso, fica claro o dever de reparar do Estado quando não cumpre suas atribuições, ocorrendo a discussão acerca da necessidade da prova de culpa ou não.

Conforme pretende-se demonstrar, as decisões dos tribunais brasileiros seguem, de maneira nem sempre linear umas com as outras. Nesse sentido, muitas decisões entendem que teoria a responsabilidade civil não é genérica, nem indeterminada. Assim, alguns tribunais, inicialmente, já julgaram atribuindo a tese de exclusão de responsabilidade, por não considerar correto atribuir ao Estado a

atribuída ao serviço estatal genericamente e não de forma individual na pessoa ou funcionário. Trata-se da culpa anônima ou *faute du service* dos franceses, entre nós traduzida por falta do serviço. Nesse sentido, por basear-se no dolo ou culpa não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. No entanto, ressalta-se que na responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma "presunção de culpa", tendo em vista extrema dificuldade em se provar que um serviço operou abaixo dos padrões devidos (2015, 1032).

finalidade de segurador universal, pelas razões que Celso Antônio Bandeira de Mello destacou conforme demonstrado acima, sendo necessária a prova de culpa do Estado, conforme decisões abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO EM VÍTIMA CAUSADA POR BALA PERDIDA. DEVER DE SEGURANÇA DO PODER PÚBLICO. OMISSÃO GENÉRICA. (...) 3) Ainda que se perfilhasse o entendimento de que no caso de omissão a responsabilidade do Estado é subjetiva, não se tem por caracterizada a culpa, se não comprovada a ausência do serviço ou sua prestação ineficiente, vez que não se pode esperar que o Estado seja onipresente. 4) Provimento do primeiro recurso. Prejudicada a segunda apelação. (TJ/RJ. Apelação Cível nº 2007.001.63327. 2ª Câmara Cível. Relator: desembargador Heleno Ribeiro P. Nunes. Julgado em 19 de dezembro de 2007)

ASSALTO VIA PUBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZACAO. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO NA LINHA VERMELHA. INDENIZAÇÃO OMISSÃO GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE LIAME ENTRE O DANO E A OMISSÃO DO ESTADO. (...) Tratando-se de omissão genérica, e não específica, responde o Estado subjetivamente, sendo necessário a comprovação de algum liame entre a omissão do Estado e o dano sofrido pelos Autores para sua condenação.

RECURSO DESPROVIDO. (TJ/RJ. Apelação Cível nº 0052423-61.2002.8.19.0001. 2ª Câmara Cível. Relator: desembargadora Elisabete Filizzalo Assunção. Julgado em 17 de dezembro de 2003).

Além disso, a corrente subjetivista sustenta também que a omissão estatal é aquela voltada ao ente estatal, e não ao indivíduo incumbido investido em função pública, por isso não se aplica a responsabilidade objetiva elencada no artigo 37, §6^o, da Constituição Federal. Nesse diapasão, entende-se que a responsabilidade não deve ser objetiva porque

⁶ Art. 37, parágrafo 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

decorre do mau funcionamento do serviço público e nesse caso deve-se provar a culpa do serviço público, porque o dano não decorreu da atuação de um agente público e sim de uma omissão do poder público (DI PIETRO, 1999, p. 531).

Diante de tal afirmação, conclui-se que tal teoria pode não ter uma atuação efetiva na prática. Isto porque, não leva em conta a situação de fragilidade do administrado, que por não ter tanta intimidade com a máquina estatal e como ela funciona, teria grandes dificuldades de apontar onde que o serviço não ocorreu como deveria, e assim, ficaria prejudicada a prova de culpa ou dolo do Estado.

Quando se fala da responsabilidade objetiva, trata-se da teoria mais utilizada acerca da responsabilização civil do Estado. Entretanto, tal entendimento ainda não está pacificado no que tange à omissão a estatal, fazendo com que situações como a prestação defeituosa do serviço relacionado a segurança pública sofra resistência na aplicação quando o particular busca a reparação do dano sofrido.

Acerca da corrente objetivista, é essencial trazer para o estudo o conceito de responsabilidade civil objetiva, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello é “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem, bastando a relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz” (2013, p. 1021). Assim, a responsabilidade objetiva baseia-se na ideia de que aquele que lucra com uma situação deve responder também pelas desvantagens resultantes, ou seja, quem auferir os lucros deve suportar os riscos (GONÇALVES, 2017, p. 28).

O ordenamento jurídico pátrio adotou para a responsabilidade estatal, a teoria do risco administrativo, que significa que o Estado deve ser responsabilizado pelos riscos criados pela sua atividade. Dessa forma,

a responsabilidade civil pode ser vista como uma proteção ao cidadão, frente à supremacia estatal e aos atos ilícitos ou até mesmo lícitos, que causem dano ao particular, de modo que busca igualar os dois lados, e preservar os direitos dos indivíduos.

Com isso, a teoria do risco administrativo, decorrente da atividade pública, serviu como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, de maneira que para essa teoria a Administração Pública, por consequência de suas atividades normais e também anormais, acaba gerando risco à comunidade. Assim, considerando que as atividades são exercidas em favor de todos, seria injusto que apenas uma parcela de indivíduos arcasse com o ônus dessa atividade, por isso o Estado, como representante do todo, deve suportar os ônus, independente de culpa de seus agentes (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 252).

Conforme sustenta a teoria do risco administrativo, para que haja a reparação basta a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a atividade estatal. Sendo assim, percebe-se que ao observar o indivíduo como parte mais frágil frente ao Estado, é retirada do encargo da vítima de provar culpa, além de que eventuais excludentes de culpabilidade ficam a cargo do ente estatal provar. Nessa Perspectiva, Yussef Said Cahali discorre na responsabilidade civil administrativa basta a verificação do nexo de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo da administração pública e o evento danoso (2012, p. 40).

Trazendo a teoria do risco administrativo para os casos de omissão, é válido apontar o posicionamento de João Agnaldo Donizeti Gadini e Diana Paola da Silva Salomão (2003, p. 227 - 228) quando afirmam que é aplicável a “responsabilidade objetiva pelas condutas omissivas que causarem danos a terceiros, haja vista a necessidade de proteger o lesado frente a dificuldade deste em demonstrar a culpa de algum agente ou que o serviço não funcionou como deveria”.

Sendo assim, a discussão também se prolonga na jurisprudência, de modo que se evidencia a falta de linearidade nas decisões. Desse modo, é possível notar, ainda, a ocorrência da responsabilização do Estado de forma objetiva, conforme se depreende da decisão abaixo:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. “BALA PERDIDA”. LINHA AMARELA. FERIMENTO CAUSADO A TRANSEUNTE EM TIROTEIO PROVOCADO POR TERCEIROS NÃO IDENTIFICADOS. (...) O clima de insegurança chegou a tal ponto que os mais favorecidos têm trafegado pelas vias da cidade em carros blindados. Há uma guerra não declarada, mas as autoridades públicas, aparentemente, ainda não perceberam a extensão e a gravidade da situação. Pessoas são assassinadas por balas perdidas dentro de suas casas, enquanto dormem, em pontos de ônibus, em escolas, nas praias e em estádios de futebol. O Estado não se responsabiliza por esta criminosa falta de segurança, escudado por um verdadeiro nonsense teórico-jurídico, como se os projéteis que cruzam a cidade viessem do céu. Além disso, a tese tem servido como efetivo estímulo para que a Administração permaneça se “omitindo genericamente”, até porque aos eventos de balas perdidas tem-se dado o mesmo tratamento jurídico dispensado ao dano causado pelo chamado “Act of God”. A vetusta doutrina da responsabilidade subjetiva por atos omissivos da Administração Pública não tem mais lógica ou razão de ser em face do abandono em que se encontra a população da cidade do Rio de Janeiro. Ainda que se concordasse com o afastamento da responsabilidade objetiva, nestes casos, seria possível, sem muito esforço, verificar que no conceito de culpa “stricto sensu” cabe a manifesta inação do Estado e sua incapacidade de prover um mínimo de segurança para a população, sendo intuitivo o nexo causal. Não se trata bem de ver, de episódios esporádicos ou de fortuitos. Tais eventos já fazem parte do dia-a-dia dos moradores da cidade. Pessoas são agredidas e mortas dentro de suas próprias casas. Autoridades são roubadas em vias expressas sob a mira de armamentos de guerra. Dizer que o Estado não é responsável equivale, na prática, a atribuir culpa à vítima. O dano sofrido é a sanção. Recurso provido por maioria. (TJ/RJ. Apelação Cível nº0208741-

96.2007.8.19.0001. 20ª Câmara Cível. Relator: desembargador Marco Antonio Ibrahim. Julgado em 6 de maio de 2009).

Nesse sentido é o antigo precedente do Supremo Tribunal Federal (STA -2a T. -RE -Rel. Temístocles Cavalcanti – julgamento em 29 de maio de 1968 – RDA 97/177), “a Administração Pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa”. Diante desse entendimento, deveria o Estado ser responsável perante a sua omissão em relação à segurança, respondendo pelos danos que foram causados em face à sua ausência, enquanto deveria estar protegendo. No entanto, como foi verificado nas decisões pautadas na tese da responsabilidade subjetiva, tal posicionamento foi isolado e os tribunais pátrios firmaram entendimento no sentido de que o Estado não responderia civilmente por omissão, principalmente em relação à segurança pública.

No entanto, em 2008, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello abriu novamente a discussão referente à omissão estatal em prestar seu dever constitucional de forma a questionar o entendimento até então pacificado pelos tribunais brasileiros. Após uma longa caminhada pelo instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão, a Corte proferiu uma decisão relevante sobre o tema: concedeu uma tutela antecipada condenando o Estado de Pernambuco ao pagamento de todas as despesas necessárias à realização de implante de marcapasso diafragmático muscular a um cidadão que ficou paraplégico em decorrência de assalto em via pública (STA 223 AgR/PE. Rel. orig. Min. Ellen Gracie. rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello. Julgado em 14 de abr. 2008).

Diante de todo contexto narrado acerca das responsabilidades civil por omissão, deve-se observar que relativamente à segurança pública, trata-se

de um direito fundamental e social, ressaltando ainda mais a responsabilidade do ente estatal perante à sociedade, não podendo o Estado deixar de utilizar todos os meios para prevenir danos à integridade física dos administrados e a de seus bens, bem como assegurar a ordem pública, sob pena de arcar com os ônus de sua omissão, ideia essa que será melhor aprofundada no próximo tópico.

3 Aplicação da responsabilidade civil ao Estado diante da ineficiência na garantia do direito social à segurança pública

Como visto, a segurança pública é um dos sistemas de que dispõe o Estado Democrático de Direito para garantir a proteção individual e patrimonial dos indivíduos e a tranquilidade da sociedade em geral. Com isso, pode-se definir esse sistema como um conjunto de instrumentos de prevenção, vigilância, repressão, reparação, garantia de liberdades individuais e defesa de direitos sociais, de acordo com o Clóvis Henrique Leite de Souza (2008, p. 6), assim o autor ainda ressalta que a segurança pública “deve estar articulada com ações sociais priorizando a prevenção e buscando atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social”.

Assim sendo, percebe-se que a segurança pública prestada pelo Estado, vem sendo por muitas vezes, insuficiente e falha, de maneira que pouco é visto políticas públicas com intuito de diminuir a violência, e em contrapartida tem-se uma repressão ineficaz, de modo que os dados apontam para um quadro alarmante no país no que tange à insegurança da população⁷.

⁷ A taxa de insegurança no Brasil nos últimos anos tem se mantido sempre como uma das piores do mundo, conforme evidenciou o Informe Regional de Desenvolvimento Humano (IDH) 2013-2014, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), e o relatório Global Law and Order 2015 a 2017. Além disso, Conforme Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014 do do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil é o terceiro país da América Latina com a maior taxa de roubos por 100.000 habitantes no período de 2005 a 2011, tendo levado 24,7% de sua população a restringir até mesmo seus locais de lazer. Também é o país com maior taxa de guardas privados em relação às polícias, o que demonstra, segundo o relatório, também “as desigualdades

Com isso, tendo em vista a correspondência entre os direitos e deveres, em relação ao direito fundamental à segurança pública corresponde o dever do Estado de adotar ações positivas que possam assegurar este direito. Observa-se, ainda, que o dever estatal não se exaure na prestação de serviços de policiamento, de maneira que este deve, também, ocorrer por meio de políticas públicas e programas de governo, com a adoção de um conjunto de medidas, ações e planos, visando não apenas consequências, mas principalmente as causas da insegurança e da criminalidade (GLINA, 2020, p. 95 - 96).

Nessa mesma linha, de que a eficácia do serviço de segurança vincula-se a prestação continuada de políticas públicas, decidiu o Supremo Tribunal Federal, que a segurança pública deve ser garantida mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições que possibilitem o funcionamento efetivo de tal serviço (STF - RE 559.646 AgR, rel. min. Ellen Gracie, 2a T, julgado em 7 de Jun. 2011).

Diante disso, destaca-se que a melhora na prestação de serviços de segurança pública, pressupõe a compreensão do ente estatal de que se deve dar mais atenção em eliminar os fatores que geram a violência, a criminalidade e a violação de direitos, e não unicamente buscar o enfrentamento repressivo.

Assim discorre o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2009, expondo que as experiências de maior sucesso na prevenção de crimes focaram nas causas que tornam a violência um problema local, e assim recomendou algumas medidas que podem ser tomadas como reduzir o consumo de álcool, limitar e regular a posse privada de armas de fogo, “redesenhamento” urbano, criação e

manutenção de áreas públicas e sistemas de transporte amigáveis, programas para profissionalização policial e para aumentar o relacionamento entre a polícia e as comunidades, além de diversos outros programas⁸.

Essa questão é abordada por Baratta, no sentido de que no ponto de vista de prevenção da segurança pública, deve-se ter uma visão bem mais ampla do que a simples “luta” contra a criminalidade, sendo visto, acima de tudo, como uma luta contra a exclusão social e contra mecanismos desumanos e escravizadores da acumulação de impostos para a globalização neoliberal da economia (2001, p.19). Nessa perspectiva, entende-se como uma omissão ou negligência do Estado, quando não se faz presente o combate às causas geradoras da insegurança pública e aos fatores propulsores da violência, de modo a não satisfazer as necessidades básicas, devido a não promoção dos direitos sociais pelo próprio Estado (GLINA, 2018, p. 101).

Ademais, a existência dos direitos originariamente prestacionais, segundo Canotilho, pressupõe a coexistência de três fatores: a garantia constitucional de certos direitos, o reconhecimento simultâneo do dever do Estado de garantir os pressupostos materiais indispensáveis à real efetividade desses direitos e ainda, a permissão para que o cidadão possa exigir de modo imediato as prestações constitutivas desses direitos (1999, p. 554).

Nessa perspectiva, a Constituição Federal já prevê a segurança pública como um direito social, no caput do seu artigo 6º, vinculando assim esse direito com um dever estatal, isso porque pressupõe uma ideia de justiça social, na qual o Estado deve atuar a título de compensação em virtude da grande desigualdade social existente e, conseqüentemente, urge

⁸ Relatório disponível em <http://www.oas.org/en/iachr/docs/pdf/citizensec.pdf>. Acesso em 26/04/2021. p. 30 - 32)

a legitimidade para que os particulares exijam o cumprimento desse direito.

Assim, a ideia de justiça social impõe que os direitos sociais não devem ser excluídos da proteção de eventuais reformas constitucionais, principalmente quando estiverem em causa os direitos sociais básicos, tais como a alimentação, moradia e educação, já que são essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos (VIEIRA, 1999, p. 321). Nessa órbita, assim como os outros direitos sociais acima citados, o direito à segurança pública também não admite nenhum retrocesso, tendo em vista que é um direito social que serve de alicerce para o bom funcionamento social.

Nesse sentido, garantir o direito à segurança é essencial, a fim de efetivar a segurança dos demais direitos humanos, nos planos individual, coletivo e difuso (GLINA, 2020, p. 88). Nesse ponto, faz-se necessário destacar que os demais direitos humanos não obstaculizam, e nem justificam a inércia estatal em promover a segurança pública e proteger a segurança individual das pessoas (BATISTA, 1990, p. 158). Com isso, evidencia-se a importância do Estado brasileiro em prover de forma adequada a segurança pública, para que assim possa cumprir com seus deveres constitucionais básicos de preservação do bem estar e da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto importante no que tange a responsabilidade estatal perante à segurança pública está na ideia de que, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades, inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material (CANOTILHO, 1999, p. 71). Por isso, o reconhecimento da exigibilidade da efetividade desse direito é imprescindível, de modo que

Sarlet aponta para a necessidade do reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, relacionando com a problemática de se garantir a proteção de um padrão mínimo de segurança social, para assim buscar condições materiais de efetivação dos direitos fundamentais (2008, p. 364).

Diante disso, é inegável que os direitos fundamentais sociais prestacionais, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada (MIRANDA, 1992, p. 199-200). Em complemento, o sistema por ser coerente e harmônico, não pode deixar os cidadãos sem reparação, tendo em vista que os prejuízos que atuação ineficiente pode causar (KRAEMER, 2004, p. 38). Em razão disso, é coerente pensar que quando se trata da ideia de segurança pública como um direito social, aquela que deve ser garantida em espaços públicos, a responsabilidade é exclusiva e indeclinável do Estado.

Com isso, é importante destacar que a garantia da segurança pública passa também por investimentos estatais em infraestrutura das cidades, em garantia de outros direitos sociais, e qualificação de profissionais da segurança, de modo que não seria razoável entender a efetivação da segurança pública como o encarceramento em massa daqueles que eventualmente venham a violar o bem jurídico de outrem.

Sendo assim, não se pode negar que as forças policiais têm importante função na preservação e manutenção do Estado democrático de Direito, pois, sem elas, a convivência harmoniosa e pacífica não existira numa sociedade civilizada, que atualmente está cheia de conflitos e de interesses difusos (GRECO, 2009, p.13). No entanto, a ação eficiente do Estado em muitas das vezes deixa de ocorrer pois seus agentes vêm sendo

mal preparados, mal estruturados e ainda, mal organizados, de maneira que simplesmente a grande incidência de crimes já faz presumir de plano a ineficiência e inadequação do sistema de segurança pública (SANTIN, 2013, p. 177-178). Salienta-se que poucos são os dados precisos existentes acerca do sucateamento dos órgãos policiais no país, no entanto a falta de equipamentos adequados e o déficit de policiais, são grandes empecilhos que dificultam a atividade eficiente dos órgãos policiais.

Nesse sentido, nota-se que a desorganização do aponta para uma prática discriminatória do serviço público em relação à segurança pública, quando se procura proteger o patrimônio daqueles que são mais favorecidos economicamente. Com isso, os grandes centros urbanos se tornam mais policiados em detrimento a bairros e regiões mais periféricas que estão em constante sensação de insegurança, e a reiterada prática de crimes no local não vem provocando a atuação que deveria ocorrer do Estado em promover medidas para reestabelecer o gozo do direito constitucional à segurança pública.

Ademais, acrescenta-se que os órgãos policiais fazem parte da Administração pública, sendo assim, inegavelmente, devem se orientar pelo princípio da eficiência. Diante disso, importa destacar Alexandre Moraes define o princípio da eficiência como aquilo que impõe à administração pública a busca pelo bem comum, de maneira imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e visando a melhor qualidade do serviço, além da melhor utilização dos recursos públicos (1999, p. 30).

Com isso, é importante que exista preparo, organização e a estrutura adequada aos policiais, mas não somente isso, sendo necessária ainda políticas sociais, vislumbrando-se, assim, a importância de observar o cumprimento do princípio da eficiência no que tange à segurança pública.

Nessa perspectiva, a Constituição impõe o dever do Estado de fornecer serviços de segurança pública, de modo que essa norma fundamental tem dupla função, uma vez que determina o direito à segurança pública como garantia individual e social, atribuindo conteúdo específico do direito (receber proteção do Estado para manutenção da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, art. 144, *caput*, da Constituição Federal), de forma eficiente e também atribui competência ao legislador acerca da organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança (art. 144, §7º, da Constituição Federal). Assim, a norma estabelece a função do Estado como um dever, e o não cumprimento, devido a omissão, negligência ou ineficiência do serviço devem gerar sanções (SANTIN, 2013, p. 48 – 49).

Ante o exposto, frisa-se que a eficiência só será alcançada com o entendimento de que a busca pela segurança não se opera apenas pelos órgãos policiais, visto que esses não devem atuar no vazio deixado pela inoperância de políticas sociais (SANTIN, 2013, p. 55). Desse modo, por mais que se entenda que o Executivo, por meio do poder de polícia, tenha discricionariedade na promoção das medidas de prevenção de crimes, é inegável que há um limite suportável de omissão e ineficiência dos serviços, sendo que a eficiência, a regularidade e a adequação do serviço de prevenção podem ser questionadas e julgadas tanto administrativamente quanto judicialmente (SANTIN, 2013, p. 70).

Com isso, do direito à segurança pública, entende-se por ser um direito fundamental à prestação de serviços públicos eficientes e suficientes para prevenção de ofensas aos bens jurídicos dos indivíduos, por condutas comissivas, omissivas ou culposas (GLINA, 2020, p. 85). A partir disso, atrelando a obrigação estatal em promover a segurança da sociedade com zelo à eficiência com o instituto da responsabilidade civil do Estado, chega-se à conclusão de que é cabível a indenização nos casos em

que se verificar a omissão, insuficiência ou deficiência do serviço em cumprir com o dever estatal (GLINA, 2020, p. 94).

Com isso, vislumbra-se que a conduta omissiva, assim como a comissiva, também é passível de gerar responsabilidade estatal, quando ocorrer a negligência, imperícia ou imprudência, não atingindo os padrões mínimos de condições sociais, porém deve sempre se observar se a omissão foi irrazoável ou desproporcional, a fim de evita que o Estado se torne um garantidor universal.

Por essa razão, a indenização deverá ocorrer nos casos em que se verificar uma omissão. Como exemplo LUNARDI (2003, pp. 873 - 874), cita que o Supremo Tribunal Federal, negava, em primeiro momento, a responsabilização civil do Estado em razão da prática de crime. Porém, posteriormente, sobreveio o questionamento “E se for afastada a responsabilidade do Estado, porque respondem as empresas privadas, inclusive pelo dano moral?” e então, o Supremo Tribunal Federal vem dando indícios de que seu posicionamento está mudando, conforme se extrai da decisão de 2008, em que a suprema Corte deferiu a antecipação de tutela contra o Estado de Pernambuco em atendimento ao pleito de indenização para pagamento de despesas médicas à um cidadão que ficou paraplégico em razão de um assalto em via pública. Como fundamento, observou-se que a omissão foi permanente e reiterada por parte do ente estatal diante do dever de prestar o serviço adequado de policiamento nos locais em que vinha ocorrendo práticas violentar, gerando assim a falta de serviço e, portanto, passível de indenização.

Diante disso, compreende-se que não é admissível entender o Estado como um garantidor universal, para todo e qualquer ato que venha a causar danos patrimoniais e extrapatrimoniais ao indivíduo, porém deve-se apurar a responsabilidade do Estado pela falta, falha ou deficiência do serviço, uma vez que deve promover todos os esforços possíveis para

garantia da segurança pública. Assim sendo, não se cogita o Teoria da Reserva do possível em face do mínimo existencial e da exigibilidade dos direitos sociais firmados na Constituição Federal, inclusive sob pena de ofender o Estado Democrático de Direito (PERLINGEIRO, 2013, p. 166).

Ademais, é inviável que o ônus da prova fique a cargo do titular do direito, tendo em vista que este é parte mais frágil, frente ao Estado, ficando a cargo deste a prova de que interpôs todos os esforços possíveis para garantir um serviço público eficiente e tão pouco se omitiu (GLINA, 2020, p. 91). Imprescindível se faz ainda, o controle jurisdicional da observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na tomada das decisões administrativas.

Destaca-se a importância da atividade jurisdicional em solucionar esse impasse, promovendo a participação da sociedade, titular do direito, na busca da concretização dos direitos sociais firmados constitucionalmente, uma vez que “não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação” (CAPPELLETTI, 1999, p.100).

Levando-se em consideração todos os aspectos relativos à problemática em análise, percebe-se que a abstenção estatal em relação à segurança pública fez emergir um quadro alarmante de insegurança na população. Não obstante, o Estado tem falhado na reversão desse cenário, que foi agravado, por conta, muitas das vezes, de políticas e ideias antagonistas e falaciosas, que causaram uma mazela social que obscurece a verdadeira realidade do país. Nesse contexto, mais do que segregar, restringir direitos fundamentais e agravar as sanções, o Estado tem o dever de não gerar condições sub-humanas de existência, propensas ao cometimento de crimes, garantindo educação, acesso à justiça, empregos, estrutura nas cidades e combatendo a miséria, entre outras medidas.

Considerações finais

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca da permanente negligência e omissão do Estado em garantir o direito à segurança pública, e diante disso a aplicabilidade do instituto responsabilidade civil objetiva nesses casos. Além disso, foi demonstrado que o Estado se abstém de promover políticas públicas eficazes para mudar o cenário de insegurança na população e, aliado a isso, os órgãos de segurança pública carecem de preparo e estrutura adequadas para realizar suas atividades.

Sendo assim, demonstrou-se nesse estudo a necessidade da atuação positiva do Estado em garantir o direito fundamental e social à segurança pública, de modo que esse direito é imprescindível para garantia da dignidade humana e do bem estar de toda sociedade, sendo inclusive, alicerce para o bom funcionamento social e por sua essência é pressuposto para concretização de outros direitos.

Ademais, foi possível constatar que é juridicamente aplicável o instituto responsabilidade civil objetiva, a fim de que o ente estatal repare o dano que um indivíduo venha a sofrer em decorrência da inoperância da Administração Pública em garantir o direito à segurança. Isso porque, o Estado não vem cumprimento com uma atribuição imposta pela Constituição Federal, de modo que sua atuação é falha em oferecer o mínimo de segurança, a ponto de ser presumível o nexo causal, visto que a insegurança já se tornou permanente no dia a dia das pessoas. Com isso, apesar de se entender que o Estado não deve ser um garantidor universal, é inegável que existe um limite suportável diante da omissão e negligência estatal.

Por fim, dada a importância do tema abordado neste artigo, ressalta-se a necessidade da abordagem da segurança pública como um direito social, do qual deve haver a exigência de que o Estado atue de forma

positiva na concretização dessa garantia constitucional, sob pena de ser responsabilizado pela sua omissão. Desse modo, tendo o Estado o dever de garantir a segurança de todos, deverá arcar, ainda, com o ônus dessa atividade quando não atua como deveria, visto que não é cabível que a sociedade suporte os danos provenientes de uma deficiência do ente estatal.

Referências

- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13^a ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **El concepto actual de seguridad en Europa**. n. 8. Revista Catalana de Seguretat Pública, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- BATISTI, Leonir. **Segurança pública: os reflexos da falta de eficiência do sistema criminal**. Curitiba: Juruá, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4^a ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- _____, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Constituição* (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. RDA 97/177. Segunda Turma. Relator: Ministro Temístocles Cavalcanti, julgado em 29 de mai. 1968.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR/PE. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie (presidente). Relator do acordão: Ministro Celso de Mello. Julgado em 10 de abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 559.646 AgR. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 7 de jun. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GADINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Teresina: Jus Navigandi, 2003.

GLINA, Nathan. **Segurança Pública: direito, dever e responsabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. Niterói: Impetus, 2009.

KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Segurança, privilégio ou direito de todos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Leituras de um realismo jurídico penal marginal**. Homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº1. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. de 1992.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PERLINGEIRO, Ricardo. **É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 2, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.63327. 2ª Câmara Cível. Relator: desembargador Heleno Ribeiro P. Nunes. Julgado em 19 de dezembro de 2007

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº0052423-61.2002.8.19.0001. 2ª Câmara Cível. Relator: desembargadora Elisabete Filizalzo Assunção. Julgado em 17 de dezembro de 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº0208741-96.2007.8.19.0001. 20ª Câmara Cível. Relator: desembargador Marco Antonio Ibrahim. Julgado em 6 de maio de 2009.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. ***Direitos Fundamentais e Relações Privadas***. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner; CANTARINI, Paola. **Consustancialidade da Teoria do Direito Quântico à Luz da Teoria do Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **A segurança pública nas conferências brasileiras: Pesquisa sobre as propostas de segurança pública e temas afins, apresentadas nos relatórios finais e propostas emanadas das conferências nacionais realizadas entre 2003 e 2008**. Ministério da Justiça, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

A im(possibilidade) da extensão do adicional de 25% previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991

*Renata Garcia Figueiredo de Almeida ¹
Julio Cesar Giacomini ²*

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de extensão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, a todos os aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, independentemente da espécie de aposentadoria, no caso do segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa.

De acordo com o artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, o valor da aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez) do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%. Todavia, em uma interpretação sistemática do dispositivo, sob a óptica constitucional, questiona-se se seria possível estender essa assistência às demais espécies de aposentadoria.

O estudo da possibilidade de extensão do acréscimo de 25%, previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, a todos os aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social que necessitem do auxílio permanente de terceiros, independentemente da modalidade de aposentadoria, se justifica diante das inúmeras demandas administrativas e judiciais envolvendo a questão. Com efeito, o crescente número de demandas no Judiciário deu

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Matrícula 14714

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.

origem a incidentes de demandas repetitivas em diversos tribunais, com repercussão geral reconhecida, inclusive pelos tribunais superiores.

Do ponto de vista de quem defende a possibilidade de extensão do referido adicional, tal benefício tem caráter assistencial, e, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) e da isonomia (artigo 5º, caput, da CRFB/1988), pode sim, ser concedido a todos os aposentados que comprovarem a necessidade de ajuda permanente de terceiros. Por outro lado, conforme disposto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, a previsão legal é específica aos casos de aposentadoria por invalidez, e desde que o segurado comprove a necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Sob esse aspecto, a extensão do benefício a casos outros que não a aposentadoria por invalidez violaria os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II e artigo 37, caput, ambos da CRFB/1988) e da contrapartida (artigo 195, § 5º, da CRFB/1988).

Assim, cumpre analisar se é possível simplesmente efetuar uma interpretação extensiva do dispositivo legal, se há necessidade de alteração da norma ou da criação de um benefício semelhante para atender outros portadores de igual necessidade. Por meio da presente pesquisa, será possível efetuar um estudo analítico da forma como a questão está sendo tratada pela doutrina, jurisprudência e pelo Poder Legislativo.

Abordam-se, especificamente, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da possibilidade de extensão do adicional de 25% para as demais aposentadorias, bem como a viabilidade da criação de um benefício similar. Não obstante a inexistência de um maior aprofundamento doutrinário sobre o tema, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, da Turma Nacional de Uniformização e dos Tribunais Superiores a questão é amplamente debatida. Esse debate é o ponto central

do estudo e será de maneira pormenorizada analisado, bem como a viabilidade da criação de um benefício similar para os demais aposentados portadores de necessidade de assistência permanente de terceiros e a movimentação do Poder Legislativo nesse sentido.

1. O acréscimo de 25% previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991

O valor da aposentadoria por incapacidade permanente será acrescido de um adicional de 25% ao segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, podendo, neste caso, chegar a 125% do salário de benefício. O referido adicional será devido, mesmo que o valor da aposentadoria atinja o teto do valor dos benefícios, sendo recalculado quando o valor do benefício original for reajustado. Cessa com a morte do aposentado, ou seja, não é incorporado ao valor de eventual pensão por morte. (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 711)

No mesmo sentido, Frederico Amado (2020, p. 585) refere que o acréscimo de 25% poderá extrapolar o teto de pagamento dos benefícios do RGPS. O valor é recalculado simultaneamente ao reajuste da aposentadoria por incapacidade permanente, “[...] tendo índole personalíssima, vez que seu valor não será incorporado na pensão por morte eventualmente instituída pelo aposentado.”

A concessão do referido adicional está prevista no artigo 45 da Lei nº 8.213/91:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;

c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão. (BRASIL, 1991)

Miguel Horvath Júnior utiliza a expressão “grande invalidez” para definir a situação prevista no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991:

Grande invalidez é a incapacidade total e permanente de tal proporção que acarreta a necessidade permanente do auxílio de terceiros para o desenvolvimento de atividades cotidianas, em virtude da amplitude da perda da autonomia física, motora ou mental que impede a pessoa de realizar os atos diários mais simples como, v. g., a ajuda para a consecução de necessidades fisiológicas. (HORVATH JÚNIOR, 2002 apud TSUTIYA, 2013, p. 374)

As hipóteses de incidência do adicional de 25% estão relacionadas no Anexo I do Regulamento da Previdência Social, o Decreto nº 3.048/1999: Cegueira total; perda de nove dedos das mãos ou superior a esta; paralisia dos dois membros superiores ou inferiores; perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível; perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível; perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível; alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social; doença que exija permanência contínua no leito; incapacidade permanente para as atividades da vida diária. (BRASIL, 2019)

Castro e Lazzari (2019, p. 711) referem que as situações relacionadas no Anexo I do Decreto nº 3.048/1999 não podem ser consideradas exaustivas, pois outras situações também podem ensejar a necessidade da assistência permanente de outra pessoa por parte do aposentado. Constatada tal necessidade por meio de perícia médica, ao segurado que fizer jus ao benefício da aposentadoria por incapacidade permanente, o INSS deve conhecer de ofício o direito, independentemente de requerimento.

Tsutiya (2013, p. 375) salienta que se tratam de situações gravíssimas, as quais, em alguns casos, levam o segurado a necessitar da ajuda de terceiros para atividades simples como se alimentar, por exemplo. De acordo com Frederico Amado (2020, p. 585), “a justificativa da criação legal deste acréscimo é que o aposentado por incapacidade permanente terá maiores custos, pois precisará contratar alguém para assisti-lo, ou algum familiar deixará de trabalhar para fazê-lo”.

A contratação de terceiros para prestar este auxílio, implica no surgimento de despesas extras, sendo necessário que se receba um valor adicional para fazer frente a elas. Além de não ser justo que essas despesas sejam pagas pela aposentadoria por invalidez do segurado, tendo em vista que a maior parte dos benefícios são de um salário-mínimo, a maioria dos aposentados que estejam nessa situação não teria possibilidade de arcar com gastos extras. (TSUTIYA, 2013, p. 375)

Diante dessa situação, o legislador criou o adicional de 25% para os casos de “grande invalidez”, em que o segurado necessita da assistência permanente de outra pessoa. O adicional previsto em lei não se trata de privilégio, conforme acima referido. Ainda que a aposentadoria atinja o limite máximo legal, o acréscimo será devido. Tendo em vista que o adicional só se justifica pela necessidade da despesa extra da contratação de terceiro, cessa com a morte do segurado e não é incorporado ao valor da pensão por morte (TSUTIYA, 2013,

p. 375). De acordo com Martins (2014, p. 347), “o acréscimo de 25% tem natureza compensatória, de compensar a dificuldade do segurado com o auxílio de terceiros”.

O acréscimo de 25% deverá ser pago desde a data de início do benefício no caso do aposentado por incapacidade permanente já necessitar do auxílio permanente de terceiros no momento da concessão

da aposentadoria. Caso seja superveniente, será devido a partir da data do requerimento administrativo. (AMADO, 2020, p. 585)

No mesmo sentido, Castro e Lazzari (2019, p. 712) salientam que caso o referido adicional não seja concedido de imediato, ou se este for deferido na via judicial, deverá retroagir à data de início da aposentadoria por incapacidade permanente, ou à data em que o segurado passou a necessitar de assistência permanente, se posterior, respeitada a prescrição, quando for o caso.

Esse adicional, previsto em lei para os aposentados por incapacidade permanente, tem sido requerido judicialmente por outros aposentados, beneficiários de outras espécies de aposentadoria (idade, especial, e por tempo de contribuição), que necessitam do auxílio permanente de terceiros. Tal possibilidade não é acolhida na via administrativa pelo INSS, e tem sido objeto de divergência na doutrina e no âmbito dos tribunais, o que será analisado no decorrer deste trabalho.

2. A (im)possibilidade de extensão do benefício para os demais aposentados

Em uma interpretação gramatical do texto do artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 é possível constatar que o adicional de 25% somente seria cabível no caso de aposentadoria por incapacidade permanente, mormente por se tratar de uma exceção ao limite máximo do valor dos benefícios previdenciários. Todavia, em uma interpretação sistemática do dispositivo, sob a óptica constitucional, questiona-se se seria possível estender essa assistência a outros benefícios, e de que forma. (CARVALHO, 2013, p. 5)

Existe divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a possibilidade de extensão do adicional para as demais aposentadorias (por idade, especial e por tempo de contribuição). Do ponto de vista de quem defende a possibilidade de extensão do referido adicional, tal benefício tem caráter

assistencial, e considerando os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, poderia sim, ser concedido a todos os aposentados inválidos que comprovem a necessidade de ajuda permanente de terceiros. Por outro lado, conforme disposto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, a previsão legal é específica aos casos de aposentadoria por incapacidade permanente e desde que o segurado comprove a necessidade de assistência permanente de outra pessoa. O principal argumento utilizado na defesa do descabimento da extensão do benefício a casos outros que não a aposentadoria por invalidez é a violação dos princípios da legalidade (artigo 5º, II e 37, caput, da CRFB/1988) e da contrapartida (artigo 195, § 5º, da CRFB/1988).

A intenção do legislador ao criar a referida assistência, o aspecto finalístico do benefício, é uma questão importante. Tal ponto é analisado por Carvalho (2013, p. 6), que salienta a importância do tema. O artigo 194 da CRFB/1988 ao tratar da uniformidade e equivalência dos benefícios, demonstra que o legislador objetivou corrigir as desigualdades históricas existentes entre os segurados urbanos e rurais, demonstrando “que se admitem desigualdades, mas não substanciais e inexplicáveis”.

Marco César de Carvalho (2013, p. 8) afirma que o fato gerador da majoração dos 25% é a necessidade do segurado da assistência permanente de outra pessoa, e não o fato de a aposentadoria ser por incapacidade permanente. Tal entendimento é compartilhado por Daniel Machado da Rocha (2020, p. 285), que, por sua vez, destaca que o adicional de 25% previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 “tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular”.

Frederico Amado (2020, p. 586) entende que não cabe a extensão do adicional de 25% para as demais aposentadorias sem expressa previsão

legal. Argumenta que, com base no princípio da precedência da fonte de custeio, a extensão de benefício da seguridade social necessita de prévia fonte de custeio total.

Para André Studart Leitão, Eduardo Rocha Dias e Victor Coelho Barbosa (2019, p. 11), o dispositivo que estabelece o adicional de 25% é claro no sentido de limitá-lo à aposentadoria por invalidez, demonstrando a seletividade do legislador em matéria previdenciária. Acrescentam, ainda, que “a Constituição reserva algumas peculiaridades aos benefícios previdenciários, estabelecendo “travas” na criação ou majoração de direitos (artigo 195, § 5º), com o objetivo de garantir o equilíbrio do sistema.”

Em sentido contrário, Castro e Lazzari (2014, p. 587) pontuam que a necessidade de prévia fonte de custeio não se aplica no caso, pois não há contribuição específica para a concessão do adicional para o aposentado por incapacidade permanente.

Em relação a referida controvérsia, Daniel Machado da Rocha (2020, p. 282-283) destaca que, majoritariamente, o Poder Judiciário posicionava-se contrariamente à possibilidade da extensão do adicional previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991 para as outras aposentadorias, sob o argumento de que a concessão da extensão não dependeria apenas de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma com redução de texto, mas sim da extensão do direito nela previsto a situações diversas.

Além da divergência doutrinária acima apontada, também é possível perceber que não há unanimidade quanto à questão no âmbito da jurisprudência. É possível encontrar decisões e posicionamentos nos dois sentidos, e entendimentos contrários dentro de um mesmo órgão, conforme será a detalhado nos tópicos seguintes.

O Poder Judiciário, conforme já referido, vinha, de forma majoritária, decidindo de forma contrária à possibilidade da extensão do adicional

previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 para as outras aposentadorias. Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC/73). PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ADICIONAL DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI Nº 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. I- Nos termos do art. 45 da Lei nº 8.213/91, o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de terceiro será acrescido de 25%. II- *In casu*, a parte autora é titular de aposentadoria por tempo de contribuição, benefício diverso do previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91. Em que pese a parte autora alegar, na petição inicial, a necessidade da assistência permanente de terceiros, não há como acolher tal pleito, à míngua de previsão legal. III- A concessão do acréscimo legal a segurados titulares de outros benefícios viola o art. 195, § 5º, da Constituição Federal, o qual veda a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio. IV- Agravo improvido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2018)

Ao proferir o voto, o Desembargador Newton de Lucca ressaltou que não há previsão legal para a concessão do adicional previsto no artigo 45, da Lei nº 8.213/91 para titular de aposentadoria por tempo de contribuição. Argumentou que não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia, uma vez que o princípio constitucional da seletividade, que permeia todo o Sistema Previdenciário, permite ao legislador escolher a cobertura a ser prestada, considerando-se a disponibilidade financeira (artigo 194, III, da CRFB/1988) e que a concessão do acréscimo legal a segurados titulares de outros benefícios viola o artigo 195, § 5º, da Constituição, o qual veda a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2018)

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao julgar o Agravo de Instrumento nº 0001095-91.2015.4.04.0000/RS, por maioria, deu provimento ao recurso do Instituto Nacional do Seguro Social interposto contra decisão que determinou o acréscimo de 25% no benefício de aposentadoria por idade:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO APOSENTADO POR IDADE QUE VEM A NECESSITAR DA ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ARTIGO 45 DA LEI 8.213/91.

DESCABIMENTO. 1. O caput do artigo 45 da Lei 8.213/91 estabelece expressamente que "o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%", deixando de contemplar o benefício de aposentadoria por idade ou por tempo de serviço/contribuição. 2. A extensão do acréscimo de 25% aos casos de aposentadoria implicaria reconhecimento da invalidez parcial da norma, do que não se cogita, pois o reconhecimento da mácula da norma somente se justificaria no caso em apreço com base em possível afronta ao princípio da isonomia. 3. Não há igualdade entre a situação do segurado que desempenhando atividade laborativa se depara com a contingência da incapacidade, e a situação do aposentado que tempos após obter sua aposentadoria por idade, tempo de serviço ou contribuição, vem a ficar doente ou sofrer acidente. Diversas as bases fáticas, o legislador não está obrigado a tratá- los de forma idêntica. 4. A concessão do adicional no caso da denominada "grande invalidez" não é determinada pela Constituição Federal, de modo que não ofenderia a Constituição Federal a Lei 8.213/91 se não tivesse sequer criado acréscimo previsto em seu artigo 45. Não se pode, assim, afirmar que inválida a norma porque não contemplou outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

O Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, relator do voto divergente, sobre o qual foi fundamentado o acórdão, referiu que a extensão do adicional de 25% não decorre de uma simples interpretação

da norma, porquanto a norma expressamente deixa de contemplar os benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade. Argumentou que tampouco é hipótese de analogia, pois a extensão do acréscimo de 25% aos casos de aposentadoria implica reconhecimento da invalidez parcial da norma. “Em outras palavras, acarreta reconhecimento da inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, ou seja, a redução para excluir a menção à aposentadoria por invalidez.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Também entendeu que não há inconstitucionalidade na norma que restringiu a aplicação do acréscimo somente aos casos de aposentadoria por invalidez. O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma somente se justificaria, em última análise, com base em possível afronta ao princípio da isonomia. Todavia, destacou que não parece haver igualdade de situação entre o caso do segurado que desempenha atividade laborativa se depara com a contingência da incapacidade permanente, e o caso do aposentado que, tempos após obter sua aposentadoria por idade, tempo de serviço ou contribuição, vem a ficar doente ou sofrer acidente. “Diversas as bases fáticas, o legislador não está obrigado a tratar os casos de forma idêntica.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Destaca que a concessão do adicional no caso da denominada "grande invalidez" não é determinada pela Constituição Federal, e que, portanto, não se pode afirmar que é inconstitucional a norma porque não contemplou outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez que está prevista expressamente no art. 45. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Por outro lado, a se entender que o acolhimento do pedido não dependeria de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma com redução de texto, mas sim decorreria de extensão do direito nela previsto a situação diversa,

avultaria, a meu sentir, um outro problema. É que o reconhecimento do direito à vantagem para os casos de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, não adviria, neste caso, de mera interpretação extensiva, mas sim de processo de integração, mediante analogia, uma vez que partindo de norma existente, que regula caso diverso, se estaria a conceder a vantagem a pessoas que estão em outra situação. Com efeito, no caso não se trataria simplesmente de aplicação de norma a situação concreta, de modo a solver litígio instaurado acerca de bem da vida disputado por dois sujeitos relacionados juridicamente. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no caso de situação que o legislador claramente não contemplou, pois o art. 45, como já disse, é claro, ele estabelece: O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). O processo integrativo não se mostra apropriado, parece-me, quando a norma é taxativa. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Todavia, conforme já referido, não foi uma decisão unânime. Nesse contexto, importante a análise do voto vencido, relatado pelo Desembargador Federal Luiz Carlos De Castro Lugon. Adotando entendimento contrário, referiu que “o princípio da igualdade impõe que se dê idêntico tratamento a indivíduos e situações semelhantes, exigindo um ônus de justificação para a imposição de tratamento diferenciado”. Considerando que no caso sob judice haveria igualdade quanto à condição de segurado aposentado da Previdência Social e à condição de invalidez e necessidade de auxílio de terceiros, argumentou que não haveriam razões a justificar tratamento diferenciado. “Privilegiar determinada prestação a pessoa em condição de invalidez em virtude da espécie de benefício outorgado na proteção previdenciária é, salvo melhor juízo, desarrazoado.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Referiu que o motivo que justifica a proteção securitária como um todo é o risco social, fundamento de todo sistema de seguridade social. Se a necessidade decorrente da invalidez é considerada pelo sistema jurídico

como pressuposto do benefício, não se pode elevar a espécie de benefício como fato desigualador, sendo incoerente considerar a situação de invalidez/deficiência em um momento e desconsiderar em outro. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Diante desse quadro normativo, apresentam-se dois caminhos: ou entender que a lei resolveu privilegiar aquele que ingressa no sistema por determinada espécie de aposentadoria (por invalidez), em detrimento dos demais segurados aposentados, ainda que experimentem a condição de invalidez ou vislumbrar lacuna legislativa, a ensejar a extensão, por analogia, aos segurados em mesma situação. A primeira conclusão conduz à declaração de inconstitucionalidade, por privilégio odioso, com a supressão do benefício do acréscimo inclusive para quem hoje dele se beneficia; ou à inconstitucionalidade por omissão parcial, a ser declarada, ainda que sem pronúncia de inconstitucionalidade. A segunda conclusão, calcada numa interpretação finalística e sistemática do direito da seguridade social, afasta pechas de exclusão, de discriminação ou de tratamento privilegiado para o sistema legal securitário, adotando a analogia como critério de solução da lacuna legislativa. Nesta segunda hipótese, não há declaração de inconstitucionalidade qualquer, seja por eventual privilégio odioso, seja por omissão parcial inconstitucional. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Tomando como premissas o fundamento constitucional, finalidades e princípios da seguridade social, o princípio da igualdade e a proibição de discriminação entre segurados aposentados em situação de invalidez e necessidade de cuidados de terceiros, o sistema jurídico previdenciário infraconstitucional e a relevância por ele atribuída ao fenômeno da invalidez como risco social protegido, conclui que se trata de lacuna legal, a ser suprida pela aplicação de igual direito ao caso em análise. ((BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015)

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu uma série de decisões, concedendo o adicional previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91 a outras espécies de aposentadoria. Na Apelação Cível nº 0006568-97.2016.4.04.9999, por exemplo, por maioria, a Sexta Turma, sob relatoria do Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, estendeu o adicional a uma segurada aposentada por idade, com graves problemas de saúde, que dependia de terceiros, inclusive para locomoção:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. EXTENSÃO A OUTROS BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. 1.

O acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 também deve incidir sobre os demais benefícios de aposentadoria quando demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Precedente da 3ª Seção. 2. Apelação provida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2017a)

Diante das inúmeras demandas e da divergência jurisprudencial, a questão foi submetida à Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais, que, ao analisar recurso que pretendia a reforma de acórdão oriundo de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, uniformizou o entendimento, fixando a tese “Comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25%, previsto regularmente para a aposentadoria por invalidez, aos demais benefícios de aposentadoria” (Tema 124). Para o relator do processo na Turma Nacional, o Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, o cabimento da extensão do adicional de 25% previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/91 deve ser analisado por meio da aplicação do princípio da isonomia e da análise sistêmica da norma. (BRASIL. Turma Nacional de Uniformização, 2016)

Da mesma forma não existe um posicionamento definitivo no âmbito dos tribunais superiores. O STJ, inicialmente, entendia pela impossibilidade de extensão do auxílio acompanhante para as demais aposentadorias e o STF não havia, até então, se manifestado a respeito do tema, por entender que a questão era limitada à matéria infraconstitucional. Mas, conforme bem observa Frederico Amado (2020, p. 588), “o tema obteve uma enorme reviravolta na 1ª Seção do STJ que acolheu a tese em sede de recurso repetitivo (tema 982)”, o que será a seguir detalhado.

A Primeira Seção do STJ, na sessão do dia 09/08/2017, afetou o REsp Nº1.648.305/RS ao rito do artigo 1.036 de seguintes do Código de Processo Civil de 2015 (Tema 982), cuja controvérsia restou assim delimitada: “Aferir a possibilidade da concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, sobre o valor do benefício, em caso de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Em 22/08/2018, vencida a Sra. Ministra Relatora, Assusete Magalhães, por maioria (cinco votos a quatro), o STJ ao julgar os recursos representativos da controvérsia, entendeu pela possibilidade de extensão do adicional de 25% ao segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da modalidade da aposentadoria a ele concedida (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018).

O voto vencido fundamentou-se, inicialmente, no argumento da ausência de previsão legal, considerando que o artigo 45 da Lei nº 8.213/91 somente prevê o adicional de 25% para o benefício da aposentadoria por invalidez e que nem mesmo por analogia se poderia compreender a possibilidade de extensão do acréscimo, visto que ele não poderia ser utilizado para situações em que o legislador claramente não contemplou. Que a pretendida extensão implicaria na criação de um novo benefício, em

substituição da atividade legislativa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Referiu, ainda que a ampliação e extensão da norma para alcançar as outras espécies de aposentadoria, sem previsão legal e sem fonte de custeio “ultrapassa o limite imposto ao magistrado pelo princípio da separação dos poderes, haja vista não poder o juiz, no exercício da função jurisdicional, invadir a esfera legislativa, para estender vantagem que, na forma da lei, não existe para as demais espécies de aposentadoria.” Observou que a necessidade de auxílio permanente de terceiro decorre, na maior parte das vezes, da idade avançada, e que, “mesmo assim, por opção do legislador, o artigo 45 da lei 8.213/91 limitou o acréscimo à aposentadoria por invalidez”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

A relatora argumentou que há motivo justificador do tratamento diferenciado pelo legislador, baseado no princípio da seletividade na prestação dos benefícios. Refere que a aposentadoria por invalidez cobre um risco imprevisível para o segurado, que de uma hora para outra se vê totalmente incapaz para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e que a necessidade de auxílio de terceiros é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício, o que não ocorre nas demais aposentadorias. Por fim, sustentou, em síntese, que se a vontade do legislador fosse estender o adicional a todos os benefícios previdenciários concedidos a segurados que necessitassem dessa assistência, teria incluído a norma em outro capítulo que não na seção dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Já no voto de divergência, a Ministra Regina Helena Costa destacou que sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do princípio da isonomia e da garantia dos direitos sociais, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, por tempo de contribuição ou

especial, podem necessitar da assistência permanente de terceiro. Referiu que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência de Nova York, admitida com status de emenda constitucional, que prestigia o tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Os principais fundamentos do voto foram o caráter assistencial do benefício, cujo fato gerador é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como a garantia dos direitos sociais previstos na Constituição da República. A necessidade de prévia indicação da fonte de custeio foi afastada, sob o argumento de que o “auxílio acompanhante” não consta no rol do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, que elenca os benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Assim, o STJ ao apreciar a controvérsia do Tema 982, firmou a seguinte tese: “Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Conforme destaca Frederico Amado (2020, p. 589), “a tese não é acolhida na via administrativa pelo INSS, que objetiva a sua reforma no âmbito do STF com base na regra de contrapartida, considerando que se trata de extensão judicial e não legislativa.”

O Supremo Tribunal Federal em decisão proferida no AG.REG na PET 8.002, determinou a suspensão de todos os processos que versem sobre o tema em território nacional. O relator, Min. Luiz Fux, discorreu sobre o caso concreto. Referiu que todo o fundamento do acórdão do TRF

e da decisão do STJ, no caso em questão, ao invés de se basearem no art. 45 da Lei nº 8.213, utilizaram-se de princípios constitucionais com eficácia normativa, como a dignidade da pessoa humana e a isonomia, o que retira a discussão da esfera infraconstitucional. Ponderou que, essa “benesse judicial” seria “extremamente exagerada”, diante da informação de Ministério da Fazenda, de que a extensão desse adicional gera um gasto de 7,15 bilhões de reais por ano, mormente considerando toda a discussão acerca da reforma da previdência. Justificou que tal impacto bilionário, indica a existência do *fumus boni iuris* a justificar a suspensão de todos os processos que versem sobre a controvérsia debatida (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019).

Na decisão agravada, havia sido negado seguimento à petição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, sob fundamento da existência de precedentes de ambas as turmas do STF, indicando ser infraconstitucional a discussão, bem como, diante da pendência de prazo recursal quanto ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou o Recurso Especial. Mas diante das informações supervenientes trazidas pelo agravante, o relator reviu o seu posicionamento, e defendeu a necessidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019).

Assim, foi determinada a suspensão de todos os processos que versem sobre a controvérsia assinalada, nos termos do voto do relator:

Ressalte-se, por fim, o risco de lesão grave a ser afastado com a suspensão dos processos que versem sobre a controvérsia debatida nos autos, consistente no impacto bilionário causado aos já combalidos cofres públicos, em um momento no qual se discute a urgente reforma da previdência, a qual consome progressivamente o orçamento público e impede investimentos em áreas essenciais, como a segurança, a saúde e a educação. *Ex positis*, dou provimento ao Agravo, na forma do art. 1.021,

§ 2º, do CPC/2015, para suspender todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versem sobre a extensão do "auxílio-acompanhante", previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019).

Posteriormente, nos autos do Recurso Extraordinário 1.221.446 /RJ, o STF por maioria, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema (Tema 1.095).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DENOMINADO AUXÍLIO-ACOMPANHANTE. ADICIONAL DE 25%(VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ARTIGO 45 DA LEI8.213/1991 PARA OS SEGURADOS APOSENTADOS POR INVALIDEZ. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIRO. CONTROVÉRSIA QUANTO À EXTENSÃO A OUTRAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA. GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. CONTRAPOSIÇÃO AOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA VINCULANTE³⁷. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E NECESSIDADE DE PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO 8.002.CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A TODOS OS PROCESSOS, INDIVIDUAIS OU COLETIVOS, EM QUALQUER FASE E EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL QUE VERSEM SOBRE O TEMA. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021)

A questão foi considerada constitucional, sob o argumento de que no acórdão recorrido, o STJ procedeu ao exame da causa mediante aplicação direta de normas constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da isonomia (artigo 5º, *caput*), a garantia dos direitos sociais (artigo 6º), bem como a Convenção Internacional sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada nos termos do artigo 5º, § 3º, da CRFB/88, entendendo que cabe ao STF “definir a existência de plausibilidade na discriminação entre aposentados por invalidez e os aposentados por outras espécies de aposentadoria que comprovarem, igualmente, situação de invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa”. Por fim, considerou que a matéria suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento de existência de repercussão geral, e que envolve um número elevado de segurados do Regime Geral de Previdência Social potencialmente alcançados pela decisão tomada pelo STJ no regime dos Recursos Especiais Repetitivos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021)

Recentemente, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.095, deu provimento ao recurso extraordinário representativo da controvérsia, para declarar a impossibilidade de concessão e extensão do auxílio acompanhante para todas as espécies de aposentadoria, fixando a seguinte tese:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021)

Os efeitos da tese de repercussão geral foram modulados de forma a se preservarem os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial tenha se dado por decisão transitada em julgado até a data do julgamento. O STJ declarou, ainda, a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado do julgamento, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin e, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio, que

divergia quanto à modulação dos efeitos da decisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021)

3. A viabilidade da criação de um benefício similar para os demais aposentados portadores de necessidade de assistência permanente de terceiros

Conforme referido pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, “é normal a lógica de a produção legislativa suceder às tendências e necessidades da sociedade”. Ou seja, as normas legais surgem a partir do diagnóstico pretérito e devem ser atualizadas com a evolução histórica, decorrente das transformações econômicas, sociais e políticas. De acordo com o magistrado, o legislador, ao agregar um incremento remuneratório ao aposentado por invalidez que, por decorrência da gravidade da sua doença ou deficiência física, necessita do auxílio permanente de terceiro, mesmo sem discutir a suficiência do acréscimo, ao menos propicia a contratação de terceiro ou compensação de disponibilização de familiar. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região, 2017c)

Todavia, o ilustre jurista destaca que “com o passar do tempo, apresentam-se situações novas que merecem idêntica proteção”, como o aparecimento da invalidez após a aposentadoria obtida por idade ou tempo de contribuição. Nesse caso, surge a necessidade de atualizar a norma previdenciária, visando à efetividade do direito protegido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região, 2017c)

De acordo com Carvalho (2013, p.10), independentemente do benefício que o segurado possua, se necessitar de auxílio permanente de terceiros fará jus ao acréscimo no seu benefício, com a finalidade de custear os gastos adicionais decorrentes do acompanhamento. Para o referido autor, uma solução para o problema ora estudado, é alteração da legislação, de forma que passe a prever o benefício da assistência permanente (adicional de 25%) para os demais aposentados que

necessitem do acompanhamento, para custear os gastos a mais que decorrem dessa assistência. Refere que nesse sentido tramitou o PLS nº 270 de 2004, de autoria do Senador Paulo Paim, o qual propunha uma nova redação ao artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, para estender a assistência permanente às demais aposentadorias.

O projeto de lei do Senador Paulo Paim foi arquivado pela Câmara dos Deputados (PL 6.801/2006), após parecer contrário da Câmara de Finanças e Tributação, que entendeu pela incompatibilidade e pela inadequação orçamentária e financeira do projeto (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2006).

Posteriormente, em 2011, o Senador Paim apresentou nova proposta de alteração legislativa nesse sentido (PL nº 493, de 2011), visando à modificação do artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, “[...] para permitir que o valor da aposentadoria do segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa, por razões decorrentes de doença ou deficiência física, seja acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”. (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2012).

O projeto está atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (PL nº 4.282/2012). A ele, foram apensados outros projetos de lei semelhantes. Recebeu parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família e da Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e está em análise pela Comissão de Finanças e Tributação para manifestação quanto à compatibilidade e adequação financeira e orçamentária. Todavia o então relator, Deputado Hildo Rocha, apresentou parecer desfavorável, votando pela incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária do projeto. (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2012)

Referiu que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados e a Norma Interna da Comissão de Finanças e Tributação definem que o exame de compatibilidade ou adequação será feito por meio da análise da

conformidade da proposta com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Orçamento Anual, além de outras normas pertinentes à receita e despesas públicas, especialmente a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal. (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2012)

O projeto gera gastos que se enquadram na condição de despesas obrigatórias de caráter continuado, nos termos do art. 17 LRF. Nesses casos, tornam-se aplicáveis os

§ 1º e 2º do referido diploma legal, segundo os quais o ato que criar ou aumentar despesa obrigatória de caráter continuado deverá ser instruído com a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e que tal ato deverá estar acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2012)

O Deputado Hildo Rocha destacou que a Lei de Diretrizes Orçamentárias, no mesmo sentido, determina que as propostas legislativas que, direta ou indiretamente, acarretem ou autorizem diminuição de receita ou aumento de despesas, “deverão estar acompanhadas de estimativas desses efeitos no exercício em que entrarem em vigor e nos dois subsequentes, detalhando a memória de cálculo respectiva e a correspondente compensação”. Destacou que a Emenda Constitucional nº95/2016 conferiu status constitucional às disposições previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, as quais têm orientado o exame de adequação por parte da Comissão de Finanças e Tributação, e que o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reforçou o controle sobre

alterações legislativas geradoras de impacto orçamentário. (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2012)

Assim, sob o aspecto orçamentário e financeiro, considerou o projeto inadequado e incompatível, porquanto não foram apresentadas as estimativas do impacto orçamentário e financeiro e respectiva compensação, exigidas pelos dispositivos citados. De acordo com as informações disponibilizadas no portal da Câmara dos Deputados, o projeto foi devolvido ao relator na Comissão para correção do parecer, e, posteriormente, devolvido sem manifestação. A última informação de movimentação, data de 28/12/2018. Consta como “Situação: Aguardando Designação de Relator na Comissão de Finanças e Tributação” (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados, 2012)

Ou seja, no âmbito do Poder Legislativo não se vislumbra uma solução a curto prazo para a questão. Do estudo realizado, é possível perceber que eventual adequação da legislação inevitavelmente esbarra na questão orçamentária e financeira. A criação de um benefício similar para os demais aposentados, ou mesmo a extensão do benefício já existente para as outras espécies de aposentadoria depende de políticas públicas efetivas a respeito.

Considerações finais

O presente trabalho analisou a possibilidade de extensão do adicional de 25%, previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, a todos os aposentados que necessitem do auxílio permanente de terceiros. Além da insegurança jurídica, causada pela divergência jurisprudencial, a multiplicação de demandas judiciais sobre a questão suscitada é outra consequência da demora de uma solução definitiva para o imbróglio.

De acordo com o artigo 45 da Lei nº 8.213/1991, o valor da aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por

invalidez) do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%. Não obstante a ausência de previsão legal, como visto, existem precedentes judiciais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade de concessão do referido adicional a outras espécies de aposentadoria.

Não se trata de uma questão de simples solução. Foi possível identificar a natureza constitucional do debate, que envolve, essencialmente, o direito à proteção social contra os infortúnios causadores de perda da capacidade de subsistência. Com efeito, tanto quem defende a possibilidade da extensão do adicional às demais aposentadorias, quanto quem rejeita essa hipótese, argumenta seu posicionamento com base em princípios constitucionais.

Em uma análise preliminar, aparentemente, a controvérsia poderia ser solucionada por meio da técnica da ponderação, utilizada para solução de colisão de princípios constitucionais. Mas na verdade, a conclusão a que se chega é que a questão não se limita ao debate sobre quais princípios devam prevalecer, mas sim, se de fato há espaço para interpretação extensiva do referido dispositivo.

Com efeito, não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que são situações distintas. A aposentadoria por incapacidade permanente tem origem em um evento incerto. Já as demais aposentadorias, idade e tempo de contribuição, são eventos programados, que coincidem, na maioria das vezes com a idade avançada. Ou seja, é natural e previsível que com o passar dos anos, o idoso venha a necessitar do auxílio permanente de terceiros, de forma que é possível haver um planejamento familiar quanto a isso. Diferentemente do caso de um segurado que de uma hora para a outra se vê impossibilitado de manter a sua subsistência e de realizar por si só os atos da vida de forma independente.

Isso não quer dizer que os demais aposentados que eventualmente vierem a depender de auxílio permanente de terceiros não tenham a necessidade de um incremento financeiro no valor do seu benefício para fazer frente às despesas adicionais decorrentes de tal necessidade. O que foi possível constatar por meio da presente pesquisa é que não cabe, no âmbito do Poder Judiciário, simplesmente estender o adicional previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 para tais situações. Primeiro, porquanto se trata de situações distintas, conforme acima referido, o que afasta a aplicação do princípio da isonomia, segundo, porque o legislador restringiu expressamente a hipótese de incidência do adicional ao benefício de aposentadoria por invalidez (incapacidade permanente) do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, e, principalmente, pela inexistência da respectiva fonte de custeio.

No entanto, não há como serem desconsiderados os argumentos que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana e o dever do Estado em relação à proteção das pessoas com deficiência. Conforme já dito, os demais aposentados que dependem da assistência permanente de terceiros também têm a necessidade de um acréscimo remuneratório para custeio das despesas daí decorrentes.

Diante disso, conclui-se que a melhor solução seria a criação de um benefício similar, com hipótese de incidência sobre as demais espécies de aposentadoria, nos casos em que for comprovada a necessidade da assistência permanente de terceiros.

Não obstante a existência de propostas legislativas nesse sentido, a criação de um benefício semelhante para os demais aposentados que necessitam da assistência permanente de terceiros esbarra na questão orçamentária e financeira, especificamente na ausência da prévia fonte de custeio. Com efeito, para que as propostas legislativas sejam viáveis, há a

necessidade de realização de prévio estudo do impacto orçamentário da criação do benefício e da indicação da fonte de custeio.

Ou seja, independentemente do recente posicionamento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, na tese firmada em relação à controvérsia (Tema 1.095), é importante ressaltar a importância de manter um olhar atento para a questão junto ao Poder Legislativo e para a necessidade de políticas públicas que visem garantir uma vida digna para todos os aposentados. O Estado tem o dever de garantir a efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, e para tanto precisa garantir, também, o equilíbrio de todo o sistema.

Referências

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.282/2012**. Autoria: Senador Paulo Paim. Brasília, DF, 08 ago. 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552741>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.801/2006**. Autoria: Senador Paulo Paim. Brasília, DF, 24 mar. 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=318564>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.213, de 24 de Julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1648305/RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Irma Perine. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Relatora para acordão: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 22 ago. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?_num_registro=201700090055&dt_publicacao=26/09/2018. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Petição 8.002**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agravada: Irma Perine. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 ago 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340589612&ext=.pdf>. Acesso em 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.221.446/RJ**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Maria Luiza da Fonseca Jaegge. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21, jun 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343535159&ext=.pdf>. Acesso em 06 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo em Apelação Cível nº045991-28.2015.4.03.9999/SP**. Agravante: Milton do Carmo Ferro. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Desembargador Federal Newton de Lucca. São Paulo, SP, 30 jul. 2018. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº0001095-91.2015.4.04.0000/RS**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agravado: Angelina Fontoni Zago. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Relator para Acórdão: Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, RS, 09 jun. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?_orgao=1&documento=7617982&termos_Pesquisados=cHJldmlkZW5jaWFyaW8gYW9RcY2lvbmFslGV4dGVuc2FvIA==. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº0006568-97.2016.4.04.9999/RS**. Apelante: Agatha Aurelio. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Relator para Acórdão: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Porto Alegre, RS, 30 mar. 2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8885824. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº0016071-45.2016.4.04.9999/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Apelado: Alfredo Porto Pinheiro. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. Porto Alegre, RS, 09 mar. 2017c. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8784165. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Processo nº5000890-49.2014.4.04.7133**. Requerente: Eugênio Heinen. Recorrido Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. Brasília, DF, 12 mai. 2016. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/FohnRZC9.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

CARVALHO, Marco Cesar de. **A extensão da assistência permanente aos demais benefícios do regime geral de previdência social**. Revista de Direito do Trabalho. v.154/2013, nov/dez 2013, p. 249-269. DRT\2013\12192. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc6000001726838b5e15f8e6190&docguid=I7c92c040630711e3a47301000000000&hitguid=I7c92c040630711e3a47301000000000&spos=1&epos=1&td=269&context=83&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; BARBOSA, Victor Coelho. **Uma análise do julgamento do recurso especial 1.720.805/RJ a partir da proposta hermenêutica de Friedrich Muller**. Revista dos Tribunais. v. 1004/2019, jun 2019, p.245-260. DRT\ 2019\29330. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc50000016e958166f9a0a3df47&docguid=I492aeb30682c11e9b47b01000000000&hitguid=I492aeb30682c11e9b47b01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 nov. 2019.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Produtividade do corpo docente como subsídio à gestão de competências em cursos superiores: validação de protocolo no curso de Direito da Universidade de Passo Fundo ¹

*Simone Meredith Scheffer-Basso*²

*Adriano Pasqualotti*³

*Denize Grzybovski*⁴

*Sara Conceição Paula*⁵

*Maira Tonial*⁶

Introdução

Realizar a gestão acadêmica em instituições de ensino superior (IES) com base no conceito de gestão por competência pressupõe a avaliação dos professores, a partir de três principais quesitos: atração, manutenção e aperfeiçoamento dos recursos humanos. Por isso, considera-se que a principal área atingida pela gestão por competências nas universidades diz respeito à avaliação de desempenho, que já faz parte dos indicadores da qualidade dos cursos superiores no país.

¹ Este artigo foi elaborado a partir do trabalho de conclusão do MBA em Gestão de Pessoas da primeira autora, em novembro de 2017, na Faculdade de Administração, Economia e Ciências Contábeis (FAEC) da Universidade de Passo Fundo (UPF).

² Engenheira agrônoma pela Universidade de Passo Fundo. Mestra e Doutora em Zootecnia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora da UPF. E-mail: simonemsbasso@gmail.com.

³ Licenciado em Matemática pela Universidade de Passo Fundo. Mestre em Ciência da Computação e doutor em Informática na Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade de Passo Fundo. E-mail: pasqualotti@upf.br.

⁴ Bacharel em Administração pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Mestra pela Universidad Museo Social Argentino (Argentina) e doutora em Administração pela Universidade Federal de Lavras. Professora da Universidade de Passo Fundo. E-mail: gdenize@upf.br,

⁵ Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Ciências Econômicas e Sociais pela Universidad Autónoma de Sinaloa (México). Consultora em Administração Pública, Economia e Turismo. sara.angrense@gmail.com.

⁶ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Professora do curso de Direito/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos. E-mail: mairatonial@upf.br.

A avaliação dos docentes, antes limitada aos processos de admissão e promoção na carreira, é um pilar de gerência da vida acadêmica (CHIZZOTTI; PONCE, 2010). Contudo, esse processo não pode estar centrado num modelo de “prestação de contas” (ALVES; FIGUEIREDO, 2011) e incentivo financeiro por produtividade (AYROZA et al., 2019), sob pena de a docência ser entendida como um emprego tradicional, que requer mecanismos de supervisão e controle por parte dos órgãos de gestão, que acabam por desembocar em decisões de despedimento ou promoção (ALVES; FIGUEIREDO, 2011). As instituições de ensino superior podem se valer desses indicadores para identificar as potencialidades e fragilidades dos cursos que oferece, a fim de cumprir com as exigências legais, fazer frente à competitividade e ajustar currículos que atendam à expectativa de alunos, empregadores e sociedade. Por outro lado, tal processo desafia os gestores quanto à remuneração adicional por produtividade como medida de atrair e reter docentes de elevada competência técnica (PIMENTEL; PAULA, 2014).

A docência universitária reúne uma multiplicidade de saberes, competências e atitudes, prevê domínio de conteúdo especializado e orientado para a formação de profissionais e engloba interação de ensino, pesquisa, extensão e gestão (MOROSINI et al., 2016). Na educação baseada em competências cabe aos docentes adquirir novas competências, incluindo a orientação dos alunos em trabalhos de pesquisa, projetando cenários, processos e experiências de aprendizagem significativa e relevante com vistas a prepará-los para o futuro (ÁLVAREZ, 2011).

O mapeamento das competências docentes tem como propósito identificar discrepâncias entre as competências necessárias para concretizar a estratégia organizacional e as competências do curso (CARBONE; BRANDÃO; LEITE, 2006). É de se esperar que nesse processo sejam encontradas divergências, principalmente, sobre avaliações de

desempenho, mensuração de habilidades, competências e atitudes, e de como saber se todos os envolvidos recebem oportunidades equilibradas (GERHARDT; WERLE; FOSSATTI, 2016).

No intuito de fornecer subsídios para diagnóstico, monitoramento e avaliação do desempenho dos docentes, Pimentel e Paula (2014) desenvolveram o protocolo Coeficiente de Especialidade e Produtividade (C_{OEF}), que enquadra os elementos disponíveis na Plataforma Lattes aos três pilares centrais de uma universidade: ensino, pesquisa e extensão. Com isso, é possível quantificar e comparar o desempenho dos professores, facilitar o diagnóstico e o monitoramento da qualidade dos cursos, possibilitar a melhoria na alocação e realocação em atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão, bem como subsidiar processos de progressão no quadro de carreira.

Este trabalho validou o protocolo C_{OEF} para o curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), a fim de verificar o perfil do corpo docente quanto à produtividade acadêmica nas suas áreas e subáreas de conhecimento. Procurou-se responder: a) Quais são as variáveis que mais contribuem para explicar a divergência de produção entre os docentes; b) Como se distribui a produção acadêmica do curso entre os docentes?; c) Quais são as subáreas e especialidades com maior e com menor produção acadêmica? e; d) Qual é a subárea do curso com maior e menor produção?

II – A competência na educação superior

O conceito de competência é pensado como conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes, englobando as capacidades humanas que justificam um alto desempenho, acreditando-se que os melhores desempenhos estão fundamentados na inteligência e personalidade das pessoas (FLEURY; FLEURY, 2001). Contudo, há divergências quanto ao conceito de competência, especialmente ao se

analisar as escolas americana e europeia. A primeira considera o conjunto de competências que afetam o desempenho dos indivíduos (*inputs*) e a última defende que a competência é demonstrada a partir do momento em que os profissionais atingem ou superam resultados esperados em seu trabalho (*outputs*) (PARRY, 1996).

De todo modo, para ser competente há que saber agir eficaz, responsável e reconhecidamente, numa combinação de conhecimentos e características pessoais, o que culmina em resultados satisfatórios de determinada atividade (PERRENOUD, 2000). Dessa forma, o conceito de competência se universalizou e refletiu-se, também, no campo da educação, porém, de forma pouco clara, lacunar e superficial quanto às contradições (MARINHO-ARAÚJO; RABELO, 2015). Cabe aos docentes adquirir novas competências, incluindo o acompanhamento e orientação dos trabalhos de pesquisa dos alunos, a promoção do desenvolvimento integral dos jovens, sua melhoria e esforços contínuos, projetando cenários, processos e experiências de aprendizagem significativa e relevante, com vistas a prepará-los para o futuro (ÁLVAREZ, 2011). Em se tratando de cursos superiores, exceto para categorias profissionais que tem em seu currículo disciplinas de formação humana e pedagógica, a aquisição de competências dessa natureza depende da política de gestão de pessoas.

2.1 Uso de gestão por competência na gestão acadêmica

As competências e habilidades do profissional da educação têm sido pouco consideradas pelas instituições de ensino, tanto no que diz respeito à sua formação quanto à sua seleção para atuar como elemento à qualidade do ensino (SERAPHIM; TAURINO; ESPÍNDOLA, 2005). Não obstante, Felix e Navarro (2009) acentuam não ser possível determinar listas fixas de competências na docência, já que elas se desenvolverão de acordo com as necessidades dos aprendizes. Porém, as competências científicas são

altamente desejáveis em docentes no ensino superior, pois confere aos integrantes do campo científico, autoridade legitimada na luta pelo monopólio (AYROZA et al., 2019).

A atividade docente é uma ação organizada, que objetiva orientar os alunos na aquisição de ferramentas e competências intelectuais, necessárias à estruturação individual de modelos socioculturais de comportamentos, tendo em vista o seu desenvolvimento pessoal, acadêmico e de preparação para a vida (ALVES; FIGUEIREDO, 2011). Nessa lógica ressalta-se a importância para as IES da avaliação dos docentes quanto aos resultados das atividades que desempenha, observando que na maioria das vezes não se resume tão somente às questões inerentes à sala de aula, mas também às estratégias delineadas no projeto pedagógico ou mesmo as de escopo institucional (HAWERROTH et al., 2011).

Consoante a importância do assunto, a aplicação da gestão por competência na gestão universitária ainda é restrita. No entender de Quel (2008), isso decore da dificuldade de se estabelecer critérios de alinhamento de competências com gestão eficaz de pessoas nesse tipo de instituição (QUEL, 2008). Dentre os desafios em se trabalhar com essa perspectiva está o fato de que essas organizações não são dotadas de políticas de gestão de pessoas muito claras (PAIVA, 2007).

Estudos sobre a competência docente geralmente englobam a avaliação das capacidades relevantes aos docentes universitários, ou seja, com a finalidade de gerar aprendizagem aos alunos. Fatores como titulação, regime de trabalho, tempo de experiência como profissional na área e atividades em pesquisa e extensão contribuem para a competência docente (VASCONCELOS; CAVALCANTE; MONTE, 2012) e conferem autoridade legítima e reconhecimento de competência técnica pelos pares (AYROZA et al., 2019). A administração acadêmica estabelece como

critérios a adequação curricular e de procedimentos de avaliação, ao passo que a integração social avalia o grau de inserção da instituição na comunidade, por meio de programas de extensão e prestação e serviços. Já, a produção científica, cultural e tecnológica tem como ressalva que se considere a disponibilidade de docentes qualificados, considerando o regime de trabalho. Isso já denota que o rol e a qualidade dos serviços prestados pelas IES é reflexo das competências do corpo docente e, em grande parte, da carga horária dedicada à instituição.

Dentre os critérios que podem ser elencados para se avaliar as competências na docência universitária, no tripé ensino-pesquisa-extensão, as atividades de ensino são aquelas que podem ser expressas pelo: pelo esforço e comprometimento do professor com aulas, preparação de disciplinas, atendimento aos alunos, orientação de estágios, dissertações e teses, projetos e orientação de iniciação científica, participação em bancas examinadoras de estágio supervisionado, iniciação científica, defesas de mestrado e de doutorado (FEHR; NASCIMENTO, 1990).

2.2 Avaliação do desempenho docente

A avaliação dos docentes de ensino superior é fundamental para a gestão por competências, a fim de balizar propostas inovadoras e melhorar a qualidade da formação dos alunos. Nesse sentido, a autoavaliação institucional se constitui numa forte ferramenta de gestão educacional, por meio do planejamento participativo, alterando de forma significativa os rumos da instituição e contribuindo de forma decisiva para a melhoria da instituição e de seus cursos (FERREIRA; FREITAS, 2017).

A docência universitária abarca uma multiplicidade de saberes, competências e atitudes, incluindo o domínio de conteúdo especializado e orientando a formação de profissionais (MOROSINI et al., 2016). Portanto, a avaliação de desempenho docente é uma forma de verificar o

cumprimento das atividades que a universidade entende como importantes na busca pela eficiência naquilo que estão obrigadas a cumprir: ensino, pesquisa e extensão (LOURENÇO; TEIXEIRA; SANTINELLI, 2011). Como qualquer processo de avaliação, ela pode ser conduzida para fins de (a) desenvolvimento profissional do docente ou (b) prestação de contas. Ambos os objetivos são válidos, em que primeiro visa incrementar a qualidade e o segundo objetiva melhorar a gestão dos recursos humanos disponíveis (ALVES; FIGUEIREDO, 2011).

Não há indicador universal para avaliação do desempenho do corpo docente, pois as particularidades institucionais e os objetivos da aplicação das métricas variam. Pinto e Oliveira (2004/2005) propuseram um método de avaliação do desempenho de docentes universitários que engloba: atitude perante o ensino, atitude perante a universidade, produção científica e investigação, e esforço de progressão continuado. Por outro lado, Embiruçu, Fontes e Almeida (2010) formularam um índice de avaliação docente baseado nos índices criados pelo Ministério da Educação (MEC) para avaliar as IES brasileiras, especialmente a taxa de conclusão dos cursos de graduação e a relação aluno/professor. Mais tarde, Pimentel e Paula (2014) propuseram um protocolo de avaliação do desempenho de docentes a partir de dados acessados pelo currículo Lattes, com intuito de apresentar um modelo de gestão por competência que disponibilizasse uma base de dados para tomada de decisão para o fomento da pesquisa, ensino e extensão. De acordo com esse modelo de avaliação, as potencialidades dos docentes de um curso se traduzem em suas competências, de modo que ao avaliar tal questão, pode-se ter o cenário característico do curso.

Em se tratando das atividades dos docentes, a Plataforma Lattes (CNPQ, 2017b) representa um marco de padronização e divulgação, por permitir acesso livre aos currículos. Trata-se de um sistema de informação

curricular com o objetivo de avaliar a competência de candidatos à obtenção de bolsas e auxílios, selecionar consultores e membros de comitês e de grupos assessores e subsidiar a avaliação da pesquisa e da pós-graduação brasileira. Assim, o acesso livre ao currículo Lattes facilita processos de avaliação que abrangem atividades passíveis de ser comprovadas documentalmente, se for o caso.

III - Metodologia

Este trabalho é resultado de uma pesquisa descritiva, que objetivou caracterizar o perfil do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, por meio de variáveis quantitativas. Trata-se, portanto, de um estudo de caso. Quanto aos meios, é uma pesquisa documental, pois a fonte de dados foi o CV Lattes, cuja exploração se valeu das técnicas de análise de conteúdo (BARDIN, 2011).

3.1 Sujeito de estudo

O recorte amostral foi composto por 55 docentes com formação em Direito e distribuídos nas seguintes categorias de regime de trabalho, à época do estudo (2017): a) horista = 19%; b) tempo parcial: 43% e; c) tempo integral: 38%. Quanto à maior titulação, 7% dos docentes possuíam especialização, 71% tinham mestrado e 22% eram doutores.

3.2 Obtenção e análise dos dados

Para obter as informações acerca da especialidade e produtividade dos docentes, foi enviada correspondência eletrônica, em abril/2017, solicitando sua colaboração para que atualizassem o seu CV Lattes em prazo pré-determinado. A partir da data determinada para a finalização da atualização foi feito o acesso aos currículos em agosto do mesmo ano. As variáveis descritoras para o cálculo do Coeficiente de Especialidade e Produtividade (C_{OEF}) pertenceram às seguintes modalidades: 1) produção

intelectual de titulação (especialização, mestrado e doutorado); 2) projetos (pesquisa, extensão, desenvolvimento e/ou outros); 3) produção bibliográfica (artigos publicados e/ou aceitos, livros e/ou capítulos, trabalhos publicados em anais, apresentação de trabalho e/ou palestras, tradução, prefácio, posfácio e outras); 4) produção técnica (assessoria, consultoria, cursos ministrados, editoração, entrevistas, mesas redondas e comentários na mídia) e organização de eventos; 5) bancas (graduação, especialização, mestrado e doutorado) e; 6) orientações (iniciação científica, trabalhos de conclusão de curso, monografia de conclusão de curso de aperfeiçoamento/especialização, dissertação de mestrado e tese de doutorado). Dessa forma, os docentes foram avaliados quanto ao seu desempenho em 29 variáveis.

O trabalho teve três fases: pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados, com base na análise de conteúdo como método de quantificação de informações qualitativas (BARDIN, 2011). Inicialmente foi feita a seleção das categorias do CV Lattes que estivessem vinculadas à atuação acadêmica dos docentes, independentemente de ser realizada exclusivamente ou não na instituição (UPF). Em seguida, na fase de exploração do material, foram codificadas as informações referentes às atividades dos docentes no período 2014-2017/II. A produção intelectual de titulação (especialização, mestrado e doutorado) foi computada independentemente do ano de obtenção do título. Cada item registrado recebeu o valor “1”. Os dados foram lançados em planilha Excel de 29 colunas (variáveis) x 1.265 linhas (55 docentes x 23 especialidades da área do Direito).

As 23 especialidades do Direito estão agrupadas em quatro subáreas (CNPQ, 2017), a saber: 1) Teoria do Direito: Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Teoria do Estado, História do Direito, Filosofia do Direito, Lógica Jurídica, Sociologia Jurídica, Antropologia Jurídica; 2)

Direito Público: D. Tributário, D. Penal, D. Processual Penal, D. Processual Civil, D. Constitucional, D. Administrativo, D. Internacional Público; 3) Direito Privado: D. Civil, D. Comercial, D. do Trabalho, D. Internacional Privado e; 4) Direitos Especiais. Nessa última foram consideradas as produções acadêmicas em Direito do Consumidor, D. da Criança e do Adolescente, D. do Idoso e D. Ambiental.

O tratamento dos dados seguiu a métrica proposta por Pimentel e Paula (2014), com modificações quanto à nomenclatura dos indicadores: a) Coeficiente de Especialidade e Produtividade Docente Amplo (C_{OEFDA}): representa a produtividade total de cada docente; b) Coeficiente de Especialidade e Produtividade Docente Restrito (C_{OEFDR}): é o valor do C_{OEFDA} na especialidade em houve a maior frequência de produção; c) Coeficiente de Especialidade e Produtividade Coletivo Amplo (C_{OEFCA}): é o C_{OEFDA} do curso, ou seja, representa a produção total do curso, derivado da somatória dos C_{OEFDA} ; d) Coeficiente de Especialidade e Produtividade Coletivo Restrito (C_{OEDCR}): é o valor de C_{OEFCA} na especialidade e na subárea do Direito em que houve a maior produção coletiva. Após a obtenção dos C_{OEFDS} , foi calculada a relevância acadêmica individual, que é a contribuição percentual da produção de cada docente para o C_{OEFCA} .

A análise estatística foi realizada por meio de parâmetros descritivos, com inclusão de um método multivariado, que foi a contribuição relativa das variáveis descritoras para a divergência entre docentes, conforme método de Singh (1981). As análises estatísticas foram realizadas com uso do programa Genes (CRUZ, 2001).

IV - Resultados e discussão

Este trabalho constou da validação do protocolo C_{OEF} (PIMENTEL; PAULA, 2014) para obter o perfil do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, por meio da quantificação da produção acadêmica (Tabela 1)

dos 55 docentes, à época, pertencentes ao quadro permanente e com formação específica em Direito. A origem dos dados foi o CV Lattes, que é um documento público, cujo acesso é livre e prescinde de autorização do informante para uso em trabalhos como este.

Neste estudo, foi solicitado aos docentes do curso, por intermédio do seu coordenador, que atualizassem seu currículo em data pré-determinada. Ao final da data estabelecida, constatou-se que 51% haviam atendido à solicitação e haviam atualizado seus dados na Plataforma Lattes. Por outro lado, ainda havia currículos cuja última atualização tinha sido feita em 2006 (5%), 2012 (2%), 2014 (15%), 2015 (11%) e 2016 (16%). Portanto, salvo não haver registros a fazer nos currículos, é de se supor que os indicadores aqui mostrados exibam alguma distorção da realidade. Essa é uma limitação do método, pois ele depende da atualização dos currículos na Plataforma Lattes, de onde são extraídas as informações.

Dentre as 29 variáveis descritoras, o conjunto de orientações de TCC, palestras, publicação de artigos e participação em bancas de conclusão de curso explicaram 70% da divergência entre os docentes (Tabela 1). Para o cálculo do C_{OEF} a escolha das variáveis descritoras é arbitrária, de modo que os gestores e o colegiado dos cursos podem determinar aquelas que consideram mais ou menos adequadas ao objetivo de processos avaliativos. Além disso, é possível aplicar pesos diferenciados para cada uma das variáveis, conforme o plano pedagógico do curso. As variáveis escolhidas para esta pesquisa foram similares àquelas adotadas pelos proponentes do C_{OEF} , exceto o item “entrevistas”, que Pimentel e Paula (2014) excluíram do seu estudo, pela dificuldade em classificar essa atividade dentre os blocos semânticos do curso que eles caracterizaram (curso de Turismo).

Tabela 1 – Contribuição relativa (C.R.D) de 29 variáveis acessadas no currículo Lattes (2014-2017) de 55 docentes do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo

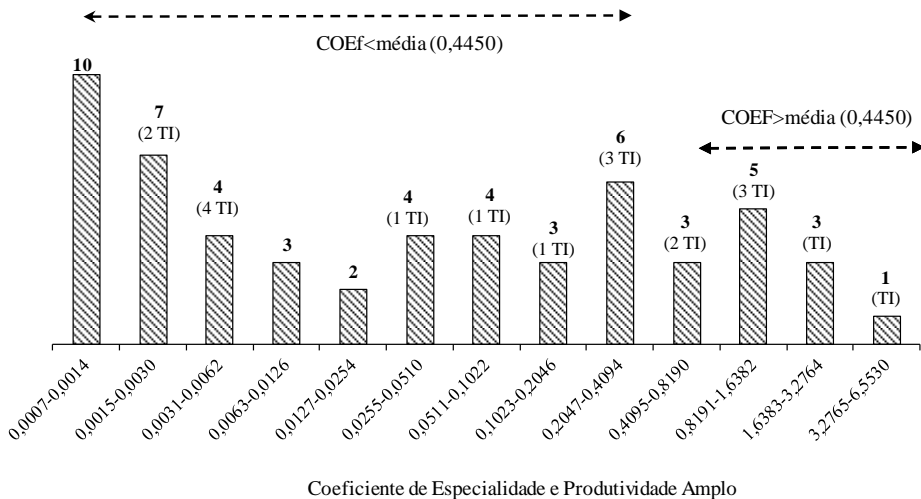
Categoria	Variável	C.R.D (%)
Produção intelectual de titulação	Monografia	0,19
	Dissertação	0,03
	Tese	0,06
Projetos	Pesquisa	1,55
	Extensão	0,14
	Outros	0,06
Produção bibliográfica	Artigos	7,81
	Livros	1,00
	Capítulos	6,57
	Resumos	5,97
	Artigos aceitos	0,10
	Palestras	12,85
Produção técnica	Outras	0,14
	Assessoria e consultoria	0,01
	Trabalhos técnicos	0,04
	Cursos ministrados	2,72
	Editoração	0,03
	Entrevistas	0,10
	Organização de eventos	0,51
Outras	0,06	
Bancas	Trabalho de conclusão de curso	39,42
	Especialização	0,67
	Mestrado	6,30
	Doutorado	0,69
	Iniciação científica	1,20
Orientações concluídas	Trabalho de conclusão de curso	8,25
	Especialização	2,29
	Mestrado	0,64
	Doutorado	0,10

Fonte: elaborada pelos autores.

O corpo docente obteve valores de C_{OEFDa} entre 0,0007 e 5,0778 (Figura 1), com média inferior (0,4452) ao desvio padrão (0,9997), o que mostra a elevada assimetria de produtividade no grupo avaliado. Por outro lado, a

produtividade foi baixa, pois 78% dos docentes apresentaram valores inferiores à média. Apenas 12 docentes (22%) conseguiram C_{OEFDa} acima da média, e, juntos, responderam por 88% da produtividade coletiva (C_{OEFCa}), que representa a produtividade do curso (Tabela 2). Entre as possíveis causas da assimetria na produtividade docente estão: regime de trabalho, participação em programas de pós-graduação (PPG) e atualização do CV Lattes. Nesse sentido, ao exame da titulação e do regime de trabalho dos 12 docentes que tiveram C_{OEFDa} acima da média, constatou-se que nove (9) possuíam doutorado e regime de tempo integral (TI) e, desses últimos, oito (8) eram docentes permanentes de curso de Mestrado. Esse conjunto de condições (doutorado + tempo integral + participação em PPG) justifica, a princípio, os maiores C_{OEFDa} desses docentes em relação aos demais. Contudo, no curso avaliado há 21 docentes em TI, o que indica que 12 deles estão com produtividade abaixo da média (Figura 1).

Figura 1 – Distribuição dos Coeficientes de Especialidade e Produtividade Ampla (C_{OEFDa}) entre 55 docentes (2017) do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo



Notas: TI= número de docentes com regime de tempo integral em cada classe de C_{OEFDa} ; Desvio padrão= 0,9917.

A considerar o pressuposto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (BRASIL, 1996), de que docentes de tempo integral são “aqueles que se caracterizam por produção intelectual institucionalizada”, quais seriam os motivos da tímida produção acadêmica de 57% dos docentes em regime de TI? Teoricamente, essa parcela do corpo docente deveria ser os pilares intelectuais do curso, já que dispõem da maior carga horária na instituição. Portanto, tem-se nesse caso a possibilidade do uso de métricas de desempenho para subsidiar a gestão de carreiras, tanto no desenvolvimento docente como na vertente de prestação de contas. Ambos os enfoques devem ser considerados dentro de uma perspectiva de melhoria da qualidade do ensino (ALVES; FIGUEIREDO, 2011).

Quanto à atualização do CV Lattes, que poderia ser um dos motivos da assimetria de C_{OEFDa} , verificou-se que os professores de maior destaque acadêmico (Tabela 2) estavam com seu currículo atualizado à época da coleta de dados, o que pressupõe fidedignidade de seus índices de produtividade. Contudo, como 49% do corpo docente não atualizou as informações curriculares, supõe-se que os indicadores de produtividade estejam aquém da realidade, já que havia currículos atualizados pela última vez há 11 anos. Dentre os docentes que não haviam atualizado o seu currículo, cinco (5) deles eram de regime TI, o que é, no mínimo, uma demonstração de descaso com o curso e/ou a falta de conscientização da importância dessa base de dados para as IES.

Tabela 2 – Relevância acadêmica de docentes do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (2017) agrupados conforme o percentual de contribuição do Coeficiente de Especialidade e Produtividade Docente Ampla (COEFDa)

Docentes ¹	COEFDa	Relevância acadêmica ³ (%)	Relevância acadêmica acumulada (%)	COEFDp	Proporção de especialidade ⁴ (%)
<i>Grupo 1</i>					
D11	5,0778	20,74	20,74	2,1778	42,9
D02	4,0569	16,57	37,31	3,9424	97,2
D01	3,1094	12,70	50,00	2,2577	72,6
D16	1,8776	7,67	57,67	1,8726	99,7
D20	1,4428	5,89	63,56	0,9330	64,7
D06	1,3398	5,47	69,04	1,2102	90,3
D33	1,0245	4,18	73,22	0,9856	96,2
D46	1,0007	4,09	77,31	0,8323	83,2
D44	0,9388	3,83	81,14	0,7840	83,5
D34	0,7516	3,07	84,21	0,7372	98,1
D30	0,5349	2,18	86,40	0,4867	90,9
D19	0,4629	1,89	88,29	0,3485	75,3
<i>Grupo 2</i>					
Demais docentes	2,8683	11,71	100,00	2,1267	76,7

Curso (COEFCa)² = 24,4860

¹Agrupamento dos docentes (n=55) com COEFDa superior ou inferior ao COEFDa médio (0,4450).

²Coefficiente de Especialidade e Produtividade Coletivo Ampla (COEFCa) = COEFDa dos 55 docentes.

³Relevância acadêmica relativa = (COEFDa/COEFCa)*100.

⁴Proporção de especialidade = (COEFDp/COEFDa)*100.

O valor coletivo e a relevância acadêmica dos docentes dependem das informações extraídas do CV Lattes, de modo que os índices são alterados a cada mudança no corpo docente do curso e a cada alteração no CV Lattes. Como esse currículo é de público, de fácil preenchimento e acesso os docentes deveriam dedicar algum tempo para fazer a atualização de seus dados. Essa tarefa deveria merecer especial atenção quando o curso estiver em vias de procedimento avaliativo pelo MEC (FAGUNDES, 2014). Se o CV Lattes de estudantes e egressos são fonte relevante para se analisar o perfil

de formação de cursos de graduação, no caso dos professores isso é, ainda, mais importante.

Pelo princípio de gestão por competências, as potencialidades dos docentes determinam a competência do curso (PIMENTEL; PAULA, 2014). Essas potencialidades são indicadas, não somente, pela frequência, mas também pela especialidade. Ao se obter indicadores de produtividade bibliográfica das docentes tem-se oportunidade de verificar sua contribuição para o avanço da ciência na sua área de conhecimento, o que gera visibilidade para os cursos em que eles estão vinculados. Neste trabalho, o percentual de especialização foi de 27 a 100%. Dentre os 12 docentes com maior relevância acadêmica, esse percentual variou de 43% (D11) a 99,7% (D16) (Tabela 2).

Considerando o curso aqui avaliado, cinco especialidades do Direito responderam por 77% da produtividade (Tabela 3): Direito Administrativo, D. Penal, D. Constitucional, D. Civil e D. do Consumidor. Com exceção de Lógica Jurídica, houve produção acadêmica em todas as especialidades, com ênfase para D. Administrativo, que respondeu por 25% do total. Em oposição, as categorias em vulnerabilidade, que ficaram abaixo da média inferior, foram Direito Comercial, Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Teoria do Estado, Antropologia Jurídica e Lógica Jurídica. Considerando-se as quatro subáreas do Direito, nas quais se inserem as 23 subáreas (CNPq, 2017), a produção acadêmica do curso se concentrou em D. Público (62%), seguida de D. Privado (17%), D. Especiais (16%) e Teoria do Direito (5%).

Ao identificar as oportunidades de melhoria do curso, os gestores e o colegiado de curso poderiam concentrar esforços em quesitos considerados mais importantes para a melhoria na formação e desempenho dos alunos no Enade e na melhoria dos índices que impactam no conceito do curso de Mestrado que a Faculdade de Direito da instituição

oferece, por exemplo. Depreende-se, portanto, a importância de um processo de avaliação, uma vez que sendo um processo formativo e de desenvolvimento, pode influenciar a reconfiguração de contextos, condições sociais e propostas pedagógicas, para que esses se constituam em opções mais favoráveis à construção das competências necessárias ao perfil que se deseja formar (MARINHO-ARAÚJO; RABELO, 2015).

Tabela 3 – Coeficiente de Especialidade e Produtividade das especialidades (COEFe) e sua relevância no curso de Direito da Universidade de Passo Fundo

Especialidade ¹	COEFe	Relevância no curso ¹ (%)	Relevância acumulada (%)
Direito Administrativo	6,1440	25,09	25,09
Direito Penal	3,9770	16,24	41,33
Direito Constitucional	3,4161	13,95	55,28
Direito Civil	2,9604	12,09	67,38
Direito do Consumidor	2,4032	9,81	77,19
Direito Ambiental	1,1087	4,53	81,72
Direito do Trabalho	1,0331	4,22	85,94
Filosofia do Direito	0,8884	3,63	89,56
Direito Processual Penal	0,7667	3,13	92,70
Direito Processual Civil	0,4809	1,96	94,66
Direito Internacional Público	0,4334	1,77	96,43
Direito da Criança e do Adolescente	0,3168	1,29	97,72
Direito do Idoso	0,1670	0,68	98,41
História do Direito	0,1353	0,55	98,96
Direito Tributário	0,1202	0,49	99,45
Sociologia Jurídica	0,0734	0,30	99,75
Direito Internacional Privado	0,0461	0,19	99,94
Direito Comercial	0,0043	0,02	99,96
Teoria Geral do Direito	0,0029	0,01	99,97
Teoria Geral do Processo	0,0029	0,01	99,98
Teoria do Estado	0,0029	0,01	99,99
Antropologia Jurídica	0,0022	0,01	100,00
Lógica Jurídica	0,0000	0,00	-

¹Mediana= 1,294; média inferior ≤0,02%; média central= 0,19-4,53%; média superior ≥9,7%.

Considerações finais

Com base nas informações disponibilizadas publicamente pelos docentes na Plataforma Lattes, considerando-se o período 2014-2017/II, exceto para titulação, apreende-se que a principal competência do curso de Direito da UPF, à época da realização deste trabalho, estava vinculada à área do Direito Público. A partir do desempenho individual e coletivo nas subáreas desse bloco semântico, percebe-se nele a vocação do curso e, possivelmente, o segmento de maior projeção interna e externa. As demais subáreas do Direito representavam oportunidades de melhoria, em especial, o Direito Comercial.

Quanto ao método aplicado para a obtenção de indicadores das competências, decorre-se que, apesar de trabalhoso, é de fácil execução, é flexível quanto aos quesitos a serem acessados no currículo Lattes, dependendo do interesse do gestor ou do colegiado, e permite várias inferências. Além disso, prescinde da autorização por parte dos sujeitos da pesquisa, já que o CV Lattes é público.

A principal limitação do método aqui usado (C_{OEF}) é o elevado tempo que demanda a extração dos dados, pois o lançamento das atividades do docente em cada categoria (artigos, orientação, etc.) é feita manualmente. Portanto, a ferramenta pode ser melhorada em futuros trabalhos com o uso de técnicas computacionais de extração de dados. Em segundo lugar, tem-se o aspecto da confiabilidade dos dados usados para a geração dos indicadores. Como as informações inseridas no CV Lattes não são validadas pela instituição na qual o informante é vinculado, as questões relativas à frequência da atualização do currículo e à classificação das atividades (ex: tipos de publicação) devem ser observadas.

Para o adequado uso do C_{OEF} , o usuário precisa ter algum conhecimento quanto às subáreas de conhecimento do curso. Neste trabalho, o julgamento da subárea do Direito na qual eram feitos os

lançamentos de dados foi tomado pelo título da produção. No entanto, essa limitação seria prontamente superada pelo preenchimento adequado do currículo Lattes, ou seja, pela informação de todos os campos que a plataforma possibilita em cada menu, dentre eles área e subárea do conhecimento.

O protocolo proposto por Pimentel e Paula (2014) é uma ferramenta valorosa para a gestão acadêmica, pois, ao mesmo tempo em que permite verificar as atividades de ensino, pesquisa e extensão, detecta potencialidades e fragilidades dos cursos e sinaliza a necessidade de estratégias em nível de colegiado atual e futuro. A ferramenta pode integrar outros indicadores, como, por exemplo, o desempenho pedagógico dos docentes e o índice de satisfação dos discentes. De outro modo, estudos desta natureza podem oferecer subsídios à tomada de decisão por parte dos gestores, quanto à atração, retenção e valorização dos docentes.

Referências

ÁLVAREZ, Margarita María. Perfil del docente en el enfoque basado en competencias. *Revista Electrónica Educare*, San José, v. 15, n. 1, p. 99-107, jan./fev. 2011.

ALVES, Maria Palmira; FIGUEIREDO, Luísa Lobão. A avaliação de desempenho docente: quanto vale o que fazemos? *Educação, Sociedade & Culturas*, Porto, v. 33, p. 123-140, 2011.

AYROZA, Igor Feitosa Lacorte; RODRIGUES, Waldecy; ROCHA, Hainnan Souza; PEDROZA FILHO, Manoel Xavier. Avaliação do programa de produtividade em pesquisa da Universidade Federal do Tocantins: um olhar sob a ótica da economia comportamental. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, e192316, jan./abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9394**, 20 de dezembro de 1996. Ementa: Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez 1996. Disponível

em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9394-20-dezembro-1996-362578-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

CARBONE, Pedro Paulo; BRANDÃO, Hugo Pena; LEITE, João Batista Diniz Leite. **Gestão por competências e gestão do conhecimento**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

CHIZZOTTI, Antonio; PONCE, Branca Jurema. Avaliação da produção docente no ensino superior: possibilidades e limites. **Revisra e-curriculum**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 1-20, jul. 2010.

CNPQ. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. **Áreas do conhecimento**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/186158/TabeladeAreasdoConhecimento.pdf/>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. **Plataforma Lattes**. 2017. Disponível em: <<https://lattes.cnpq.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CRUZ, Cosme Damião. **Programa GENES**: aplicativo computacional em estatística aplicada à Genética. Viçosa: UFV, 2001.

EMBIRUÇU, Marcelo; FONTES, Cristiano; ALMEIDA, Luiz. Um indicador para a avaliação do desempenho docente em Instituições de Ensino Superior. **Ensaio**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 69, p. 795-820, out./dez. 2010.

FAGUNDES, Gustavo. Educação superior comentada: a necessidade de adequada preparação da documentação do corpo docente. **Coluna Educação Superior Comentada**, Brasília, v. 2, n. 8, p. 1-2, mai. 2014.

FEHR, Manfred; NASCIMENTO, Alvimar Ferreira. Avaliação docente: rumo à quantificação do trabalho acadêmico. **Educação e Filosofia**, Uberlândia, v. 5, n. 9, p. 19-24, jul./dez. 1990.

FELIX, Fabiola Angarten; NAVARRO, Elaine Cristina. Habilidades e competências: novos saberes educacionais e a postura do professor. **Revista Eletrônica Interdisciplinar**, Barra do Garças, v. 2, n. 2, p. 1-13, set. 2009.

FERREIRA, Maurício da Silva; FREITAS, Antônio Alberto da Silva Monteiro de. Implicações da avaliação institucional na gestão universitária: a experiência da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). **Avaliação**, Campinas, v. 22, n. 1, p. 201-221, mar./jun. 2017.

FLEURY, Maria Tereza Leme; FLEURY, Afonso. Construindo o conceito de competência. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 5, p. 183-196, edição especial, 2001.

GERHARDT, Andréa; WERLE, Carolina Sofia; FOSSATTI, Paulo. Remuneração meritocrática para professores universitários: é uma possibilidade de qualificar o Ensino Superior no Brasil? **Revista Gestão Universitária**, Santa Maria, v. 5, p. 1-23, abr. 2016.

HAWERROTH, Jolmar Luis; HÉKIS, Hélio Roberto; QUEIROZ, Jamerson Viegas; QUEIROZ, Fernanda Cristina Barbosa Pereira. Estratégias acadêmicas como alternativas de avaliação de desempenho docente. **Estudos em Avaliação Educacional**, São Paulo, v. 22, n. 48, p. 53-76, jan./abr. 2011.

LOURENÇO, Cléria Donizete da Silva; TEIXEIRA, Tatiana Cardoso; SANTINELLI, Fernanda. Carreira docente, avaliação de desempenho e progressão horizontal: um estudo em sete universidades federais do sul-sudeste de Minas Gerais. In: ENCONTRO DE GESTÃO DE PESSOAS E RELAÇÕES DE TRABALHO, 3, 2011, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: Anpad, 2011. p. 1-17.

MADURO, Márcia Ribeiro. Identificação do perfil de competências docentes em uma instituição estadual de ensino superior. **Tecnologias de Administração e Contabilidade**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 79-94, jul./dez. 2013.

- MARINHO-ARAÚJO, Claisy Maria; RABELO, Mauro Luiz. Avaliação educacional: a abordagem por competências. **Avaliação**, Campinas/Sorocaba, v. 20, n. 2, p. 443-466, jul. 2015.
- MOROSINI, Marília Costa; FERNANDES, Cleoni Maria Barbosa.; LEITE, Denise; FRANCO, Maria Estela Dal Pai; CUNHA, Maria Isabel da; ISAIA, Sílvia Maria Aguiar. A qualidade da educação superior e o complexo exercício de propor indicadores. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 64, p. 13-37, jan./mar. 2016.
- PAIVA, Kély Cesar Martins de. **Gestão de competências e a profissão docente: um estudo em universidades no Estado de Minas Gerais**. 2007. 278f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.
- PARRY, Scott. The quest for competencies. **Training Magazine**, Excelsior, v. 33, n. 7, p. 48-54, jul. 1996.
- PERRENOUD, *Philippe*. Dez novas competências para uma nova profissão. **Pátio - Revista Pedagógica**, Porto Alegre, v. 17, p. 8-12, maio/jul. 2000.
- PIMENTEL, Thiago Duarte; PAULA, Sara Conceição. Desenvolvimento de um protocolo de avaliação do desempenho de recursos humanos em instituições de ensino superior/IES: notas para a gestão acadêmica a partir do caso do curso de Turismo/UFJF – Brasil. **Revista Gual**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 243-265, mai. 2014.
- PINTO, Jorge; OLIVEIRA, Elizabeth Real. Métodos de avaliação do desempenho dos docentes universitários. **Ensino Superior**, São Paulo, v. 14, p. 9-14, dez./jan. 2004/2005.
- QUEL, Luiz Felipe. Alinhamento de competências em instituições de ensino superior: um estudo de caso na rede privada. **Revista de Gestão USP**, São Paulo, v. 15, n. especial, p. 63-74, jan. 2008.
- SERAPHIM, Jovelino Sérgio; TAURINO, Maria do Socorro; ESPÍNDOLA, Carlos Roberto. A docência no ensino superior: competências e habilidades relacionadas à qualificação

do professor em seu relacionamento com os alunos. In: CONGRESO GALAICO PORTUGUÉS DE PSICOPEDAGOXÍA, 8, 2005, Braga. **Actas...** Braga: Universidade Minho, 2005, p. 253-264.

SINGH, Daljit. The relative importance of characters affecting genetic divergence. **Indian Journal of Genetic and Plant Breeding**, New Delhi, v. 41, p. 237-245, jul. 1981.

VASCONCELOS, Adriana Fernandes de; CAVALCANTE, Paulo Roberto Nóbrega; MONTE, Paulo Aguiar. Fatores que influenciam as competências em docentes de Ciências Contábeis. **Vereda FAVIP – Revista Eletrônica de Ciências**, v. 5, n. 1, p. 86-101, jan./jun. 2012.

Uma nova visão de mundo: a influência da racionalidade neoliberal na redefinição do sistema de justiça

*Stéfany Rachor Junges*¹
*Gabriel Antinolfi Divan*²

1 Introdução

Nas últimas décadas, as transformações ocorridas no âmbito da administração pública evidenciaram a crescente necessidade pela estruturação de novas ferramentas capazes de tornar a atuação jurídica mais ágil e efetiva, com o objetivo de reduzir a morosidade processual através da otimização dos procedimentos do poder público. A partir de então, as reformas estruturais que se seguiram passaram a promover uma expressiva redefinição do sistema de justiça, aproximando-se de métodos de gestão moldados segundo princípios de eficiência e produtividade.

Com base nesse contexto, o presente artigo pretende analisar a influência da racionalidade neoliberal ante às constantes mudanças sofridas pelo Poder Judiciário, amparando-se na concepção de “neoliberalismo” não como um modelo socioeconômico de retorno de livre mercado, mas como uma nova visão de mundo que furtivamente orienta a vida social e política na direção de um sistema normativo empresarial.

Para tal, é necessário abordar a questão da doutrina neoliberal como uma racionalidade capaz de moldar novas formas de pensar e viver que se instalam de maneira natural na sociedade e, a partir disso, influenciam o funcionamento das relações humanas e das instituições públicas.

¹ stefanyjunges@gmail.com

² gabrieldivan@upf.br

Percorre-se, outrossim, o conceito de governamentalidade a fim de desenvolver o debate sobre o comportamento disciplinar neoliberal e como este governa os indivíduos de forma a adaptá-los à lógica de mercado.

Por fim, examinam-se as consequências, no âmbito jurídico, da disseminação da racionalidade neoliberal enquanto novo paradigma normativo, de forma a analisar a remodelação vivenciada pelo Poder Judiciário em prol de uma lógica privatístico-economicista pautada pela gestão de resultados, que passa a promover elementos econômicos como motor de desempenho do sistema de justiça.

2 O neoliberalismo enquanto racionalidade

A partir dos anos 70, o Ocidente fora marcado pelo avanço de um modelo socioeconômico que rompia com o Estado de bem-estar social e pretendia implementar novas políticas que alegadamente seriam capazes de superar a crise econômica de inflação acelerada e desemprego que assolava o mundo capitalista avançado à época (ANDERSON, 1995). O termo neoliberalismo, então, passou a ser utilizado como referência às alterações econômicas e sociais instituídas nos anos 1970 e 1980, desenvolvidas por governos com sistemas políticos diversificados e em locais distintos do globo, como a ditadura de Pinochet, no Chile, seguida por Margaret Thatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos (CORBANEZI; RASIA, 2020).

Contudo, a ascensão neoliberal que se verificou a partir desse período, apontada como a grande virada, não pode ser compreendida apenas através de uma análise relativa à sua doutrina político-econômica consubstanciada no minimalismo estatal. O neoliberalismo há muito tempo não se reduz ao modelo socioeconômico idealizado por Friederich Hayek na década de 40, cujos ideais procuravam exaltar o livre mercado e

a ordem espontânea. Para além de uma concepção ideológica, o neoliberalismo deve ser entendido, segundo Dardot e Laval (2016), como uma nova razão de mundo - “um modo de governar as pessoas e sociedades ou, mesmo, um modo-de-ser no mundo” (CASARA, 2020, p. 47).

Dessa forma, é necessário afastar-se da direção que apresenta o neoliberalismo apenas como uma pura restauração do velho capitalismo “autêntico”, ou até mesmo como o herdeiro natural da mão invisível do mercado de Adam Smith. É certo que não estamos tratando de uma simplória política econômica e social de retorno do mercado, mas sim de um novo modo de vida, de ser e estar no mundo. Em outras palavras, “só há “grande virada” mediante a implantação geral de uma nova lógica normativa, capaz de incorporar e reorientar duradouramente políticas e comportamentos numa nova direção” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 187-188).

No final da década de 70, Foucault já advertia que a governamentalidade neoliberal se afastava da governamentalidade moderna ao envolver “uma disciplina interna perante uma forma específica de governar os seres humanos” (CENCI; PETRY, 2020, p. 4). Em especial nos cursos *Segurança, território, população* e *Nascimento da biopolítica*, o autor demonstra notável interesse nos estudos sobre as artes de governar, um conjunto de técnicas marcadas por “diferentes possibilidades de governar os outros e de governar a si mesmo” (CANDIOTTO, 2010, p. 3). A compreensão da lógica de governamentalidade permitiu a Foucault analisar a prática que “consiste em reger a conduta dos homens em um contexto e por meio de instrumentos estatais” sem a necessidade de percorrer o conceito de Estado ou, até mesmo, a concepção de instituição de governo:

O emprego de noções como Estado e governo frequentemente traz consigo ou implica a ideia de estruturas políticas altamente institucionalizadas, prontas e acabadas, organizadas para visar fins claramente determinados e hierarquicamente coordenados, concentrando em si todo o exercício do poder, concepções que Foucault criticara e recusara desde o início dos anos 1970. Ora, com a noção de governamentalidade, Foucault podia referir-se a políticas administrativas estatais e, ao mesmo tempo, reiterar a importância de deixar de lado a figura do Estado e de seu poder, onipotente e onipresente, capaz de controlar todos os recantos da vida social, recusando-a em nome da ideia de que os poderes se exercem por meio de técnicas difusas e discretas de governo dos indivíduos em diferentes domínios (DUARTE, 2011, p. 32)

Em suma, a noção geral de governo deixa de ser empregada para referir-se a uma instituição, e passa a tratar de uma atividade que consiste em “conduzir e comandar as condutas humanas – governo das crianças pelos adultos, dos alunos pelo mestre, das almas pelo sacerdote, do rebanho pelo pastor, do povo pelo príncipe etc”. Assim, o neologismo de governamentalidade elaborado por Foucault abarca uma investigação das “práticas de controle, vigilância e intervenção governamental sobre os fenômenos populacionais”, operando, ademais, como proposta de grade de análise do poder e dos métodos de “governo de tipo especificamente liberal” (DUARTE, 2011, p. 32-33).

Não obstante, a ideia de governamentalidade não se define apenas enquanto extensivo exame sobre as artes de governar, mas há também de ser considerada como uma forma de racionalidade, isto é, “uma forma de ser do pensamento político, econômico e social que organiza as práticas de governo desenvolvidas em um determinado tempo e em uma determinada sociedade”. Desse modo, pode-se compreender que, a partir de determinada racionalidade política, são produzidas e orientadas tecnologias e procedimentos de governo que objetivam regular não apenas

a economia e instituições, mas também a conduta humana (LOCKMANN, 2013, p. 58).

Nessa conjuntura, o caráter disciplinar neoliberal torna-se responsável por atribuir ao governo o papel de “guardião das regras jurídicas, monetárias [e] comportamentais”, conferindo-lhe o propósito de “criar situações de mercado e formar indivíduos adaptados às lógicas de mercado”, assumindo o regime da concorrência generalizada como seu núcleo. Essa dimensão estratégica neoliberal, como pode ser chamada, “entra de imediato numa racionalidade global que permaneceu despercebida”, a medida em que a crítica antiliberal assentava seu foco puramente na ideologia *laissez-faire* (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 189).

Contudo, o termo “estratégia” exige cuidadosa análise quando aplicado ao contexto disciplinar neoliberal. É certo que a grande virada dos anos 1970-1980 impulsionou o uso de diversos métodos para alcançar objetivos determinados, tais como o desmanche do Estado social; por isso, pode-se falar de uma estratégia neoliberal caracterizada por um “conjunto de discursos, práticas, dispositivos de poder visando à instauração de novas condições políticas, a modificação das regras de funcionamento econômico e a alteração das relações sociais”. Porém, deve restar claro que a racionalidade neoliberal que se concretiza – e que passa a modificar a conduta dos indivíduos e suas relações com o mundo – não fora elaborada com base em um plano malicioso e longamente amadurecido, “como se tivesse sido objeto de uma escolha tão racional e controlada quanto os meios postos a serviço dos objetivos iniciais” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 189).

Nesse sentido, Foucault elabora o conceito de “estratégia sem sujeito”, que permite compreender a ideia de que a nova interpretação de mundo baseada na lógica da concorrência generalizada, introduzida como nova norma mundial, não surge a partir de um projeto premeditado

nascido da “vontade de um estrategista” ou da “intenção de um sujeito”. Trata-se, mais adequadamente, de práticas e objetivos desiguais que instauram técnicas de poder, e são a “multiplicação e a generalização de todas essas técnicas que impõem pouco a pouco uma direção global, sem que ninguém seja o instigador desse “impulso na direção de um objetivo estratégico” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 190).

A partir disso, pode-se melhor assimilar a nova orientação de mercado que se perfaz e seu êxito enquanto processo subjetivo, porquanto furtivamente modela novas formas de pensar e viver que se instalam de maneira natural na individualidade do sujeito humano e, sempre que possível, até o mais íntimo dele. Evidentemente, a ideia e essência da concepção de mercado sofreram expressivas transformações desde Adam Smith e, de fato, ele não mais se apresenta como um meio natural de livre circulação de mercadorias, regido por leis naturais, mas sim como um processo que modifica os sujeitos utilizando “motivações psicológicas e competências específicas”. Uma vez estabelecido, compõe um cenário de atuação que não mais requer intervenções ou “poderes reguladores externos”, desenvolvendo sua própria dinâmica. Desse modo, o mercado pode ser compreendido sobretudo como um “processo de autoformação do sujeito econômico, um processo subjetivo autoeducador e autodisciplinador, pelo qual o indivíduo aprende a se conduzir”, expandindo sua lógica para propagar-se em vários domínios da vida social e política enquanto racionalidade (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 139).

Esta forma através da qual o sujeito conduz a si mesmo em meio à situação de mercado dá o passo inaugural até o novo sujeito moderno, fruto da expansão da mercantilização. Esse sujeito, mais precisamente o audaz homem econômico conduzido por cálculos de interesse, passa a exercer sobre si mesmo uma autodisciplina de maximização de lucro capaz de ser aplicada às diversas facetas da existência humana. Logo, não apenas

a atividade laboral, mas a vida familiar, o casamento e as mais variadas áreas da vida tornam-se objetos de análise e raciocínio econômico, fundamentalmente em nome do aperfeiçoamento da utilidade individual (DARDOT; LAVAL, 2016).

O neoliberalismo, enquanto racionalidade, ainda proporciona uma nova peculiaridade a esse sujeito econômico, enquanto mantém a norma da eficácia econômica como seu pilar. Trata-se de um neossujeito cuja subjetividade advém de uma nova forma de governamentalidade que dá início a um fenômeno de “homogeneização do discurso do homem em torno da figura da empresa” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 321). Em realidade, “empresa” é, do mesmo modo, o nome que se deve dar ao novo modelo de *homo economicus* concebido nessa lógica, ou seja, o sujeito que deseja ser bem-sucedido, que possui ânimo, energia e ambição para conquistar seus objetivos, e que desprende de um trabalho interior constante de forma a ser o mais eficaz possível, mantendo-se completamente envolto em seu desempenho profissional:

[...] não se trata mais de reconhecer que o homem no trabalho continua a ser um homem, que ele nunca se reduz ao status de objeto passivo; trata-se de ver nele o sujeito ativo que deve participar inteiramente, engajar-se plenamente, entregar-se por completo a sua atividade profissional. O sujeito unitário é o sujeito do envolvimento total de si mesmo. A vontade de realização pessoal, o projeto que se quer levar a cabo, a motivação que anima o “colaborador” da empresa, enfim, o desejo com todos os nomes que se queira dar a ele é o alvo do novo poder. O ser desejante não é apenas o ponto de aplicação desse poder; ele é o substituto dos dispositivos de direção das condutas. Porque o efeito procurado pelas novas práticas de fabricação e gestão do novo sujeito é fazer com que o indivíduo trabalhe para a empresa como se trabalhasse para si mesmo e, assim, eliminar qualquer sentimento de alienação e até mesmo qualquer distância entre o indivíduo e a empresa que o emprega. Ele deve trabalhar para sua própria eficácia, para a intensificação de seu esforço, como se essa conduta viesse dele próprio, como se esta lhe fosse comandada de

dentro por uma ordem imperiosa de seu próprio desejo, à qual ele não pode resistir (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 322).

Nesse sentido, a técnica de poder neoliberal mostra-se eficiente pois espontaneamente se instala no âmbito da normalidade e, assim, passa a exercer controle sobre as mais diversas esferas da vida social e política, de forma que os indivíduos aceitem a situação de mercado como nova realidade. De fato, como abordado anteriormente, não se está diante de um plano perverso ou de um inimigo a ser combatido, mas sim de uma nova razão de mundo que, adotando uma forma sutil e inteligente, aproxima a normalidade de um controle baseado em técnicas de gestão empresarial – daí seu sucesso enquanto novo sistema normativo global. Utilizando-se de um discurso que atua ativamente no enaltecimento da liberdade como valor supremo a ser alcançado, a racionalidade neoliberal instala-se na subjetividade de forma que o indivíduo, acreditando ter se desvincilhado das coerções externas, passe a submeter-se a coações internas, “na forma de obrigações de desempenho e otimização” (HAN, 2018, p. 9).

Por certo, o êxito da técnica de poder neoliberal está essencialmente em sua natureza permissiva e positiva que atua através da satisfação e do agrado (HAN, 2018). Longe de utilizar o poder disciplinar e compelir o indivíduo à obediência, a cidadania neoliberal procura deixar o sujeito livre para cuidar de si (BROWN, 2018) e autogovernar-se conforme a lógica da concorrência e da maximização de lucros, de modo a submeter-se ao contexto de dominação por si mesmo. Assim, à sua própria maneira, o sistema neoliberal elimina a “exploração alheia da classe trabalhadora” ao transformar o assalariado em um empreendedor, fruto de sua própria exploração voluntária, que passa a trabalhar para atender as necessidades do capital – as quais erroneamente assume como se dele fossem. Logo, o

indivíduo é impelido a elevar-se em prol do capital e acreditar que assim o faz pelo seu próprio benefício, enquanto ser autônomo em busca da excelência e do sucesso, devendo assumir completa responsabilidade tanto por suas iniciativas quanto por seus eventuais fracassos (HAN, 2018, p. 16).

Esse modo-de-ser empresarial torna-se, sutilmente, um tipo de senso comum que se incorpora às maneiras cotidianas de vida e de compreensão do mundo segundo valores e princípios, tais como autonomia, responsabilidade, flexibilidade e cálculo (ROSA, 2019, p. 156). O léxico da empresa, desse modo, transforma-se em uma norma geral de subjetividade, definindo uma nova ética intrapessoal que incentiva o sujeito, agora empresário de si mesmo, a reduzir a vida pessoal e profissional em uma mesma coisa, tornando cada vez menor a distinção entre tempo produtivo e tempo de lazer. De maneira a exaltar o “combate, a força [e] o vigor” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 327), a nova ética empresarial que se institui na modernidade transforma a empresa no principal veículo da realização pessoal, atrelando a ideia de sucesso individual “às iniciativas e riscos do empreendedorismo” (ROSA, 2019, p. 155).

Dessa forma, o sistema neoliberal fabrica o sujeito ideal e inteiramente compatível com seus interesses, atuando ativamente nos modos de governá-lo para que ele mesmo se comporte como uma entidade em competição. O indivíduo, assim, é constantemente estimulado a apreciar a si mesmo como uma empresa, portando-se como um ser inovador, capaz de modificar-se continuamente, flexível às transformações mercadológicas, pronto para destruir a concorrência e sempre em busca de novas oportunidades e do melhor negócio. Sobretudo, esse sujeito distingue-se pelo contínuo processo de aprimoramento que exerce sobre si, objetivando a melhoria perene de seus resultados e

desempenhos. Sempre mais eficaz, sempre mais competente, sempre mais produtivo: o novo paradigma de sujeitos empreendedores exige que os indivíduos sejam capazes de se reinventarem constantemente em prol da maximização do seu capital humano, de modo a sobreviver às incessantes mudanças impostas pelo mercado (DARDOT; LAVAL, 2016).

A partir disso, o sujeito neoliberal é levado a interiorizar regras de eficiência produtiva, de forma a aprimorar tanto sua atuação profissional como as mais diversas esferas da vida – não mais esferas, de fato, mas meros mecanismos de funcionamento, aos quais se é possível aplicar técnicas de gestão empresarial que visem aperfeiçoar o modo de utilização de recursos (HINKELAMMERT, 2014). Até mesmo o Estado, nesse contexto, passa a se apresentar como uma esfera orientada por regras de concorrência e eficácia quantificada semelhantes àquelas que regem as empresas privadas, reduzindo seu papel de zelador do interesse geral para agir tal como um Estado-empresa. Conseqüentemente, a atividade das instituições, sejam elas públicas ou privadas, passa a ser diretamente influenciada pelo raciocínio pragmático-empresarial disseminado tanto pelo Estado como pela população, guiados por regras de funcionamento importadas do mercado concorrencial (DARDOT; LAVAL, 2016).

Nessa conjuntura, o foco de tais instituições passa a estruturar-se puramente na potencialização do lucro e na produtividade infinita, priorizando elementos quantitativos em detrimento de elementos qualitativos na busca por soluções rápidas e baratas (KASHIURA JUNIOR, 2019). Esse fenômeno ocorre, segundo Dardot e Laval (2016), pois a lógica gerencial predominante em multinacionais transfere-se para a ação de instituições públicas, que passam a ser visualizadas como meras unidades produtivas e não mais como lugares ou organizações de serviço público. Com base nos princípios econômicos do livre mercado, essas instituições passam a ser constantemente estimuladas a produzirem bens e serviços

de forma eficiente e, inclusive, elaborarem normas de autorregulação capazes de intensificar sua produção, seguindo o modelo empresarial e concorrencial:

Essa reforma da administração pública é parte da globalização das formas da arte de governar. Em todo o mundo, seja qual for a situação local, os mesmos métodos são preconizados, e o mesmo léxico uniforme é empregado (competição, reengenharia de processos, benchmarking, best practice, indicadores de desempenho). Esses métodos e essas categorias são válidos para todos os problemas, todas as esferas de ação, da Defesa nacional à gestão dos hospitais, passando pela atividade judicial. Essa reforma “genérica” do Estado segundo os princípios do setor privado apresenta-se como ideologicamente neutra: visa somente à eficiência ou, como dizem os especialistas britânicos em auditoria, ao “value for money” [...] (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 302)

A reestruturação da atividade pública, portanto, se dá de forma que a eficiência passe a se tornar o motor das relações negociais, concebida como a análise da melhor forma de se intensificarem os resultados e otimizar o uso de recursos, de modo a impulsionar o desenvolvimento econômico – isto é, a maximização da riqueza apenas será adequadamente concebida quando a ação do agente se der da maneira mais eficiente possível. Em verdade, a concretização dessa reestruturação em prol de um sistema normativo empresarial só se torna possível a partir de uma governamentalidade capaz de conduzir e orientar o comportamento de funcionários públicos e usuários de serviços públicos no sentido da lógica quantitativa de desempenho, que converte-se em um “modelo universalmente válido para pensar a ação pública e social” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 286-303).

Nesse domínio, é claro que a eficiência neoliberal que se assenta como meta-valor social contribui para uma redefinição do Poder Judiciário, que

passa a adotar novos critérios norteadores da atividade jurisdicional. As reformas que se verificam no sistema de justiça, principalmente com a constitucionalização do princípio da eficiência, mostram uma tentativa de racionalizar o âmbito da administração pública em prol de uma atuação – ou prestação de serviço – mais veloz e eficaz. O que se observa é a inserção do aparato administrativo na lógica produtivista de empresas privadas, em que as preocupações se tornam as mesmas: concorrência, aumento do rendimento, satisfação da clientela, diminuição de custos etc. (HOFFMAM, 2013), como será trabalhado a seguir.

3 O Poder Judiciário entre a nova lógica normativa global: eficiência, padronização e produtividade

Foi Franz Hinkelammert (2014), teólogo e economista alemão, que abordou o conceito de mecanismo de funcionamento, uma nova visão de mundo inaugurada com base no valor central da modernidade: o cálculo de utilidade a partir do interesse próprio. A eclosão dessa nova lógica, amplamente presente na racionalidade econômica neoliberal, adquire uma subjetividade própria e modifica a interpretação de mundo, que passa a ser orientada pela contínua necessidade de maximização da eficiência, pressupondo não apenas relações mercantis, mas também a existência de um sujeito capaz de reduzir tudo a um objeto de cálculo.

Nesse contexto, a empresa aparece como o modelo sublime de mecanismo de funcionamento neoliberal a ser imitado e como base de operação da sociedade em circuito: para ser capaz de produzir, a empresa compra matéria-prima, gerando despesas; do mesmo modo, fabrica produtos e os vende, gerando receitas. Da diferença entre receitas e despesas surge, além do lucro, um cálculo totalmente formalizado de custo-benefício e maximização de ganhos capaz de ser aplicado a qualquer elemento da natureza externo à empresa, convertendo-se na norma orientadora de cada indivíduo em suas relações subjetivas e profissionais,

bem como das atividades do setor público e privado (HINKELAMMERT, 2014).

Com a solidificação desse novo paradigma, as instituições, por consequência, passam a ser concebidas integralmente como mecanismos de funcionamento a aperfeiçoar, aos quais se é possível aplicar técnicas de gestão empresarial e cálculos de utilidade visando a potencialização do progresso, tornando-as disponíveis para “uso como insumo calculado quantitativamente” (HINKELAMMERT, 2014, p. 211). Dessa maneira, o Poder Judiciário, inserido nessa lógica de rentabilidade máxima, passa a ser visto meramente como um “órgão prestador de serviços, não como entidade com função estatal”, sendo diretamente influenciado pelo modo-de-ser das empresas (TINOCO, 2014, p. 48).

Convertido em um mecanismo de funcionamento, o sistema de justiça passa, então, por uma série de transformações que aceleram a estruturação de um novo paradigma normativo. Não por puro acaso que o Banco Mundial, através da publicação do Documento Técnico 319 S de 1996, propôs uma série de medidas para a remodelação do judiciário, de forma a torná-lo mais acessível, ágil e efetivo. Tais disposições “indicam a necessária construção de um judiciário que decida previsivelmente, ordenado pela eficiência – do ponto de vista empresarial-economicista – que proteja a propriedade privada e faça valer os contratos”. Nesse cenário, a eficiência desponta como meta-valor supremo a ser alcançado pela prestação jurisdicional, abrangendo “o significado de velocidade, baixo custo e resposta/decisão segura [...], atendendo ao movimento também acelerado do mercado” (HOFFMAM; MORAIS, 2016, p. 208).

Segundo Nogueira et al. (2012), a preocupação por resultados no âmbito da gestão pública ganhou destaque a partir das décadas de 1980 e 1990, com a crise do Judiciário. A discussão sobre reformas estruturais passa a voltar seu interesse para maneiras de otimizar os procedimentos

do poder público, à medida em que cresciam os atritos entre os princípios de legalidade e eficiência. Com o implemento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário começa a ocupar posição de destaque, sendo considerado o órgão detentor de todas as respostas e garantidor do Estado democrático de direito, causando, inevitavelmente, uma erupção da demanda processual (BARBOSA, 2007, apud NOGUEIRA et al., 2012).

A partir disso, o manto da eficiência torna-se mais do que um dever do administrador público, mas uma obrigação positivo-constitucional que se edifica a partir do art. 37 da Carta Magna, que constitucionalizou a “eficiência econômico-mercadológica como princípio basilar da administração pública”. Como resultado, o modelo gerencial de agilidade e eficácia planejado para o âmbito da administração pública passa a atuar diretamente sob o sistema de justiça, que se empenha em oferecer ao “jurisdicionado/cliente uma prestação jurisdicional rápida e com baixo custo econômico”. Nessa conjuntura, é possível notar um fenômeno de “clientelização do cidadão, equiparando-o ao consumidor de um serviço qualquer oferecido pela iniciativa privada” (HOFFMAM, 2013, p. 87-88).

Coincidentemente, é este cidadão-consumidor, inserido em uma lógica hipermoderna de imediatismo, que exige a elaboração de estratégias que tornem o sistema de justiça cada vez mais acelerado e pronto para atender aos desejos subjetivos de cada indivíduo. Como bem ressaltam Hoffmam e Moraes (2016, p. 211), “a sociedade de consumo funda um Direito de consumo”, em que o processo judicial passa a ser mercantilizado e orientado pela produção rápida de verdades — “as verdades do mercado, da sociedade de consumo”. Ainda, a cultura concorrencial egoística e narcísica em que está introduzida a sociedade moderna, enquanto produtora de empecilhos ao diálogo e à capacidade humana de resolver os seus próprios problemas, torna-se mais um fator que situa o Poder Judiciário como protagonista, ou melhor, como o ente estatal apto e

preparado para atender as “promessas descumpridas tanto pelos demais agentes estatais quanto por particulares” (CASARA, 2020, p. 125).

Em decorrência disso, a preocupação do sistema processual brasileiro passa a relacionar-se diretamente com o prazo de duração dos processos, o qual deve ser reduzido e continuamente otimizado de forma a maximizar a capacidade da justiça de resolver as demandas sociais. A temporalidade, agora regulada pela razão mercadológica, toma para si o objetivo substancial de “produzir mais decisões – mercadorias – em menos tempo – com menos custo”, tal como uma empresa em funcionamento (HOFFMAM; MORAIS; 2016, p. 209). Desse modo, a inquietude não gira em torno da qualidade dos julgamentos, mas sim em saber se o sistema de justiça vem esvaziando o fluxo de litígios de forma eficiente, transformando-o em um “bem de consumo corrente” (MORAIS; MOURA, 2017, p. 185).

Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 45, mais conhecida por “Reforma do Judiciário”, evidencia a construção de uma racionalidade privatístico-economicista no sistema de justiça, com ênfase em uma eficiência caracteristicamente neoliberal que visa a mercantilização da prestação jurisdicional. O serviço público, então, passa a ser visto mais como uma empresa privada sujeita a um controle rigoroso de rentabilidade, afastando-se de sua real função como órgão público (HOFFMAM, 2013).

Ainda, o novo mantra de ação eficiente reproduzido pelos magistrados e servidores do Poder Judiciário ocasiona uma troca de significados entre efetividade e eficiência, “convertendo a lógica causa-efeito na lógica custo-benefício tipicamente neoliberal”. A confusão entre ambas as palavras, marcada pela compreensão neoliberal de que “em produzindo-se eficiência – quantitativa – gera-se efetividade – qualitativa”, tem como nefasto resultado a construção de decisões judiciais que buscam

quase que exclusivamente a redução do número de processos, de forma a edificar um sistema de justiça “modelo ponta de estoque” (HOFFMAM, 2013, p. 87).

Assim, o que se espera dos agentes públicos não é, necessariamente, o respeito à ordem jurídica e seus procedimentos funcionais, mas o contínuo comprometimento com o trabalho no sentido da obtenção de resultados (“contabilizados como na empresa privada”). A mensuração de desempenho torna-se, portanto, o princípio orientador da atividade pública que estimula os funcionários a agirem como seus próprios supervisores, interiorizando e impondo a si mesmos critérios de rendimento e adequação às metas que lhes foram determinadas, a partir de uma autovigilância constante que garanta o controle contábil de suas ações (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 304).

Desse modo, as decisões judiciais, segundo Brito (2013, p. 52-53), não estão apenas inseridas em um rígido regime de produtividade, mas se submetem, integralmente, à lógica economicista que se instala a partir do pensamento neoliberal. Assim, o conteúdo decisório passa a ser elaborado a partir de valores e regras de mercado direcionados ao acúmulo de riquezas e aumento de lucros, enquanto a interpretação de leis é conduzida pelas demais diretrizes econômicas, transformadas em elementos vitais ao sistema decisório. A eficiência torna-se, então, fundamento de validade das decisões judiciais e sinônimo de justiça, pautada pelo princípio jurídico de “melhor interesse de mercado”.

Nesse cenário, os juízes de direito são idealizados como maximizadores do bem-estar econômico e, portanto, devem conduzir-se o máximo possível como empreendedores na tomada de decisões, utilizando de instrumentos econômicos para apresentar respostas razoáveis aos problemas jurídicos, de modo a produzir sentenças adequadas à lógica utilitarista neoliberal. Logo, cabe ao Magistrado, no exercício de sua

discricionariedade, a constante verificação dos custos da decisão em contraste aos benefícios que dela emanam, priorizando uma distribuição eficiente dos recursos em litígio e assumindo completa responsabilidade pelas consequências de uma atuação ineficaz (GONÇALVES, 2014).

A previsibilidade das decisões judiciais surge, a partir disso, como um instrumento a favor do Magistrado para ampliar seu portfólio de processos, bem como uma meta buscada pelo Poder Judiciário em prol da eficácia jurisdicional, a fim de afastar a morosidade processual e colaborar com o fluxo mercadológico. A ideia neoliberal de que o sistema jurídico não deva ser um obstáculo ao desenvolvimento econômico faz surgir a necessidade de uniformizar os entendimentos dos tribunais, não apenas para reduzir o lapso temporal processual, mas também de forma a atrair investidores internos e externos. A atmosfera de insegurança jurídica é considerada prejudicial para os atores econômicos, que procuram um sistema judiciário seguro e confiável, capaz de proteger eficazmente seus ativos (FILHO; POMPEU, 2008). Sendo assim, torna-se necessário o mínimo de previsibilidade e segurança nas decisões, de modo a ir de encontro ao *homo economicus* empresarial:

[..] sistemas judiciais que funcionam mal atrapalham o crescimento ao estimularem um uso ineficiente de recursos e de tecnologia, distanciando os países das melhores práticas de produção. Assim, os altos riscos e custos de transação ocasionados pelo mau funcionamento da justiça afastam o sistema de preços do país dos padrões internacionais, distorcendo a alocação de recursos. Além disso, quando os contratos e os direitos de propriedade não são apropriadamente garantidos, as empresas muitas vezes optam por não desenvolver certas atividades, deixam de especializar-se e explorar economias de escala, combinam insumos ineficientemente, não distribuem a padrão da forma mais eficiente entre clientes e mercados, mantêm recursos ociosos etc. A eficiência também pode ser afetada se o fraco desempenho do judiciário

segmentar o mercado a ponto de reduzir significativamente a competição (CASTELAR, 2009, p. 19-20).

Assim, conforme Castelar e Giambagi (2006, p. 192), a norma jurídica deve servir de alicerce para o crescimento da economia, possibilitando aos agentes econômicos o cálculo das consequências de suas ações, de modo a afastar um estado de insegurança que apenas traria riscos aos negócios jurídicos e econômicos, visto que os pilares em que estes se sustentam ficariam “mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular”. Com as regras do jogo claramente apontadas, o Poder Judiciário é capaz de incentivar negociações e reduzir os custos de transação, a partir da elaboração de um ambiente sólido e seguro que permita às partes simularem o resultado de um julgamento antes mesmo da abertura de ação judicial. Dessa forma, a criação de súmulas e ementas, por exemplo, facilita o juízo de expectativas, possibilitando aos agentes econômicos a análise de riscos e efeitos de suas condutas, o que favoreceria o desenvolvimento econômico (RIBEIRO; ROCHA, 2013).

De fato, a criação de súmulas desponta como uma das principais peças a favor do mercado jurídico-processual na busca por velocidade e eficiência, aparecendo na forma de enunciados generalizados e abstratos capazes de satisfazer qualquer consumidor. Através delas, as decisões jurídicas são transformadas em “produtos a serem consumidos *ad eternum*” e os tribunais passam a ser vistos como linhas de produção, pautados por uma justiça numerológica que valoriza a composição de respostas prontas e eficazes ao mercado que “desenha um Judiciário lento demais para os anseios da sociedade – em verdade, para os seus próprios desejos” (HOFFMAM, 2013, p. 65-66).

A padronização de decisões, por certo, torna mais fácil guiar a prestação jurisdicional nos rumos ditados pelo mercado, ou seja, em direção à produtividade e efficientização dos sistemas de justiça. A busca desenfreada pela homogeneização da atividade jurisdicional pouco leva em consideração o valor justiça ou sequer a garantia de direitos fundamentais, assentando seu foco no atingimento de metas de produtividade quantitativas de decisões através de resoluções rápidas e baratas de conflitos (HOFFMAM, 2013).

Esse anseio pela eliminação da carga de processos judiciais através do instituto da previsibilidade de decisões pode, inclusive, ser observado em uma das jurisprudências majoritárias do Supremo Tribunal Federal, que afasta a obrigatoriedade da presença do réu em audiência de instrução e julgamento, configurando apenas nulidade relativa que deve ser provada através de demonstração de prejuízo – até mesmo em casos de puro erro administrativo, em que o acusado não comparece ao Tribunal por falta de condução da SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários), por exemplo. Sendo assim, de modo a evitar qualquer possibilidade de atraso processual, considera-se suficiente a mera presença de advogado no procedimento para suprimir possível desvantagem sofrida pelo réu, mesmo que esta se faça evidente, ilustrando a necessidade social pela elaboração de respostas prontas às perguntas futuras, facilmente aplicadas ao caso concreto e capazes de remover possíveis obstáculos à celeridade do processo.

Importante destacar que o foco da problemática não está puramente no projeto de ação eficiente em que se pauta a atuação judicial, mas na racionalidade neoliberal que vem por trás dela. O que se observa hoje é, como bem explica Foucault (2008, p. 365), “uma tentativa de aplicação de uma análise economista a uma série de objetos, de campos de comportamento ou de condutas, que não eram comportamentos ou

condutas de mercado”. Não se faz necessário, portanto, que o Juiz exclua totalmente de sua atuação os princípios de agilidade e eficiência, até porque ambas as concepções, em certo ponto, são benéficas para o funcionamento do Poder Judiciário; o que se deve afastar, na verdade, é a mentalidade juiz-empresário que se concentra tão somente na questão fiscal, deixando de lado o compromisso com a justiça.

Contudo, como vem se observando no presente trabalho, há um deslocamento dos métodos de gestão das companhias privadas para o sistema judiciário brasileiro que, bem como uma empresa, passa a “visar uma eficiência cifrada, inteiramente quantificável, expressa no seu valor em bolsa e numa contabilidade voltada a demonstrar numericamente a sua rentabilidade” (KASHIURA JUNIOR, 2019, p. 354). Os elementos qualitativos são desprezados em prol de uma gestão quantitativa que se reduz ao simples objetivo de produção de números, transformando a estatística e o cálculo em indicadores de eficácia jurisdicional.

Nesse sentido, o Direito, que antes possuía a função de estabelecer as regras do jogo para limitar a atuação dos interesses privados e subordiná-los a um objetivo político de justiça social, passa a aproximar-se deles progressivamente, orientando suas próprias ações para a “satisfação dos objetivos quantitativos em vez de para resultados concretos” (SUPIOT, 2014, p. 77). Em verdade, essa governança por números, na qual se baseia o mercado total, demonstra pouco ou nenhum interesse em atender finalidades políticas e rejeita o Direito como refreador que, incapaz de conformar o mercado, passa a conformar-se a ele (KASHIURA JUNIOR, 2019).

Dessa forma, é possível perceber o fortalecimento, nas últimas décadas, de uma nova gestão pública pautada inteiramente por indicadores de desempenho, que embaralha as funções do público e privado em prol de uma administração empresarial dos serviços públicos

(e de seus funcionários) segundo princípios gerenciais que hipervalorizam a produtividade. Destaca-se, no presente ponto, que o controle contábil a que se submete a atividade dos agentes públicos, condicionada à fabricação de resultados e produção de números, não constitui, de fato, uma ideologia, mas sim uma “forma específica de racionalidade importada do econômico”, capaz de orientar as condutas e atividades profissionais humanas no sentido de um controle obsessivo de desempenho, instalando-se furtivamente como o novo paradigma orientador da ação pública (DARDOT; LAVAL, p. 303).

A gestão empresarial do Judiciário que se desenvolve a partir disso pode ser claramente observada através da análise das ferramentas de planejamento estratégico concretizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A partir de 2006, a instituição passou a coletar dados referentes a atuação de organizações judiciárias e divulgá-los por um relatório anual denominado *Justiça em Números*, com o objetivo de oferecer informações detalhadas sobre “o desempenho dos órgãos que integram o Poder Judiciário, seus gastos e sua estrutura” – ou seja, uma completa radiografia do Sistema de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 5).

Através do relatório, que muito assemelha-se a um diagnóstico empresarial, a prestação jurisdicional é percebida tal qual um processo produtivo, apresentando “fatores de insumos (processos novos) e produtos gerados (sentenças) por unidades de organização judiciária” (NOGUEIRA et al., 2012, p. 9). Inclusive, pode-se perceber a aplicação de diversas técnicas de análise de desempenho como o *benchmarking*, uma ferramenta de gestão empresarial que objetiva aperfeiçoar processos, produtos e serviços, de forma a gerar mais lucro e rendimento (BADIN, 1997), avaliando as unidades organizacionais de acordo com sua eficiência produtiva.

Mesmo em uma breve análise ao relatório *Justiça em Números* torna-se possível observar a implementação de “políticas de aumento da produtividade decisória” coordenadas pelo CNJ, provocando, conseqüentemente, a obrigação dos atores jurídicos para com padrões de eficiência – obrigação essa não apenas imposta pela instituição pública, mas pelos próprios servidores em sua atuação jurisdicional. Nessa conjuntura, o Magistrado observa a si mesmo como funcionário de uma empresa, aplicando princípios econômicos inteiramente focados na agilidade do sistema e na redução apressada do número de processos sob sua responsabilidade (HOFFMAM, 2013, p. 81).

Ainda, nota-se o estímulo à competição dentro do próprio sistema de justiça através da elaboração do índice de produtividade comparada da justiça (IPC-Jus), que relaciona a “eficiência otimizada com a aferida em cada unidade judiciária, a partir da técnica de Análise Envolvória de Dados (Data Envelopment Analysis – DEA)”. A partir disso, é possível comparar o desempenho de cada ramo da justiça, medido a partir da capacidade de cada tribunal de “produzir mais com menos recursos disponíveis” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 215), dividindo-os em unidades de produção tal como é desejável pela nova gestão pública que se forma a partir da governamentalidade neoliberal:

Cada entidade (unidade de produção, coletivo ou indivíduo) passa a ser “autônoma” e “responsável” (no sentido de accountability). No âmbito de suas missões, recebe metas que deve atingir. A realização dessas metas é avaliada regularmente, e a unidade é sancionada positiva ou negativamente de acordo com seu desempenho. A eficácia deve aumentar em razão da pressão constante e objetivada que pesará sobre os agentes públicos, em todos os níveis, de tal modo que acabem artificialmente na mesma situação do assalariado do setor privado, que está sujeito às exigências dos clientes e às de seus superiores (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 294).

De fato, a transparência oferecida pelo CNJ através do *Justiça em Números* torna-se excepcionalmente importante na sociedade neoliberal, tendo em vista que o *homo economicus* delimita seu interesse aos aspectos econômicos da organização social, sendo visto como um comprador de serviços e consumidor passivo de bens públicos perante o Estado. Desse modo, o empenho em prol da mensuração de desempenho do sistema judiciário transmite a imagem, diante da sociedade, “de retorno dos investimentos e despesas realizados em troca de uma melhor prestação jurisdicional” (OLIVEIRA, 2017, p. 647).

Diante desse quadro, o Poder Judiciário caminha em direção a uma nova institucionalidade alinhada com os princípios econômico-processuais sustentadores da lógica normativa neoliberal, mesmo que de forma desatenta e inconsciente. A hipervalorização da velocidade processual, a produção de números e a atuação dos agentes públicos segundo diretrizes econômicas tornam-se características inerentes a atividade jurisdicional, comprovando que as instituições e seus servidores não estão imunes à racionalidade neoliberal que espontaneamente se instala na sociedade e que, conseqüentemente, passa a ditar os rumos da administração pública. Nesse sentido, o próprio direito torna-se integralmente um objeto de mercantilização e, logo, não apenas o exercício da jurisdição, mas também as políticas públicas e reformas legislativas passam a adequar-se às regras do mercado.

Considerações finais

A partir da instauração da racionalidade neoliberal como nova orientação de mundo, a sociedade adquiriu delimitações que passaram a concentrar a vida em um paradigma de desempenho e utilidade, modificando toda a esfera da vida social e política em prol de uma ética empresarial. Por certo, o modelo de sujeitos empreendedores que vem se

desenvolvendo em torno de critérios econômicos ocasiona, conseqüentemente, uma modificação no modo de pensar a ação pública, que passa por um processo de redimensionamento da sua real função institucional.

Dessa forma, a atuação jurídica vem claramente sendo afetada por uma racionalidade pragmática-empresarial baseada em vetores de eficiência, produtividade, concorrência e redução do lapso temporal processual, em um furor pela fabricação de elementos quantitativos de processo. Atualmente, a (re)estruturação do sistema judicial como um todo possui como real objetivo a regularização de princípios mercadológicos na busca pela evacuação do fluxo de litígios, mediante uma racionalidade que sutilmente se dissemina no âmbito do poder público.

Assim, as transformações institucionais que se edificam mediante o pretexto de aperfeiçoamento da celeridade judicial apenas encobrem o fato de que, lentamente, o Poder Judiciário vem se transformando em uma espécie de empresa, negligenciando princípios constitucionais em prol da maximização de lucros. A inserção de novos mecanismos jurídicos, acompanhados de discursos que promovem a celeridade da atuação jurisdicional, evidenciam a aproximação do sistema de justiça de métodos de gestão privados, que fomentam a institucionalização da concorrência enquanto sacrificam direitos fundamentais.

Portanto, torna-se evidente que a racionalidade neoliberal, enquanto produtora de indivíduos sujeitos à lógica de mercado, conduz a ação pública no sentido de uma nova realidade empresarial, monetizando o sistema de justiça e adequando sua atuação a uma ética econômico-mercadológica de desempenho. Assim, o Poder Judiciário paulatinamente abandona sua legitimidade social para atuar tão somente em favor de preceitos de padronização, velocidade e competição, estruturando novos

mecanismos comprometidos com a obtenção rápida de resultados de forma a incorporar a lógica eficientista como norma de funcionamento.

Referências

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.).

Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

BADIN, Neiva Teresinha. **Avaliação da produtividade de supermercados e seu benchmarking**. 1997. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: de um modelo eficientista a um modelo de integridade. 2013. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2013.

BROWN, Wendy. **Cidadania sacrificial**: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Tradução de: Juliane Bianchi Leão. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.

CANDIOTTO, Cesar. A governamentalidade política no pensamento de Foucault. **Filosofia Unisinos**, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 33-43, jan./abr. 2010. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CASTELAR, A., org. **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

_____, Armando; GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo**: a retomada do desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006, p. 192.

CENCI, Angelo Vitória; PETRY, Cleriston. Para além da racionalidade neoliberal: o comum e a práxis instituinte como princípios ético-formativos. **Revista Educação em**

Questão, Natal, v. 58, n. 56, p. 1-19, abr./jun. 2020. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CORBANEZI, Elton; RASIA, José Miguel. Apresentação do Dossiê: racionalidade neoliberal e processos de subjetivação contemporâneos. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [S.L.], v. 25, n. 2, p. 287-301, 25 ago. 2020. Universidade Estadual de Londrina.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUARTE, André. Foucault e a governamentalidade: genealogia do liberalismo e do estado moderno. In: VEIGA-NETO, Alfredo; BRANCO, Guilherme Castelo (org.). **Foucault: filosofia & política**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011. p. 53-69.

FILHO, Luiz Régis Bomfim; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. As súmulas vinculantes como instrumento de previsibilidade do direito ante os interesses neoliberais. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 116-124, jan./jun. 2008.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Jéssica. **Análise econômica do Direito**: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Tradução de: Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus direitos humanos**. Tradução de: Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 2014.

HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O processo civil contemporâneo face à neoliberalização do sistema de justiça. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC**, [S.L.], v. 36, n. 1, p. 205-221, jan./jun. 2016.

_____,. **Do processualismo hipermoderno ao antimoderno: a (re)construção do espaço-tempo processual a partir da experiência dos juizados especiais federais**. 2013. 176 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

KASHIURA JUNIOR, Celso. Do governo democrático à governança pelos números: apontamentos para uma discussão a partir de Alain Supiot. **Em Tempo**, Marília, v. 18, n. 01, p. 343-363, jun. 2019.

LOCKMANN, Kamila. **A proliferação das políticas de assistência social na educação escolarizada: estratégias da governamentalidade neoliberal**. 2013. 317 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1565>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia et al. Estudo exploratório da eficiência dos Tribunais de Justiça estaduais brasileiros usando a Análise Envoltória de Dados (DEA). **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 5, p. 1317-1340, set./out. 2012.

OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. Dez anos de CNJ: reflexões do envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 68, n. 3, p. 631-656, jul./set. 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. **Revista da AJURIS**, [s. l.], v. 40, n. 132, p. 167-184, dez. 2013.

ROSA, Rafael Rocha da. Neoliberalismo, desdemocratização, subjetividade. **Argumentos: Revista de Filosofia**. Fortaleza, ano 11, n. 21, p. 154-165, jan./jun. 2019.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TINOCO, Ana Beatriz Passos. Do neoliberalismo processual, das reformas processuais sob emblema de "acesso à justiça" e da atuação do amicus curiae no processo objetivo: um balanço crítico. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 12, jan. 2014. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/394>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

Ambientes profissionais tóxicos e os direitos humanos do trabalhador

*Susana Salete de Oliveira*¹
*Maira Angélica Dal Conte Tonial*²

Introdução

O estresse intenso pela cobrança em produtividade associada com muitas horas laborais e assédio moral, um país ainda com resquícios da escravidão associados a algumas alterações na legislação trabalhista acabam por levar trabalhadores a enfrentarem ambientes tóxicos de trabalho, o que causa-lhes falta de sanidade, consequentemente envolvendo o Direito para dar resoluções.

A escravidão, ainda enraizada em muitos pensamentos e costumes, principalmente entre os empregadores que sentem-se donos de seus empregados, culminam em intensas brigas judiciais que são travadas, geralmente a cada contrato de trabalho findado que tem como pivô exatamente a relação de estresse entre empregador e empregado, uma relação em que o mais poderoso (economicamente) coloca-se acima do mais frágil, submetendo o trabalhador a humilhações, assédio moral, condições não acordadas no contrato, tornando o ambiente de trabalho extremamente tóxico e prejudicial à saúde.

Assim que o presente trabalho tem como tema abordar as consequências na vida do trabalhador ao abordar questões que envolvem

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF – RS, e-mail: 161555@upf.br

² 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>

ambientes tóxicos de trabalho e como a justiça garante os direitos humanos dos trabalhadores uma vez submetidos a esses ambientes, partindo do ponto que esses ambientes chamados tóxicos, que nada mais são do que ambientes com níveis graves de estresse, violam os Direitos Fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, assim como os Direitos Humanos.

Busca a pesquisa, analisar quais as consequências, na vida do trabalhador que desenvolve atividades em ambientes tóxicos de trabalho, quando existe a grande desinformação sobre seus próprios direitos trabalhistas.

Para tanto, utiliza-se do método investigativo; na fase de tratamento dos dados será o dedutivo; no relatório da pesquisa, dependendo do resultado das análises, poderá ser empregado o método dedutivo ou o que melhor for indicado.

Contextualização

Os Direitos Humanos garantem os direitos naturais de qualquer indivíduo e devem ser universais, é o que afirma a Organização das Nações Unidas, que teve como base reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, dentre outros e a Constituição Federal de 1988, veio proporcionar que o Brasil passe de Estado liberal-democrático, para Estado social- democrático, do tipo que não nega e nem exclui, mas agrega, incorpora, defendendo e garantindo as liberdades individuais e coletivas, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive assegurando muitos direitos aos trabalhadores. (MONDAINI³, 2009, p. 17).

O art. 4º da Constituição Federal, de 1988, em seu inciso II, traz a prevalência dos direitos humanos e em seu art. 5º garante a igualdade, a

³ MONDAINI, Marco. Direitos Humanos No Brasil. Plataforma biblioteca virtual UPF, 2009.

liberdade, a inviolabilidade do direito à vida, à saúde, enfim, à dignidade humana, garantindo ainda a indenização caso seus direitos sejam violados. (MONDAINI, 2009, p. 109 e 111).

No Brasil, entre 1920 e 1930 começa uma mudança de um modelo agrário exportado para um modelo de substituição de exportações e passa de uma sociedade rural pré-capitalista para uma sociedade urbano-industrial-capitalista. Mas essa mudança segue um rumo conservador, já que no plano político-ideológico vai deixando de lado a autonomia política dos estados e municípios para passar para um governo centralizado no governo federal. Assim o país tornou-se mais desenvolvido economicamente, ao mesmo tempo que desigual no plano social, regional, étnico-racial, etc. (MONDAINI, 2009, p. 17).

Na era Getúlio Vargas, de 1930 a 1950, que passa de revolucionário para ditador e posterior presidente da República eleito, representou uma imagem de líder político que modernizou o Brasil, mas o manteve conservador. A força crescente estatal de uma modernização conservadora inferiu nos direitos humanos no Brasil pós 1930, onde o Estado dizia quem era e quem não era cidadão, quem tinha direitos e quais eram e quem não possuía direitos, ou seja, trabalhadores rurais não possuíam direitos ou proteção e os trabalhadores urbanos eram considerados cidadãos. (MONDAINI, 2009, p. 18)

O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio já existia desde novembro de 1930 e a Consolidação das Leis do Trabalho, decretada em 1º de maio, de 1943, foi símbolo do reconhecimento do trabalhador urbano como cidadão no plano dos direitos sociais, porém não tinha autonomia sindical e política, pois não é coincidência que esta lei foi criada no mesmo ano em que aconteciam importantes reivindicações através do Manifesto dos Mineiros, que pediam o retorno das liberdades individuais e coletiva e o fim da ditadura estado novista. Entre a metade de 1950 até 1964, os

próprios trabalhadores urbanos promoveram inúmeras greves, inclusive gerais, que faziam pressão para que houvesse a ampliação dos direitos sociais adquiridos, assim como para incluir nesses direitos outros segmentos da sociedade brasileira, como a dos trabalhadores rurais. (MONDAINI, 2009, p. 18 e 32).

A CLT de 1943 destaca a tutela do trabalho, a organização sindical e a Justiça do Trabalho. Assim, são colocados à frente a duração da jornada de trabalho, os períodos de descanso, o salário mínimo a ser pago, o direito a férias, à segurança no local de trabalho, à proteção do trabalho da mulher e do menor, dentre outros; após tem-se a obrigação de patrões e empregados dentro de uma estrutura sindical não corporativista; e depois tem a organização de uma Justiça do Trabalho que arbitra nos conflitos de natureza trabalhista.

Essa CLT representa uma tentativa de controle político do movimento operário, por ter concedido direitos sociais e imposto uma ordem sindical marcada por forte regulação estatal, mas também decorrentes de demandas dos trabalhadores, em termos sociais, ao longo da história. Direitos conquistados ou controlados, passa-se o tempo, e o golpe militar de 1964 estagnou as conquistas por direitos humanos, pois censurou diversas formas de expressões artística e cultural e não foi diferente com a liberdade dos trabalhadores. (MONDAINI, 2009, p. 18 e 57).

Após o período escuro da ditadura *vivido pela* sociedade brasileira, vieram os anos de 1980 e com eles acontecimentos marcantes, como a criação de importantes centrais sindicais e na segunda metade dos anos 80 o Brasil passou para a chamada “Era dos Direitos”, pois além de deixar para traz os regimes ditatoriais políticos, direitos passaram a ser conquistados e reconhecidos de forma universal, tanto nos meios político, civil, social, individual e coletivo. A Constituição Federal de 1988 foi o

maior acontecimento desse período e veio para se tornar um marco no presente (da época) e no futuro de cada brasileiro tendo a certeza da sua importância para a formação de um Estado Democrático de Direito para a criação de uma sociedade igualitária, tanto no campo social quanto econômico. (MONDAINI, 2009, p. 57, 97 e 109).

Também os artigos 1º e 7º da CF/88, trazem garantias de um meio ambiente do trabalho seguro e adequado ao trabalhador, elencando seus fundamentos. Ante o descumprimento de tais regras, o empregador ou tomador de serviços responde por dano material, moral (individual ou coletivo) e até estético, acarretando em altas indenizações, cujas não são as mais importantes, mas sim suas finalidades, que são: compensar as vítimas, penalizar os infratores e alertá-los para que atentem à saúde do trabalhador, para que sejam conscientes que o melhor é prevenir do que pagar.

O artigo 611 da CLT, já com redação dada pelo DL n. 229 de 28.02.1967, trata da Convenção Coletiva de Trabalho, sendo mantida pela chamada Reforma Trabalhista aprovada em 2017, Lei 13.467/2017. Reforma esta que traz a novidade do artigo 611-Ao qual afirma que, em algumas circunstâncias, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a lei.

Esta é uma das alterações ocorridas com a Reforma que preocupa em muito os trabalhadores, principalmente após analisar alguns de seus dispositivos, como o inciso XXI do próprio artigo 611-A e logo após é visível sua contrariedade no inciso XVIII do artigo 611-B. Assim como o parágrafo único também do artigo 611-B que diz que a duração do trabalho e intervalos não são consideradas normas de saúde.

Mesmo após a Reforma Trabalhista, com vigência a partir de 2018, a Justiça Trabalhista considera válida a aplicabilidade do Princípio à Proteção, que juntamente com outros princípios, inspirou a criação da

Justiça do Trabalho. Este princípio é considerado o mais importante da Justiça do Trabalho sendo que dele os demais princípios decorrem e é considerado o fundamento básico para o ordenamento jurídico trabalhista, porque visa proteger a parte considerada mais frágil na relação jurídica (empregado, empregador) que é o trabalhador. (ARRUDA⁴, 2020).

Ora, pois se os trabalhadores se sentem infelizes por suas condições no trabalho e também inseguros ao procurar apoio na legislação quando se deparam com tantas contradições entre um mesmo conjunto de normas. Analisa-se que num momento a insalubridade é passível de alteração por convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, em outro momento sua negociação por convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho constitui objeto ilícito e ainda afirma que a duração do trabalho não pode influenciar na saúde do trabalhador, ora se não influenciasse não haveriam normas na própria Constituição estipulando limites para as horas trabalhadas, sabendo que a Constituição Federal defende profundamente a dignidade humana.

O que torna o ambiente de trabalho tóxico

Na obra “Burnout, Quando O Trabalho Ameaça O Bem-Estar No Trabalho”, traz o termo Burnout ou Burn-out para definir aquilo, ou aquele, que que chegou ao seu limite e, por falta de energia, não tem mais condições de desempenho físico ou mental, tratado como um fenômeno psicológico que acomete trabalhadores assistenciais. Usa também os termos “Estresse Laboral Assistencial”, “Estresse Profissional” e ainda “Estresse Ocupacional” para salientar que não seriam propriamente o trabalho ou a profissão os responsáveis pelos transtornos percebidos, mas o tipo de atividade desempenhada. Relata que no Japão tem- se

⁴ ARRUDA, Rafael Novakoski. A reforma trabalhista e os reflexos no princípio da proteção, 2020

denominado de *karoshi* a morte súbita, de coronária-isquêmica ou cérebro-vascular (no Brasil, conhecido por acidente vascular cerebral), provocada pelo excesso de trabalho. (PEREIRA⁵, 2002, 2010, p. 21 a 23).

No Brasil existe legislação sobre a regulamentação da Previdência Social, que ampara quem é acometido por agentes patogênicos causadores de doenças profissionais, assim como transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho. Segundo a obra, anteriormente citada, as mudanças ambientais que venham a agredir o organismo, por meio de um mecanismo de feedback, mesmo que muitas vezes o indivíduo não perceba, o corpo tende a se estabilizar e o estresse sobrevém quando os recursos disponíveis deixam a desejar diante as exigências, ou seja, a pessoa avalia que o que lhe é solicitado, seja no plano físico, emocional ou social, está além de suas capacidades, causando-lhe enfermidades. (PEREIRA, 2002, 2010, p. 24 a 26).

A exploração de mão-de-obra barata para obter lucro fácil é prática antiga no Brasil, propiciando ambientes tóxicos de trabalho e uma publicação feita em 18 de agosto de 2010, nas Notícias Jurídicas, publicado pelo TRT da 3ª Região (MG), prova esta afirmativa, pois conta que naquela ocasião o juiz da 22ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte analisou o caso de um marceneiro que alegava trabalhar há oito anos sem anotação da sua CTPS, tendo sonogado seus direitos trabalhistas básicos; o reclamante relatou ainda que ficou doente, passou por uma cirurgia mas que não pode ser amparado pelo auxílio doença, já que o reclamado não recolheu as contribuições previdenciárias; o reclamado negou o vínculo empregatício, pois alegou que era um intermediador de mão-de-obra e que os serviços prestados pelo marceneiro eram de empreitada. Em seu julgamento, o magistrado reconheceu a relação de emprego entre as partes,

⁵ PEREIRA, Ana Maria T. Benevides. Burnout, Quando O Trabalho Ameaça O Bem-Estar No Trabalho, cap. 2. Plataforma biblioteca virtual UPF, 2002, 2010.

considerando ilícita a intermediação de serviços pelo reclamado, pois burlou a legislação trabalhista e obteve vantagens indevidas. Ficou comprovado que o reclamante nunca recebeu férias, vale-transporte, 13^o salários, não teve o FGTS depositado e nem foram recolhidas as contribuições previdenciárias. O juiz afirmou que a produção, por parte do reclamado, de mercadorias mais baratas se deu pela exploração de mão-de-obra adquirida a baixos custos, já que desrespeitou as normas trabalhistas. (TRT⁶ da 3^a Região, MG, 2010).

Comparando a sociedade atual com a antiga sociedade escravocrata brasileira, percebe-se que a humilhação ou assédio no trabalho sempre existiu nas mais variadas formas, humilhações estas sempre embasadas no sistema macroeconômico, que em seu processo disciplinar favorece a prática desse tipo de violência, onde o superior hierárquico detém certo poder sobre seu subordinado e confunde este poder, em muitos casos achando-se, pensando que obtém a propriedade de seu subordinado. Este é o pensamento escravocrata contemporâneo, que está disfarçado, escondido entre linhas, mas se faz presente em muitos ambientes de trabalho. (GURGEL⁷, MARINHO, 2019).

Muitos ambientes profissionais são conflituosos e competitivos e tendem a impactar as relações estabelecidas nestes espaços, causando perseguições e muitas manifestações de violência. Porém, tende-se a naturalizar, ou até mesmo banalizar tais acontecimentos sob o pretexto de que ambientes com tais características estimulam a superação pessoal e se obtém um desempenho melhor, ou seja, a maioria dos indivíduos aceitam a tal violência do assédio moral como algo normal que faz parte do cotidiano e compõe a paisagem, pois muitas vezes surge de forma

⁶ TRT da 3^a Região (MG). Exploração de mão-de-obra barata visando obter lucro fácil dumping social. Portal TRT3, 2010.

⁷ GURGEL, Claudio, MARINHO, Maiara. Escravidão Contemporânea e Toyotismo, 2019.

insignificante, confundindo-se com uma brincadeira de mau gosto, o que dificulta a sua identificação e formalização como um problema por parte da vítima.

Quando se discute a “intensa cobrança por desempenho”, é impossível não associar o fato ao prolongamento rotineiro das jornadas de trabalho. Também, segundo o Artigo “Saúde Mental: a experiência de um Centro de Referência em Saúde do Trabalhador do Estado de São Paulo”, as lesões por esforços repetitivos/distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, a chamada ler/dor, compunham cerca de 85% dos diagnósticos feitos nos atendimentos ambulatoriais feitos pelo CEREST (Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Campinas) ainda 1993 e que grande parte destes pacientes também tinham queixas e manifestações de ordem psíquica... Este mesmo Artigo afirma que assim forma-se um círculo vicioso perverso de dor e sofrimento mental que interfere negativamente na vida familiar, profissional e social do trabalhador. (SALERNO⁸, SILVESTRE⁹, SABINO¹⁰, 2011).

Algumas jurisprudências do Tribunal da Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul concedem decisões favoráveis ao trabalhador por considerarem que muitos trabalhadores desconhecem seus direitos e que muitas vezes tomam decisões precipitadas por falta de conhecimento, inclusive jurídico.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE** para declarar a nulidade do pedido de demissão e reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como para acrescer à condenação o pagamento de

⁸ SALERNO, Vera Lúcia

⁹ SILVESTRE, Mirian Pedrollo

¹⁰ SABINO, Marcos Oliveira

aviso prévio e multa de 40% sobre o FGTS, a ser recolhida na conta vinculada da autora, e determinar a expedição de alvará para saque do FGTS. Por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, mantida a sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 895, §1º, inciso IV da CLT. Valor arbitrado à condenação majorado para R\$ 15.000,00. Custas majoradas para R\$ 300,00 para os efeitos legais. Intime-se. Porto Alegre, 02 de dezembro de 2019 (segunda-feira). (TRT¹⁰ DA 4ª REGIÃO, 3ª TURMA, 0020142- 03.2019.5.04.0752 RORSUM, EM 16/12/2019, JUIZ CONVOCADO LUIS CARLOS PINTO GASTAL).

No caso mencionado, a reclamante pede Recurso Ordinário em relação a sentença que indeferiu o pedido de reconhecimento da decisão indireta do contrato de trabalho. Alega que pediu a conversão de pedido de demissão em rescisão indireta do contrato de trabalho, dizendo que só pediu demissão em uma atitude de total desespero, pois desconhecia a perda de direitos à época do pedido de demissão. O pedido de rescisão indireta tinha como base as alegações da reclamada de que os salários, férias e 13º eram pagos em atraso e que ainda havia ausência dos recolhimentos do FGTS. Ressalta o abalo moral sofrido pelos atrasos salariais. Sobre a rescisão indireta. Ao final, deu-se provimento ao recurso da reclamante para declarar a nulidade do pedido de demissão e reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho. (TRT¹¹ DA 4ª REGIÃO).

O assédio moral

O advogado Luiz Salvador, autor do artigo “Assédio Moral: Ferramenta utilizada para o aumento da produtividade”, de agosto de 2009 define o assédio moral no trabalho como sendo uma conduta abusiva que atenta contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma

¹¹ JUSTIÇA DO TRABALHO, TRT da 4ª Região. Acórdão 0020142-03.2019.5.04.0752, 2019.

pessoa, pois possui características como a repetição e a sistematização, pondo em perigo a posição de trabalho ou deteriorando o ambiente de trabalho do indivíduo trabalhador. (SALVADOR¹², 2019)

O assédio moral é um dos acontecimentos causador de muitas doenças físicas e mentais dos trabalhadores e tem sido motivo para muitos processos judiciais.

Muitas são as formas de assédio moral, podem ser por meio de posturas, palavras, gestos e/ou situações humilhantes que envolvem um trabalhador ou um grupo destes, durante a jornada de trabalho. Este tipo de assédio pode partir do empregador e/ou um superior de cargo e até mesmo de um colega de trabalho. O assédio moral é, portanto, um fato que pode levar o indivíduo trabalhador a adoecer mental e até fisicamente por se tratar de um tipo de violência interpessoal, pois é encoberto por uma intensa cobrança por desempenho e devido a sua persistência, acaba por violentar o indivíduo. (SOUZA¹³, 2019).

Não pode-se falar em ambientes tóxicos de trabalho sem falar, de forma mais detalhada, do assédio moral, tão comum, tão constante e enraizado culturalmente nas relações de emprego.

Na opinião de Margarida Barreto, médica e professora na Faculdade de Ciências médicas da Santa Casa, São Paulo, o assédio no trabalho, enquanto humilhação, vem se intensificando nos últimos 20 anos, que segundo ela, tais humilhações ocorrem para que se produza mais e que as metas sejam cumpridas e o maior problema é que as metas não são fixas, elas são mutáveis, inclusive a jornada de trabalho até mesmo no mesmo dia e alteram sempre para mais, sendo capaz de causar sérios danos ao trabalhador, principalmente quando não consegue alcançar tais metas e

¹² SALVADOR, Luiz. Assédio Moral: Ferramenta utilizada para o aumento da produtividade, 2009.

¹³ SOUZA, Edvânia Ângela Assédio moral e reforma trabalhista: entrevista com Margarida Barreto, Revista Katálysis, Versão Online, Vol. 22, No 3, Florianópolis, 2019

então deixa-se levar pela cultura de que a culpa é sua, ou seja, sofre assédio moral. (SOUZA, 2019).

Existem exemplos de assédio moral que deixam qualquer direitos humanos estarecidos, porém houveram dois exemplos, relatado por Margarida Barreto, que são capazes de espantar qualquer um que tenha o mínimo de ética, o caso aconteceu em uma grande empresa (vendedora fabricante de bebidas no Brasil) que levava às 6 horas da manhã, para dentro da empresa, em reuniões para motivar, garotas de programa para que eles (trabalhadores) massageassem essas trabalhadoras e ficassem motivados sexualmente, que a intenção era terminar em motivação na linha de produção, ou seja, uma violação constante dos direitos humanos fundamentais. O segundo é de uma empresa que não só humilhava os seus trabalhadores (homens e mulheres) publicamente como as mulheres que não produziam de acordo com os objetivos da empresa, eram oferecidas para programas sexuais para os trabalhadores que atingiam as metas de produção e as mulheres que se negavam a submeter-se ao abuso eram queimadas com cigarros. (SOUZA, 2019).

Esclarece também que assédio moral não é doença e sim uma forma de administrar, é uma forma de gerir tal departamento ou conjunto de trabalhadores, é uma forma de violência, de humilhar para exigir determinado resultado do seu trabalho. (SOUZA¹⁴, 2019).

Assim, para discorrer sobre as diferentes formas de assédio moral, no ambiente laboral, importante que de distingue, os diferentes tipos de assédio moral ocorrentes nos ambientes de trabalho.

Assim inicia-se pelo assédio vertical descendente – é o assédio mais comum nas empresas, que é o tipo praticado por trabalhador hierarquicamente superior ao trabalhador assediado. Exemplo pode-se

¹⁴ SOUZA, Edvânia Ângela. Assédio moral e reforma trabalhista: entrevista com Margarida Barreto, Revista Katálysis, Versão Online, Vol. 22, No 3, Florianópolis, 2019.

configurar quando um gerente cobra metas de seus subordinados expondo-os à situações vexatórias como para fazerem dancinhas, pagarem micos, apelidando-os, etc; (FACURE, 2016).

Também, o Assédio moral organizacional – quando o empregado sofre violência psicológica da empresa pelo ambiente de trabalho que está inserido, geralmente em empresas extremamente competitivas que estimulam seus funcionários a disputarem entre si, espalhando o medo por meio de ameaças, mesmo que veladas, e perder o emprego é um dos grandes medos. (FACURE, 2016).

Assédio moral horizontal – este ocorre entre funcionários que ocupam a mesma posição hierárquica dentro da empresa, que pode ser observada quando um funcionário bate suas metas e debocha do outro que não conseguiu e novamente nas empresas que cultivam a competitividade entre seus funcionários. (FACURE, 2016).

Assédio moral vertical ascendente – este é mais raro, mas não pode deixar de ser registrado, pois pode acontecer quando um funcionário hierarquicamente inferior assedia o seu superior, que pode ocorrer em situações em que o funcionário sabe alguma informação sigilosa da empresa ou de seu superior hierárquico e usa de chantagem para benefício próprio, seja aumento de salário, promoção de cargo, etc. (FACURE¹⁵, 2016).

Para ilustrar o fenômeno que tanto atinge a comunidade laboral, segue jurisprudência do TRT3 que exemplifica na prática dos tipos de assédio moral e como a Justiça do Trabalho costuma tratar o assunto, sendo que o empregador é responsável pelas atitudes de seus funcionários quando toma conhecimento do ocorrido e não toma atitude para frear os assédios e muitas vezes até incentiva e/ou pratica.

¹⁵ FACURE, Estevan. Tipos de assédio moral no trabalho, 2016.

A conduta parece ter origem nos abusos decorrentes da desigualdade (social, funcional, de gênero, econômico, etc) e diversidade inerentes às formações coletivas. O assédio praticado às relações de trabalho interessa a diferentes campos, como à administração, ao direito, à psicologia, a medicina, e à sociologia. (VASCONCELOS¹⁶, 2015)

O problema é complexo e com características variadas e peculiares, apresentando diferentes origens, com destaque nas mudanças verificadas no sistema produtivo, porém a produção não é a única responsável pelo individualismo e a competição externa, pois existem também os fatores psicossociais, levando em conta os diferentes tipos de assédio moral citados anteriormente. (VASCONCELOS, 2015).

Muitas vezes o assédio moral é difícil de ser detectado, pode ser que seja sutil, pode começar culpando o trabalhador, isolando-o, afastando-o dos demais, compara sua pouca produção com a produção dos colegas ou usa a alta produção de um trabalhador para humilhar todo um conjunto de um ambiente de trabalho. O assédio moral é difícil de ser controlado porque conta com o poderio do empregador e a submissão do empregado por medo de perder o emprego porque existem pessoas que dependem dele, a família, contas a pagar, etc. (SOUZA, 2019)

A chamada Reforma Trabalhista, Lei 13467, de 13 de julho de 2017, em seu artigo CLT, Art. 223-G, § 1 atribui limites para determinar a lesão sofrida pelo empregado assediado (leve, média, grave e gravíssima) atrelado ao próprio salário do trabalhador e tem sofrido severas críticas pelos danos causados aos trabalhadores sendo que aquele trabalhador que tem salário mais alto terá uma indenização maior do que quem tem um salário mais baixo, como se a dor sofrida por quem tem salários mais bem

¹⁶ VASCONCELOS, Yumara Lúcia. Assédio moral nos ambientes corporativos, 2015.

remunerados fosse maior, mais intensa se comparado à dor de quem ganha menos. (VASSOLE¹⁷, 2018).

O artigo de Eduardo Bittar, de 2015, relata alguns casos sobre vítimas que sofreram assédio moral nos locais de trabalho e postularam ações judiciais, tendo êxito nas decisões. O primeiro é de um homem de 37 anos, vendedor de uma cervejaria em Porto Alegre, que ganhou o direito a uma indenização no valor de R\$ 21.600,00 em virtude das humilhações que sofria devido a relação laboral, pois no período de um ano e quatro meses em que trabalhou na companhia de bebidas, a gerência ridicularizava quem não cumprisse as metas, obrigando os funcionários pagar prendas como subir na mesa e pagar flexões ao mesmo tempo que os gerentes instigavam seus colegas passarem a mão em suas nádegas, ou desfilar de saias, ou então passar por um corredor polonês formado pelos colegas, ouvindo palavrões de baixo escalão, como “burro” e “imprestável”. A vítima conta que após as humilhações ia ao banheiro chorar escondido, que fora do ambiente de trabalho era atingido pelo fato, pois vivia estressado, brigava com a esposa. (BITTAR, 2015).

O segundo caso é de uma mulher de 50 anos, ex-gerente de uma empresa ferroviária paulista, que ganhou em segunda instância o direito a uma indenização no valor de R\$ 50.000,00, pois a empresa em que trabalhava foi privatizada e passou a ser pressionada para que aderisse ao plano de demissão voluntária e por ter resistido à proposta, mudaram suas funções de executiva para preenchimento de formulários. Ela e outros colegas foram abandonados um prédio antigo, sem cadeiras sentavam em latões de lixo, no prédio novo formam expostos numa sala de vidro e relata que era chamada de “Javali”, com significado de que já não valia nada. A

¹⁷ VASSOLE, Gilberto. O assédio moral nas relações de trabalho após a reforma trabalhista, 2018.

vítima relatou que ficaram problemas físicos e psicológicos em decorrência dos acontecimentos da época. (BITTAR¹⁸, 2015).

A dúvida que fica é se os valores das indenizações determinadas pela justiça são de fato capazes ou não de suprirem os traumas sofridos por essas vítimas. Isso quer dizer se é possível alguém determinar quanto valem as lágrimas de um trabalhador humilhado, ou quanto valem os traumas psicológicos de outro.

Em 2019 Margarida Barreto dizia que com a Reforma Trabalhista o trabalhador intermitente, por exemplo, tornaria-se uma espécie de escravo moderno, pois ficaria atrelado uma empresa sem poder ter emprego em outra pelo simples motivo de poder ocorrer choque de horários na agenda do trabalhador. Esse foi um dos muitos exemplos do impacto causado pela Reforma Trabalhista. (SOUZA, 2019)

E a interferência não para por aí, e o Artigo 8º, § 2º, lei 13467/2017 passou a prever que as súmulas e jurisprudências dadas pelos Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos, nem criar obrigações que não estejam previstas em Lei. (GARCIA¹⁹, 2017).

Outro tipo de empresa tóxica em seu ambiente de trabalho é aquela que poderia ser chamada do tipo toxidade sistêmica, pois está enraizado na sua cultura laboral, faz parte dos seus protocolos. Exemplos evidentes são as agroindústrias avícolas, pois seu modo de produção, obviamente capitalista, tem suas condições laborais e o processo de organização do trabalho direcionados para a produção e obtenção de lucro mas sem considerar o bem estar do homem. O trabalhador não vê outra saída senão vender seu trabalho para sobreviver e vive um dilema, pois o mesmo

¹⁸ BITTAR, Eduardo. Do assédio moral como causa de acidente do trabalho, 2015.

¹⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista restringe aplicação da jurisprudência dos tribunais, 2017.

trabalho que lhe traz o sustento pode também trazer-lhe doenças, sofrimentos, deixar sequelas, literalmente ameaçar sua vida. (MACHADO²⁰, MUROFUSE, MARTINS, 2016).

Existe estudo que mostra um aumento no número de pessoas que adoecem e se afastam do trabalho por diferentes motivos de saúde, porém os mais prevalentes que se configuram entre as maiores causas de afastamento de longo prazo é de ordem mental e comportamental. As pessoas afastam-se de suas atividades laborais tanto por doença física quanto por transtornos mentais. (MACHADO, MUROFUSE, MARTINS, 2016).

Este trabalho pode ser tão exaustivo devido ao trabalho em linha, o tempo todo no mesmo local, geralmente em pé, praticando movimentos repetitivos, de forma frenética, em temperatura ambiente amena, ou muito alta, odores fortes, barulho excessivo manuseio de objetos cortantes, a falta de contato com o mundo externo por horas a fio. O ambiente de trabalho nesse tipo de indústria também conta com pessoas com os papéis de controlador e vigilante de produção. (MACHADO, MUROFUSE²¹, MARTINS²², 2016).

No artigo de Leila de Fátima Machado, Neide Tiemi Murofus e Julia Trevisan Martins possui vários depoimentos de trabalhadores de uma certa agroindústria²³ no Brasil, onde relatam a falta de oportunidade para (seus trabalhadores) serem promovidos e até mesmo a propaganda ilusória sobre promoções que nunca ocorreram incentivando seus funcionários a estudarem apenas para cumprir exigências de contratos estabelecidos com compradores. O uso de álcool e outras drogas ilícitas -

²⁰ MACHADO, Leila de Fátima

²¹ MUROFUSE, Neide Tiemi

²² MARTINS, Julia Trevisan

²³ Vivências de ser trabalhador na agroindústria avícola dos usuários da atenção à saúde mental, 2016.

ou para ter mais agilidade na produção ou para fugir do estresse - também foi relatado, assim como o medo de ser demitido e a falta de reconhecimento também estavam presentes. (MACHADO, MUROFUSE, MARTINS, 2016)

Não parecendo suficiente, estes trabalhadores ainda lidam com o assédio moral e sexual. O assédio sexual geralmente praticado por colegas, através de ações e/ou palavras. Já o assédio moral é mais explicitado pelo comando da empresa na forma de fazer pressão para realização de hora extra, pressão para adulterar planilhas com informações sobre o produto. E aí fica a pergunta: de quem é a responsabilidade, dos empregados ou empregadores? (MACHADO, MUROFUSE, MARTINS, 2016).

Ainda a pesquisa daquele Artigo compara o trabalhador da agroindústria avícola com os trabalhadores cortadores de cana de açúcar, pois ambas são repetitivas, manual e simples, que exige rapidez e mecanização, pode ser realizada por pessoa de qualquer faixa etária, sexo ou escolaridade, e a remuneração é baixa. Afirma que a baixa escolaridade do trabalhador é apreciada por tais empresas para que possa usar da exploração do trabalhador com remuneração de um salário mínimo, na grande maioria das vezes. (MACHADO, MUROFUSE, MARTINS, 2016).

Assim como a agroindústria avícola, existem diversas empresas que tornam tóxico o ambiente de trabalho, são aquelas empresas que se o dia do pagamento dos seus funcionários (com baixos salários) por exemplo, cai no dia de sábado, não o faz, deixa para fazer na segunda-feira, ou depois do feriadão e aí, quando precisa, tenta exigir que o empregado faça horas extras. O tipo de empresa que exige reunião com os trabalhadores após o horário de expediente, mas não quer pagar hora extra do tempo utilizado na reunião. (MACHADO, MUROFUSE, MARTINS, 2016).

No ano de 2015 o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) instituiu a Comissão de Direitos Humanos e Trabalho Decente, através da

Portaria nº 3.484/2015, tendo objetivo de promover a dignidade humana, especialmente nas relações de trabalho, também em relação à proteção da infância e da adolescência. Foi criado para o período 2015-2020. (LIMA²⁴, 2015).

A o documento de criação da Comissão baseia-se nos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana... Também cita as Convenções nº 138 (trata sobre a idade mínima de admissão ao emprego) e 182 (trata sobre as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual o Brasil é signatário. (LIMA, 2015).

A Comissão de Direitos Humanos e Trabalho Decente vai além, visando avançar iniciativas priorizadas pelo Conselho Superior de Justiça do Trabalho. A referida comissão tem como integrantes juízes do trabalho, magistrados, desembargadores, entre outros. Fica registrado a importância que movimentos como este da Comissão de Direitos Humanos e Trabalho Decente trazem para a preservação de direitos e da dignidade humana no âmbito do trabalho. (LIMA, 2015).

Em junho de 2011 a ONU²⁵ aprovou os Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos elaborado pelo Representante Especial do Secretário- Geral da ONU, professor John Ruggie. São 31 princípios que tem como base três pilares: Proteger, que expõe a obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos; Respeitar, chama a atenção à responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos e por fim Reparar, que enfatiza a necessidade de que existam recursos adequados e eficientes, em casos de descumprimento destes direitos pelas empresas. (RUGGIE, John, 2011)

²⁴ LIMA, Álvaro, TRT4. TRT-RS institui Comissão de Direitos Humanos e Trabalho Decente, 2015.

²⁵ Organização das Nações Unidas.

Existe a necessidade que as empresas e os Estados se comprometam na implementação de tais princípios e aprofundem o debate sobre a obrigação das empresas nesse assunto, podendo envolver organizações de Direitos Humanos que atuam nessa área e das vítimas de violações envolvendo empresas. (RUGGIE²⁶, John, 2011).

A criação dos Princípios Orientadores deixa claro que deve existir, por parte das empresas, o respeito aos direitos humanos, ou seja, manter a dignidade humana inclusive combatendo qualquer tipo de abuso em suas dependências, sejam eles físicos ou morais tornando assim os ambientes laborais mais atrativos aos empregados, por tratar-se de ambientes moralmente limpos, por assim dizer, e portanto saudáveis aos seus colaboradores, provável aumento na produção, satisfazendo empregados e empregadores e finalmente, desta forma, evitando a interferência ou a recorrência ao judiciário. ((RUGGIE, John, 2011)).

A proteção contra a violação dos direitos humanos, também é uma obrigação dos Estados, para tanto devem adotar as medidas necessárias para prevenir, investigar, punir e reparar os abusos cometidos, tanto em seu território como os de sua jurisdição, através de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça. (RUGGIE, John, 2011).

O Estado deve garantir a saúde e o bem estar da sociedade, pois os fenômenos de abusos no ambiente de trabalho, além de prejudicar os envolvidos, gera ônus social e financeiro ao Estado. (RUGGIE, 2012).

Assim, que toda comunidade padece, sem a erradicação de tal mazela ao contrato de trabalho.

A Súmula 736 do STF, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas

²⁶ RUGGIE, John. Empresas e direitos humanos. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos: implementação dos parâmetros da ONU para “proteger, respeitar e reparar”, 2012.

trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. (STF²⁷, Súmula 736, 2003).

A SÚMULA 392 do TST trata por dano moral e material motivadas por acidentes de trabalho, portanto a Justiça do Trabalho sendo competente para julgar indenização por dano moral e material. (BALBINO²⁸, 2015).

Essas duas Súmulas, citadas acima, finalmente definem que ao trabalhador público celetista e ao trabalhador privado, devem postular suas ações por dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho na Justiça Trabalhista, para que esta processe e julgue.

Considerações finais

Está claro que existem sérias discussões sobre as empresas terem responsabilidades de não cometer violações, mas também de tentar impedir que certas violações aconteçam aos seus trabalhadores e a ideia de soberania pode ser um obstáculo a ser vencido, visto que diversas organizações são, muitas vezes, até maiores que o próprio Estado. (BARROS²⁹, 2018).

O assédio moral é explicitado de forma constante durante grande parte do artigo, vindo em contra ponto com os direitos humanos que tanto buscam garantir os direitos fundamentais da pessoa humana enquanto trabalhador. Os Direitos Humanos foram criados para a proteção e dignidade da pessoa humana e a Justiça do Trabalho, mesmo após a chamada Reforma Trabalhista, declinam para uma proteção maior ao empregado do que ao empregador, isso porque o empregador é detentor do poder econômico e jurídico em detrimento ao empregado, recebendo

²⁷ STF, Súmula 736. Data de aprovação em 26 de novembro d 2003.

²⁸ BALBINO, Carlos. Súmula 392 do TST que trata de ações por dano moral e material de trabalho ganha nova redação, 2015.

²⁹ BARROS, Amon. Empresas e direitos humanos: premissas, tensões e possibilidades, 2018.

assim, da Justiça do Trabalho, o Princípio da Proteção que ocorre para que a relação jurídica entre o trabalhador e o empregador ganhe nuances de igualdade. (RAMOS³⁰, 2019).

A Justiça do Trabalho reconhece a falta de conhecimento que o trabalhador tem sobre seus próprios direitos, que entre grande parte dos trabalhadores existe a desinformação, a não acessibilidade a conteúdos de qualidade que lhes auxiliem minimamente para sua própria vontade. E que o grande problema está em levar aos trabalhadores as informações corretas de direitos e de acessos à justiça, pois muitos casos não chegam à justiça por falta de condições adequadas ou quando chegam já levam o problema do tempo, por muitas vezes decorrido prazos importantes que influenciam em muito as decisões da Justiça.

Referências

- ALMEIDA, Thaynná Batista de, GOMES, Lucas Brasileiro de Oliveira. As Perspectivas Jurídicas Do Trabalho Escravo No Brasil Pré-Republicano E Contemporâneo. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/ixsidh/ixsidh/paper/download/4436/1780file:///C:/Users/Usuario/Downloads/4436-11421-1-PB.pdf>.
- ARRUDA, Rafael Novakoski. A reforma trabalhista e os reflexos no princípio da proteção, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79451/a-reforma-trabalhista-e-os-reflexos-no-principio-da-protECAo>.
- BALBINO, Carlos. Súmula 392 do TST que trata de ações por dano moral e material de trabalho ganha nova redação, 2015. Disponível em: https://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/id/16749089.
- BARROS, Amon. Empresas e direitos humanos: premissas, tensões e possibilidades, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S19849230201800010008&l ang=pt.

³⁰ RAMOS, Richard. O princípio protetivo e a reforma trabalhista, 2019.

BITTAR, Eduardo. Do assédio moral como causa de acidente do trabalho, 2015. Disponível em: <https://eduardobittar.jusbrasil.com.br/artigos/167708869/do-assedio-moral-como-concausa-de-acidente-do-trabalho>.

BRAMANTE, IVANI CONTINI. CLT, 2019. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/174133/pdf/o?code=uNKeUq1YM3cuKQXOVUw8DPH+JqdtUp+yqoyrH2jo71ACcdhJMB3zZIFvDwoaozi8IfUu3ITqzoR616wULhsBTg==>.

CALIL, Léia Elisa Silingowschi. Direitos Humanos Do Trabalhador: A Proteção Legal Aos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-76/direitos-humanos-do-trabalho-a-protecao-legal-aos-direitos-fundamentais-dos-trabalhadores/>.

FACHIN, Melina Girardi (Org.). Guia de proteção dos Direitos Humanos sistemas internacionais e sistema constitucional, 2019. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/168154/pdf/o?code=i8yLPxXuoO7Jk4ZyzLSueYwoB7sFVK6LNyN/8Pt1jcQdDbRWIReLDPSG6PLI6Vx6uR2FKGjFVTgtoHya7qG29w==>.

FACURE, Estevan. Tipos de assédio moral no trabalho, 2016. Disponível em: <https://estevanfg.jusbrasil.com.br/artigos/317924376/tiposdeassediomoralno-trabalho>.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista restringe aplicação da jurisprudência dos tribunais, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/gustavo-garcia-reforma-trabalhista-restringe-aplicacaojurisprudencia#:~:text=O%20artigo%208%C2%BA%2C%20%C2%A7%20%20C2%BA,n%C3%A3o%20estejam%20previstas%20em%20lei>.

GURGEL, Claudio, MARINHO, Maiara. Escravidão Contemporânea e Toyotismo, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1984-92302019000200317&script=sci_arttext.

HELOANI, Roberto. Assédio moral – um ensaio sobre a expropriação da dignidade do trabalho. RAE eletrônica, 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-56482004000100013.

JUSTIÇA DO TRABALHO, TRT da 4ª Região. Acórdão 0020142-03.2019.5.04.0752,2019. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/KnKbjj1B_muClhcd3FuyjA?&tp=demiss%C3%A3o+indireta.

LAGO, Camila Dal, VECCHI, Ipojuca Demétrius. A aplicação do direito à intimidade na relação de emprego, 2010. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2147/1387>.

LIMA, Álvaro, TRT4. TRT-RS institui Comissão de Direitos Humanos e Trabalho Decente, 2015. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/101915#:~:text=Com%20o%20objetivo%20de%20promover,Direitos%20Humanos%20e%20Trabalho%20Decente>.

MACHADO, Leila de Fátima, MUROFUSE, Neide Tiemi, MARTINS, Julia Trevisan. Vivências de ser trabalhador na agroindústria avícola dos usuários da atenção à saúde mental, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sdeb/2016.v40n110/134-147/>.

MELO, Raimundo Simão De. Direito Ambiental Do Trabalho E A Saúde Do Trabalhador, 2013. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4738.pdf>.

MONDAINI, Marco. Direitos Humanos No Brasil. Plataforma biblioteca virtual UPF, 2009. Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/1268/pdf/o?code=1kvJBrKb_sc8Prt4MXwLXoH8wKtLLrinK3KBgPh1ngvKnF4Q1UoYgrBZO2GQz21Dn24LX MJddwKsGq1utsuLfg==.

PEREIRA, Ana Maria T. Benevides. Burnout, Quando O Trabalho Ameaça O Bem- Estar No Trabalho, cap. 2. Plataforma biblioteca virtual UPF, 2002, 2010. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/2292/epub/o?code=CABt4cLuNJBVDtBSbhUGyySxvHZrMmd+FPhzwY5QNklTczrfjzbzik6sNg6zRUHj46cQQfRS Cgwk31sdiUp18PQ==>.

PINTO, Renata de Almeida Bicalho, PAULA, Ana Paula Paes de. Do assédio moral à violência interpessoal: relatos sobre uma empresa júnior. Cadernos EBAPE.BR, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512013000300002&lang=pt.

RAMOS, Richard. O princípio protetivo e a reforma trabalhista, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/316823/o-principio-protetivo-e-a-reforma-trabalhista>.

RUGGIE, John. Empresas e direitos humanos. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos: implementação dos parâmetros da ONU para “proteger, respeitar e reparar”, 2012. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresuggie_mar20121.pdf.

SALERNO, Vera Lúcia, SILVESTRE, Mirian Pedrollo, SABINO, Marcos Oliveira. Saúde Mental: a experiência de um Centro de Referência em Saúde do Trabalhador do Estado de São Paulo. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, 2011 Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-765720110001000100012&lang=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572011000100012&lang=pt).

SALVADOR, Luiz. Assédio Moral: Ferramenta utilizada para o aumento da produtividade, 2009. Disponível em: https://ar.vlex.com/vid/assedio_ferramenta_utilizada_produtividade_80160565.

SENADO FEDERAL. Direitos Humanos Atos Internacionais E Normas Correlatas. Senado Federal. 2013. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?seq_uence=1.

SILVA, Edil Ferreira da, OLIVEIRA, Keila Kaionara Medeiros de, SOUZA, Paulo César Zambroni de. Saúde mental do trabalhador: o assédio moral praticado contra trabalhadores com LER/DOR. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572011000100006&lang=pt.

SILVA, Ociana Donato da. O assédio moral nas relações de trabalho do (a) assistente social: uma questão emergente. *Serviço Social e Saúde*, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010166282015000300582&lang=pt.

SOUZA, Edvânia Ângela Assédio moral e reforma trabalhista: entrevista com Margarida Barreto, *Revista Katálysis*, Versão Online, Vol. 22, No 3, Florianópolis, 2019 Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802019000300641&lng=pt&nrm=iso.

STF, Súmula 736. Data de aprovação em 26 de novembro d 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula736/false>.

TRT da 3ª Região (MG). Exploração de mão-de-obra barata visando obter lucro fácil dumping social. Portal TRT3, 2010. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2009-2010/exploracao-de-mao-de-obra-barata-visando-obter-lucro-facil-caracteriza-dumping-social-18-08-2010-06-08-acs>.

TRT-3 RO: 02104201114203003000210435.2011.5.03.0142, Relator: Sebastiao Geraldo de Oliveira, Segunda Turma, Data de Publicação: 06/02/2013 05/02/2013. DEJT. Página 96. Boletim: Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia. Assédio moral nos ambientes corporativos, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00821.pdf>.

VASSOLE, Gilberto. O assédio moral nas relações de trabalho após a reforma trabalhista, 2018. Disponível em: <https://saberalei.com.br/assedio-moral-no-trabalho-reforma/>.

O negócio jurídico processual atípico como facilitador em tempos de pandemia ¹

William Jorge Barfknecht ²

Roberto Carlos Gradin ³

1 Considerações iniciais

A pandemia do coronavírus vem, desde o seu início, alterando o modo de vida de praticamente todas as pessoas do planeta. A forma de trabalhar, estudar e exercer qualquer outro tipo de atividade tiveram de ser adaptadas em decorrência das medidas de proteção imperadas pela doença, que afastaram as pessoas de seus locais de trabalho, afazeres diários e convívio social, já que uma simples reunião de família ou com poucos amigos passou a ser uma grande ameaça à saúde de todos, tendo em vista a alta taxa de transmissibilidade do vírus e sua periculosidade.

Não foi diferente com o poder judiciário. Mesmo que antes já andasse a passos lentos em decorrência da alta demanda de processos e poucos servidores em exercício, a pandemia dificultou ainda mais a situação, considerando-se a introdução de medidas como a suspensão dos prazos processuais e a realização de trabalho remoto.

Diante de todo esse quadro de morosidade no andamento dos processos, foi necessário que as partes buscassem formas alternativas para tentar agilizar o andamento do feito e, um dos institutos que possui o

¹ Artigo científico produzido por William Jorge Barfknecht, acadêmico do curso de Direito, no ano de 2021.

² Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

³ 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

condão de ajudar nesse problema, foi a inovação trazida pela ainda recente legislação do Código de Processo Civil de 2015: o negócio jurídico processual atípico. Através dele tem-se a possibilidade de as partes realizarem algumas alterações no procedimento do feito, dispensando, por vezes, formalidades que só postergariam a solução de uma lide que já poderia estar resolvida. Há, dessa maneira, a possibilidade de aproximar a demanda à realidade das pessoas e seus anseios, observado o preenchimento de todos os requisitos previstos em lei.

Este artigo tem como objetivo abordar como a pandemia do Covid-19 refletiu diretamente no poder judiciário e, como o negócio jurídico processual atípico apresentou-se como importante meio de contribuição para resolução mais rápida de alguns processos, sempre em observância a todas as garantias que devem ser concedidas às partes, de acordo com a Constituição Federal e o Código de Processo Civil.

Na primeira parte, a pesquisa traz a pandemia e seus reflexos no poder judiciário como tema de enfoque. Abordar-se-á desde a descoberta da doença, na China, o momento em que a Organização Mundial de Saúde considerou a doença como pandemia, até as resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça com o fim de minimizar os seus efeitos, demonstrando que esse era o pontapé que faltava para a completa introdução do processo eletrônico no país, bem como em relação ao trabalho remoto. Sabe-se, entretanto, que essa não é uma realidade perfeita e, com a pandemia estendendo-se por mais de um ano, a vida dos advogados e das partes foi muito dificultada.

Continuando na segunda parte, se estudará sobre o negócio jurídico processual, suas subdivisões e quais requisitos precisam ser observados para que seja considerado válido, sob pena de ser anulado de ofício ou a requerimento das partes. Além disso, serão apresentadas opiniões de alguns estudiosos da matéria sobre a sua importância no contexto do

judiciário brasileiro e como o processo pode tornar-se mais democrático a partir de seu uso. A democracia, concedendo-se maior liberdade às partes, é uma das maiores premissas buscadas pela nova ordem processual civil instaurada.

Ao final, busca-se assinalar a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos no atual contexto vivenciado pela sociedade, de pandemia, questionando se poderá ferir alguma garantia processual que deve ser concedida às partes durante o processo. Além disso, aborda-se o instituto sob o viés contributivo para uma resolução mais rápida e eficiente das demandas judiciais existentes.

Mostra-se necessário tratar sobre formas alternativas e facilitadoras durante o processo judicial, tendo em vista que ainda não se tem certeza por quanto tempo a pandemia se estenderá. Por sorte, com a vacinação já iniciada no país, tem-se maior esperança sobre o retorno à “vida normal”, mas alguns institutos como o objeto desse estudo tendem a ser cada vez mais disseminados na sistemática processual civil brasileira. Ressalta-se que o tema foi escolhido pela magnitude do momento que vem sendo vivido, que nos mostra a importância de viver e demonstrar tudo o que sentimos no agora, sem pensar tanto no amanhã, com um sentimento de grande pesar a todas as famílias que perderam seus entes queridos para esta grave doença, que não escolhe condição financeira, cor, nacionalidade ou crenças religiosas.

2 A pandemia do Covid-19 e seus reflexos no poder judiciário

O início do século XX foi marcado pela catástrofe causada pela pandemia do vírus Influenza, que ficou conhecido popularmente como “gripe espanhola”. Na época, ante a dificuldade de acesso a medicamentos, bem como as escassas pesquisas a respeito de tratamentos, foi necessária a adoção de medidas rígidas de isolamento social para frear a

contaminação pelo vírus, o que, infelizmente, não impediu que milhões de vidas fossem ceifadas e algumas famílias fossem devastadas. Estima-se que, na época, cerca de um quarto da população mundial foi atingida pela moléstia.

Ninguém imaginaria, contudo, que no século seguinte um vírus de letalidade e contágio muito maiores causaria uma nova pandemia, exigindo as mesmas medidas preventivas de isolamento por parte da população, se não muito piores. O coronavírus surpreendeu o mundo com a rapidez de sua disseminação e gravidade, mostrando que em momentos como esse a união das pessoas em prol de um bem comum é de suma importância.

De acordo com estudiosos, a pandemia do coronavírus já era uma tragédia prevista há tempos. Essa ideia se firma pelo fato de que, por mais que o mundo estivesse preparado de forma tecnológica para enfrentar os mais diversos tipos de doenças e intempéries, quando se aborda o aspecto socioeconômico, as diferenças existentes entre as nações são gritantes, principalmente no que diz respeito a países subdesenvolvidos como o Brasil. Intitula-se como verdadeiro caos o que acontece no contexto brasileiro de enfrentamento ao vírus, seja na ordem política, econômica ou social, onde além de as informações serem distorcidas a todo tempo, deixando a população à mercê de governantes sem qualquer preparo, há um total descaso em relação à saúde e bem-estar dos cidadãos. É inevitável que um vírus não se alastre em um país que não preza por políticas públicas mínimas, como o abastecimento de água potável e saneamento básico à toda população (PEREIRA, 2020, p. 30-38).

A doença, que recebeu o status de pandemia em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde, conforme noticiado pela Organização das Nações Unidas na data, atualmente já contabilizou milhões de mortos pelo mundo, chegando o Brasil a alcançar, recentemente, a triste marca de

mais de 3.000 (três mil) mortes diárias - no dia 23/03/2021, conforme noticiado pelo site de notícias da Globo (ONU NEWS, 2020, p. 1; G1, 2021, p. 1).

Tudo isso acaba refletindo em mudanças nos mais variados setores da sociedade, já que o isolamento social que o vírus imperou modificou a forma de vida de praticamente todas as pessoas, algumas precisando reinventar suas formas de trabalho para garantir alguma fonte de renda. Assim ocorreu com o poder judiciário, que teve de adotar uma modalidade de organização completamente diferente da que era usual, utilizando-se de ferramentas como o teletrabalho, a realização de audiências na forma remota e o incentivo cada vez maior à utilização do processo eletrônico em tribunais que ainda não haviam concluído a sua implantação, que é o caso, a título de exemplo, do Rio Grande do Sul. De acordo com a Ordem dos Advogados do Brasil do Rio Grande do Sul, a suspensão do expediente em todas as comarcas do Estado deu-se a partir de pedido formulado pela instituição (2020, p. 1).

O coronavírus é causado pelo vírus SARS-CoV-2 e teve o primeiro registro na cidade de Wuhan, na China. Conforme a OMS, boa parte da população será assintomática, o que faz com que os cuidados e as medidas de isolamento sejam redobrados, uma vez que, mesmo sem sintomas, as chances de transmissão são grandes e, quanto mais pessoas contaminadas, maiores serão as possibilidades de o sistema de saúde colapsar, tendo em vista que os leitos hospitalares já eram escassos antes mesmo da descoberta dessa doença (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, p. 1).

Verificado todo o pânico que se instalou no país e em razão do papel desempenhado pelo poder judiciário perante a sociedade, foi necessário que pronunciamentos ocorressem logo que os primeiros casos foram registrados e, também, por ter sido editada medida decretando o estado de calamidade pública, em 20 de março de 2020. Inicialmente, o Conselho

Nacional de Justiça editou a resolução nº 313, estabelecendo medidas a fim de evitar o contágio e proteger os serventuários da justiça, como a suspensão de atendimentos presenciais e o estabelecimento de plantão extraordinário. Tal normativa teve seu período de vigência prorrogado por outras resoluções, também editadas pelo CNJ.

De igual forma tiveram que atuar muitos advogados, que, com a finalidade de preservar a saúde dos seus (mesmo sendo considerados como serviço essencial, havendo a possibilidade de continuarem com atendimentos presenciais), optaram por trabalhar de forma remota, fechando as portas de seus escritórios enquanto a situação não apresentasse melhora. Em entrevistas concedidas ao *site* Migalhas, muitos advogados relataram notar melhoras no rendimento do trabalho em casa, afirmando que continuarão com esse modelo mesmo após o término da pandemia. Transcrevem-se, aqui, algumas palavras do sócio fundador do escritório Moraes Pitombo Advogados, Antônio Pitombo: “prezamos pelo bem-estar das equipes e temos certeza que esse modelo pode dar certo. Antes da pandemia já tínhamos horários flexíveis e os advogados são conscientes do nosso foco em produtividade, qualidade e resultados.” (2020, p. 1).

Nota-se, diante disso, uma verdadeira reinvenção do sistema jurídico e da advocacia brasileira, com clientes sendo atendidos diretamente de suas residências, buscando-se a resolução de conflitos de formas alternativas e mais céleres, garantindo, principalmente, que os direitos das partes sejam preservados e o acesso à justiça seja garantido.

Por mais que a situação fosse de grande temor, foi necessário dar ênfase à natureza essencial da atividade jurisdicional, devendo ser asseguradas condições mínimas para a continuidade dos trabalhos, nem que da forma mais ínfima possível. A resolução mencionada anteriormente, além de suspender prazos processuais, enumerou algumas

matérias passíveis de apreciação durante a atuação extraordinária em seu artigo 4^o, considerando como prioritárias situações que envolvem restrição de liberdade, medidas liminares e tutela de urgência, alvarás, entre outras (CNJ, 2020, p.4).

Esperava-se, contudo, que a situação não se estendesse por meses, quiçá por mais de um ano. Por esse motivo, conforme assevera Heitor Sica, muitas das novas práticas utilizadas, como o trabalho remoto, a realização de audiências na modalidade virtual e a digitalização cada vez maior de processos físicos – aqueles ajuizados antes da implantação do processo eletrônico e que não tramitariam em decorrência do trabalho remoto e fechamento dos cartórios – tornar-se-ão praxe, alterando a cultura e costume de servidores da justiça e advogados de forma extremamente benéfica. Nas palavras do colonista: “sem dúvida a pandemia dá um impulso fundamental para a completa digitalização do Poder Judiciário brasileiro” (2020, p. 01).

Há, então, de se enxergar pelo menos alguns aspectos positivos diante de toda a catástrofe que vem ocorrendo. O teletrabalho, por exemplo, já vinha sendo implementado em alguns órgãos públicos, mas diante da rápida disseminação do vírus, tornou-se necessária sua instituição às pressas. Mudanças como essa, de forma brusca, nem sempre

⁴ Art. 4º No período de Plantão Extraordinário, fica garantida a apreciação das seguintes matérias: I – habeas corpus e mandado de segurança; II – medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais; III – comunicações de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão, e desinternação; IV – representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; V – pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, intercepções telefônicas e telemáticas, desde que objetivamente comprovada a urgência; VI – pedidos de alvarás, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor – RPVs e expedição de guias de depósito; VII – pedidos de acolhimento familiar e institucional, bem como de desacompanhamento; VIII – pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas e pedidos relacionados com as medidas previstas na Recomendação CNJ nº 62/2020; IX – pedidos de cremação de cadáver, exumação e inumação; e X – autorização de viagem de crianças e adolescentes, observado o disposto na Resolução CNJ nº 295/2019.

são fáceis, já que é necessário que haja um período de adaptação para os servidores e suas famílias.

Importante apontamento fez também a ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia, em palestra ministrada sobre o tema: “a pandemia veio aproveitar um modelo de maior aproveitamento, por exemplo, da telemática. O Poder Judiciário no dia seguinte ao anúncio do isolamento social colocou em prática o modo virtual sem deixar de fazer julgamentos e a prestação jurisdicional” (JUSTIÇA MILITAR, 2020, p. 01).

Cabe, também, fazer alusão ao brilhante pensamento desenvolvido em parceria entre Pandini e Pereira no que diz respeito ao trabalho remoto:

Sua implementação tem sido vista como positiva, tanto para as instituições como para a sociedade, uma vez que podem ser promovidas melhorias na prestação de serviços e na qualidade de vida dos trabalhadores e contribuir com o meio ambiente, gerando menos poluição, gasto de água, combustível e energia elétrica. Quando feito dentro de um planejamento, ele pode promover o equilíbrio entre as rotinas pessoais e a vida profissional dos trabalhadores (2020, p. 07).

De mãos dadas a tudo isso e tendo em vista que o judiciário funciona de forma mais lenta em razão de todo esse caos, acaba por surgir a necessidade de se viabilizarem formas alternativas de solução de conflitos, uma vez que para que se dê a plena efetividade jurisdicional é imprescindível que todas as partes da relação processual colaborem.

Veja-se que, além de lidar com todas as dificuldades impostas pela pandemia, as pessoas se viram obrigadas a suportar mais um grave problema: a morosidade ainda maior do poder judiciário. Sabe-se que quem tem um processo em trâmite quer de todas as formas que o conflito se resolva o mais rápido possível, tendo em vista todas as preocupações

ocasionadas por ele. Somado a isso, vale lembrar que, além da dificuldade para a prestação do trabalho que o judiciário tem enfrentado, a tendência é que as demandas aumentem cada vez mais, haja vista todas as demissões, os inadimplementos contratuais em decorrência da crise econômica e pedidos de tratamento de saúde realizados pela população. (PEREIRA, 2020, p. 41).

A autocomposição, que é estimulada a qualquer momento processual (consoante artigo 139, V, do CPC⁵) se apresenta como uma alternativa benéfica na atual situação. Por óbvio que nesse ponto deve-se dar atenção a alguns princípios como a igualdade e a paridade de armas entre as partes, já que em momentos de desespero, pessoas menos informadas podem ser induzidas a erro, de modo a favorecer os mais fortes, economicamente falando. Nesse ponto entra, também, o objeto principal deste estudo: o negócio jurídico processual atípico, que será esmiuçado em todas as suas peculiaridades no tópico que segue.

3 Negócio jurídico processual no CPC/2015

Baseado nas orientações constitucionais e em princípios como a razoável duração do processo, o devido processo legal e o acesso à justiça, o CPC inaugurado em 2015 trouxe alguns mecanismos inovadores com o intuito de solucionar os conflitos de forma mais rápida e eficiente, desviando-se, o tanto quanto fosse possível, das intermináveis disputas judiciais que se estendiam por anos. À essa nova visão deu-se o nome de processo democrático, que resultou no nascimento de um dos princípios mais importantes do cenário atual: a cooperação entre as partes. Isso não quer dizer que nas legislações antigas não houvesse a possibilidade de as

⁵ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

partes convencionarem sobre aspectos do processo, mas eram mais limitadas e vinham expressamente definidas pela lei.

Em uma democracia não se espera nada diferente de um processo que siga o modelo cooperativo. Fredie Didier Jr. registra, nesse ponto, a importância que o artigo 6^o trouxe à nova ordem processual civil brasileira, colocando as partes em posição de igualdade, incumbidas de diversos deveres para a obtenção do fim almejado. Estabeleceu-se uma verdadeira relação triangular (entre litigantes e juiz), facilitando a discussão sobre a gestão do processo, com a norma trazendo explicitamente alguns comportamentos que devem ser seguidos em todas as relações, como a lealdade, probidade e boa-fé (2017, p. 141-146).

Humberto Theodoro Júnior visualiza o princípio como uma forma de transformar o processo em uma grande comunidade de trabalho, onde se busca alcançar a decisão mais justa e favorável às partes, evitando imperfeições e comportamentos indesejados (que objetivam apenas postergar o andamento do feito), por meio do diálogo e ajuda mútua. O autor ressalta, também, o quanto a cooperação é importante para qualquer tipo de processo, dando especial destaque a aquele que se encontra na fase de execução, onde as partes, por atuarem de forma mais participativa, podem, inclusive, indicar seus bens à penhora e eleger meios executivos mais hábeis (2018, p. 81-85).

Em decorrência desse princípio acabaram por surgir no código algumas alternativas relativas à flexibilização processual. O artigo 190⁷ do

⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁷ 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.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, 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.

CPC trouxe a possibilidade da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, por meio dos quais se busca dar mais voz e participação ativa aos sujeitos, possibilitando algumas mudanças no procedimento e, também, viabilizando que se convencie sobre faculdades, ônus e deveres processuais, sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto e dentro dos limites estabelecidos pela legislação, que serão explanados nos próximos parágrafos.

Tal premissa vem de acordo com as atentas considerações emanadas por Humberto Theodoro Junior: “a ideia se coaduna com o princípio da cooperação, que está presente no Código atual, devendo nortear a conduta das partes e do próprio juiz, com o objetivo de, mediante esforço comum, solucionar o litígio, alcançando uma decisão justa” (2018, p. 501).

Além disso, Fredie Didier Jr. faz considerações importantes em volta do princípio do respeito ao auto regramento da vontade no processo, surgindo o subprincípio da atipicidade da negociação processual e, em decorrência deles, o negócio jurídico processual atípico. O autor defende a necessidade de as partes possuírem ampla liberdade para negociações no processo, tendo em vista ser um dos principais e mais antigos direitos fundamentais, não se falando aqui em defender um processo sem regras, mas sim de forma que possa conceder vantagens aos dois lados. Transcreve-se:

É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil (2017, p. 150).

Cabe, para melhor compreensão, fazer alusão à subdivisão existente em relação aos negócios jurídicos, que foram fracionados pela doutrina em típicos e atípicos. Os primeiros são, resumidamente, aqueles que vêm descritos pela lei, não havendo necessidade de avaliação alguma por parte do magistrado. Nas palavras de Fredie Didier Jr.: “sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionar” (2017, p. 425). Dois exemplos bastante conhecidos e constantemente citados pelos estudiosos são a eleição negocial do foro e o adiamento negociado da audiência, previstos nos artigos 63 e 362, I, do CPC⁸, respectivamente.

Já os negócios jurídicos processuais atípicos, que serão estudados a partir de agora, são aqueles que conferem às partes poderes mais amplos, possibilitando uma infinidade de mudanças, tanto procedimentais quanto em relação aos ônus e obrigações inerentes aos litigantes. A negociação é sobre o processo, e não sobre o seu objeto litigioso, podendo-se, por exemplo, ampliar e reduzir prazos, retirar o efeito suspensivo de recursos e limitar o número de testemunhas que podem ser arroladas para eventual audiência, tudo isso estando em pleno acordo com as regras trazidas pelo código (DIDIER, 2017, p. 429-430).

Percebe-se que a principal preocupação do legislador foi a de levar a realidade das partes até o processo, o que é de grande valia na realidade vivenciada pelo judiciário brasileiro – principalmente em tempos de pandemia –, com as comarcas cada vez mais abarrotadas de demandas discutindo temas extremamente complexos e que exigem análises a cada

⁸ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

Art. 362. A audiência poderá ser adiada: I - por convenção das partes; II - se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar; III - por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.

dia mais meticulosas por parte dos julgadores. Olhando por esse viés, certamente algumas modificações procedimentais serão extremamente vantajosas para o andamento do feito.

As afirmações de Eduardo Talamini trazem que os negócios processuais atípicos tiveram como principal fonte de inspiração a arbitragem. Ora, se as partes têm a possibilidade de retirar um conflito do judiciário, atribuindo a um juiz de sua escolha a decisão sobre o conflito, não deve haver óbice para que o procedimento também possa ser por elas redesenhado, modulando-se conforme o que trará maiores benefícios para os dois lados (2015, p. 03).

Registra-se, nesse ponto, a arguta observação feita por Julio Guilherme Muller em sua tese de doutorado:

Observados os pressupostos e sendo válida a convenção, a customização do procedimento com o propósito de assegurar eficiência e efetividade atende o requisito formal no sentido de adaptar para atender as especificidades da causa existente ou futura. E, nessa toada, poderá a convenção sobre o procedimento prever a redistribuição das atividades e fases procedimentais, novos formatos e formas para a realização de atos processuais ou a própria desjudicialização de algumas atividades (como a realização de mediação externa ou a própria produção de prova pericial ou testemunhal diretamente pelas partes em procedimento negociado). A dinâmica e as especificidades da causa indicarão o caminho para que as partes possam, segundo seus interesses, dar os contornos diferenciados e adequados ao procedimento, sempre orientados pela busca de eficiência e efetividade (2016, p. 108).

Há de se falar, também, acerca da possibilidade de serem os negócios processuais atípicos celebrados antes mesmo do ajuizamento da ação. À título exemplificativo pode-se citar uma situação em que, no momento da celebração de determinado negócio, as partes concordam entre si que, em caso de eventual demanda judicial, nenhuma delas recorrerá da decisão de

primeiro grau. Aos leigos parece estranho falar a respeito de processos judiciais sem litígio algum, mas é uma garantia de que a lide poderá ser solucionada de maneira mais rápida, já que alguns recursos tramitam por anos nos Tribunais de Justiça. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior é, como sempre, cirúrgico:

O negócio processual pode ser prévio ou incidental, isto é, pode ocorrer antes do ajuizamento da causa (em caráter preparatório, portanto), como ocorre na convenção arbitral ou na pactuação do foro de eleição, ou acontecer como incidente de um processo já em curso, como nos casos de acordo sobre suspensão do processo ou alteração de prazos. Uma exigência, todavia, há de ser observada, principalmente nos acordos pré-processuais: além de ser lícito, é necessário que o acordo seja preciso e determinado. Vale dizer: deve versar sobre uma situação jurídica individualizada e concreta, de sorte que não são válidas as convenções genéricas, como as que preveem o juízo arbitral ou o foro de eleição, sem identificar com precisão e clareza os casos sobre os quais os efeitos do negócio processual incidirão (2018, p. 502).

De maneira similar aos demais negócios jurídicos existentes, o que vem previsto pelo artigo 190 passa pelo plano de validade dos atos jurídicos, devendo ser observados alguns requisitos para a sua realização, sob pena de nulidade. São eles: partes capazes, objeto lícito e forma prevista ou não defesa pela lei. A nulidade mencionada pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, consoante o disposto pelo parágrafo único do referido artigo (DIDIER, 2017, p. 433- 434),

Quanto aos primeiros, há de se atentar para o fato de que quando se fala em capacidade, está se referindo a ela na maneira processual. Por mais que, normalmente, quem possui capacidade civil também a possui para estar em juízo, isso pode não ocorrer em determinadas situações. No caso de uma das partes encontrar-se em manifesta situação de desigualdade,

cabe ao Juiz analisar minuciosamente a situação, anulando o negócio de pronto caso verifique a falta de capacidade.

É necessário que a parte possua capacidade para exercê-la de fato e para estar em juízo, conforme preceitua o artigo 70 do CPC⁹. Cita-se, à título de exemplo, uma situação em que um incapaz o celebra sozinho. Aqui, haverá incapacidade, mas, se estiver representado, não haverá qualquer impedimento (DIDIER, 2017, p. 435).

Existe, outrossim, de acordo com o enunciado n° 253 do fórum permanente de processualistas civis¹⁰ a possibilidade de o Ministério Público, como parte, celebrar negócios processuais atípicos. Porém, as hipóteses não estão limitadas a isso. O *parquet* pode, como fiscal da ordem jurídica e, inclusive em âmbito extrajudicial (antes do ajuizamento da ação) celebrá-los, visando o cumprimento de suas funções institucionais constitucionalmente previstas. Em um termo de ajustamento de conduta, por exemplo, podem ser inseridas cláusulas convencionando sobre eventual processo caso alguma das cláusulas não seja cumprida (CASAROTTO, 2021, p. 01).

Ao advogado também foi conferida a possibilidade de celebrar negócio jurídico processual em nome da parte. Nesse caso, será necessário que a procuração outorgue poderes especiais ao profissional, tendo em vista que o artigo 105 do CPC¹¹ preceitua que a procuração geral para o foro não o autoriza à prática de atos como transigir, desistir ou renunciar de algum direito, que se encaixaram na hipótese.

⁹ Art. 70. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

¹⁰ Enunciado 253. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio jurídico processual quando atua como parte.

¹¹ Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

Em relação ao objeto, só se admitirá negócio jurídico processual em casos seja possível a solução por meio da autocomposição. Esse ponto merece atenção redobrada, tendo em vista ser o mais sensível e indefinido no que diz respeito ao tema. Fredier Didier Jr. explica que a indisponibilidade do direito, por si só, não inviabiliza a celebração dos negócios processuais (enunciado 135 do fórum permanente de processualistas civis¹²), todavia, nos casos que a celebração interferirá cabalmente no mérito, como em uma prova importante, dificultando as chances de êxito para um dos lados, a autocomposição fica restrita (2017, p. 437).

Transcrevem-se, aqui, as suas lições, que elucidarão melhor o conteúdo:

Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição (2017, p. 436).

Será nulo o negócio processual quando estiverem negociados comportamentos ilícitos, assim como quando se der por meio da simulação ou fraude à lei, devendo o juiz aplicar as sanções cabíveis. Importante fazer alusão ao enunciado 20¹³, que deixa explícita a proibição a algumas convenções bilaterais, como o acordo para supressão da primeira instância e para a criação de novas modalidades de recurso.

¹² Enunciado 135. A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

¹³ Enunciado 20. Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.

Importante que se editem tais normativas, já que evitam o excesso cometido pelas partes.

Não se admite, da mesma forma, negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva para proteger direitos indisponíveis. O objetivo principal dessa vedação é proteger as regras processuais criadas com finalidades públicas. Como exemplo, não haverá possibilidade de as partes celebrarem negócio instituindo segredo de justiça, haja vista que, o processo, via de regra, é público. Essa premissa parte de imperativo constitucional, não cabendo às partes tentarem modificá-la (2017, p. 439).

Existe também a possibilidade de o negócio processual ser anulável quando se estiver diante de vícios de vontade como a coação ou a lesão¹⁴. Nesse caso, é imperativo que haja provocação por parte da prejudicada para a anulação, nos termos do artigo 177 do Código Civil¹⁵.

Finalizando o requisito objetivo, deve-se mencionar no tocante a possibilidade da inserção de negócio jurídico processual em contrato de adesão. Evidentemente não deverá onerar excessivamente uma das partes, sob pena de ser declarada sua nulidade, mas, em regras gerais, pode ocorrer de maneira plena. (CASAROTTO, 2021, p. 25).

Sobre o terceiro e último requisito, há de se esclarecer que a forma geral de celebração do negócio processual atípico é livre, podendo ser realizado na modalidade oral ou escrita, expressa ou tácita, extrajudicialmente ou em audiência. Excepcionam-se, porém, os casos em que a lei exige a forma escrita, como é com a convenção de arbitragem,

¹⁴ Art. 151. A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

¹⁵ Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

por exemplo. Os seus efeitos, em regra, são imediatos¹⁶, salvo se as partes houverem o modulado com a inserção de alguma condição ou termo, que deverá ser cumprida em sua integralidade para que o negócio processual possa vir a ser utilizado. Da mesma forma, não há necessidade de homologação judicial, a não ser que as partes convençionem sobre sua necessidade, utilizando-se, nesse caso, o recurso de agravo de instrumento em situações de não homologação. Fredie Didier Jr. explica que, embora essa possibilidade não venha explícita pelo rol do artigo 1.015 do CPC¹⁷, utiliza-se a analogia, já que existe a possibilidade de recorribilidade em caso de decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem (2017, p. 441-442).

Por último há de se falar sobre o inadimplemento da prestação do negócio jurídico processual. Deverá a parte prejudicada pelo descumprimento de alguma cláusula alegá-la no primeiro momento em que houver oportunidade de falar nos autos. O juiz só poderá fazê-la de ofício se houver essa possibilidade instituída no acordo¹⁸. O autor explica que esse inadimplemento autoriza que se peça a execução do que é devido, sendo feita no próprio processo, sem necessidade de ajuizamento de outra ação. Imagine-se, por exemplo, que as partes pactuem que ninguém recorrerá, mas, mesmo assim, uma delas apresenta recurso de apelação após a prolação da sentença. Cabe a parte recorrida alegar o inadimplemento e a necessidade de não conhecimento do recurso, sob pena de preclusão de seu direito (DIDIER, 2017, p. 443).

¹⁶ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

¹⁷ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem.

¹⁸ Enunciado 252. O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.

Percebe-se, depois de tecidas todas essas considerações, o quão benéfico o negócio jurídico processual pode se apresentar para as partes, agilizando o trâmite da lide através da flexibilização do procedimento ou de outras alterações consensuais. Em vista da realidade enfrentada pelo judiciário brasileiro em decorrência do coronavírus, é primordial que se busque de todas as maneiras, modos de solucionar os casos da forma menos embaraçada possível, sempre prezando pelo cumprimento dos princípios do acesso à justiça e contraditório.

4 Negócio jurídico processual atípico como facilitador em tempos de pandemia

Embora não exista a possibilidade de o país funcionar sem a atividade jurisdicional, é evidente que as coisas não funcionariam a todo vapor diante de uma pandemia. As dificuldades já eram muitas, mas essa nova realidade prejudicou ainda mais o que não era tão bom. Em decorrência disso, foi necessário que as partes do processo se adaptassem à nova realidade, tentando encontrar formas de auxiliar no trâmite da demanda, aparecendo o negócio jurídico processual atípico como importante instrumento nesse sentido. (CASAROTTO, 2021, p. 42).

O que se questiona, entretanto, é se existe alguma possibilidade de as garantias processuais serem desrespeitadas quando da sua formação, principalmente no contexto que está sendo vivido. A crise financeira imposta pela pandemia pode fazer com que as pessoas sejam levadas a firmar um negócio sem saber do que realmente se trata, imbuídas pelo desejo de receber o que é seu por direito de maneira mais célere.

Quanto a tais garantias, Fredie Didier Jr. alude à possibilidade de, além de se falar em princípios ou regras processuais, referir-se a direitos fundamentais processuais, já que as normas que os consagram possuem aplicação imediata, impondo ao legislador que crie normas com o fim de preservá-los e, também, busque sempre nas decisões a sua plena

efetivação. Além disso, o autor comenta que a existência de algumas cláusulas gerais, como é o caso do devido processo legal, acabaram por romper com o tradicional modelo de processo, tendo em vista que o direito processual também necessita de normas flexíveis que visem atender a cada uma das circunstâncias especiais do caso concreto (2017, p. 61-64).

Tem-se aqui um questionamento de grande relevância. Presume-se sempre que as partes estejam assessoradas por seus procuradores, porém, pode ser que nem sempre essa seja a realidade. Por mais que possa haver um receio em relação a isso, nota-se que em situações em que se constate extrema vulnerabilidade de um dos lados há sim a possibilidade de anulação do negócio jurídico processual atípico de ofício pelo Juiz, não havendo o que temer em relação à sua celebração de maneira prejudicial ou inadequada para qualquer um dos lados. (PEREIRA, 2020, p. 67).

Todas essas considerações devem ser postas em uma balança para análise. Acredita-se que o exame inicial realizado pelo magistrado fará com que todos os direitos das partes sejam preservados, pois o “juízo de admissibilidade” será feito de maneira minuciosa e precisa. Por mais que se conheçam todos os problemas do judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito à absurda quantidade de trabalho e ao número mínimo de servidores em atuação, sabe-se do preparo de todos que ocupam grandes cargos, e que prezarão sempre por decisões justas e corretas, buscando o melhor na resolução dos conflitos. O fato de uma crise de saúde pública estar sendo enfrentada há mais de um ano não quer dizer que a autonomia de vontade das partes não deva ser respeitada, ainda mais por essa ser uma das garantias que lhe foram conferidas após o advento da nova sistemática processual civil em 2015. (CASAROTTO, 2021, p. 37).

Ao se falar sobre garantias processuais, deve-se levar em conta tanto aquilo que vem expresso pela carta constitucional como também o que vem disposto infraconstitucionalmente, pelo CPC. Tratam-se dos

princípios regentes da dogmática processual brasileira, que já eram utilizados no código de 1973, mas o novo os trouxe ainda mais evidentes. São princípios como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, a duração razoável do processo, entre tantos outros conhecidos de todos os ramos do direito. (PEREIRA, 2020, p. 68).

Para reforçar as ideias, importante trazer o posicionamento do nobre Ex- Desembargador do Tribunal do Rio Grande do Sul, Ingo Sarlet, que de forma magnífica, reporta-se à aproximação do direito processual civil brasileiro com o instituto americano chamado *case management*. Trata-se de modelo em que as partes, embora ainda combatentes, auxiliam o juíza resolução de seu caso. Colam-se, aqui, as suas palavras:

A consensualidade é a aceitação da prática desses atos pelas partes e seus procuradores, assim como pelo juiz. Neste caso, os acordos, negócios ou convenções processuais são adequados para impedir futuras alegações de nulidade ou ineficácia dos atos por dificuldades de participação das partes e seus advogados (art. 190, CPC). Há espaço inclusive para a calendarização processual (art. 191). Assim, muito embora o juiz possa realizar o gerenciamento dos seus processos de forma a garantir a efetividade e deva zelar pela duração razoável - o chamado *case management* judicial (gerenciamento de casos) - no caso de calamidades públicas como a Covid-19, a impossibilidade de praticar os atos processuais deve ser seriamente considerada, e pode ser alegada quando da ausência da busca do consenso entre as partes envolvidas nos procedimentos (SARLET, 2020, p. 1).

Importante frisar, também, que a Justiça do Trabalho, após o início da pandemia, passou a reconhecer a importância do negócio jurídico processual atípico. Anteriormente manifestava-se de forma totalmente contrária à essa inovação, editando, inclusive, instrução normativa a

respeito (no 39 de 2016¹⁹), justificando-se tal entendimento pelo fato de que poderia haver desigualdade entre as partes no momento de sua celebração, o que já era de praxe ao se falar em relações trabalhistas se envolvesse grandes empresas, mas que não deveria ocorrer, dado o viés protetivo do referido órgão judicial. (CASAROTTO, 2021, p. 39).

Ocorre que, por mais que tal argumento possa ser plausível por um lado, por outro, como já foi mencionado anteriormente, pode haver controle pelo Juiz no que diz respeito à situações que envolvam vulnerabilidade, e, mais do que isso, deixando de haver qualquer resquício dela, pois há a possibilidade de anulação, mesmo sem provocação das partes. O Tribunal Superior do Trabalho, então, reconheceu como de suma importância, ao menos no momento atual, que haja cooperação entre as partes e o Juiz, buscando que se convençionem alterações procedimentais com o objetivo de acelerar o procedimento. Sobre tal assunto, destacamos:

Tal previsão de possibilidade de adequação procedimental autorizada aos magistrados e estabelecida para os tempos de pandemia em muito se aproxima das características que permeiam o instituto do negócio jurídico processual, o que faz com que pelo menos nesse momento de calamidade pública reconhecida pelo Estado a realização do negócio jurídico processual na Justiça do Trabalho possa ser admitida (SANTOS, 2020, p. 13).

Acredita-se que, provavelmente após o término de toda a balbúrdia vivenciada pelo país em decorrência da pandemia, a justiça do trabalho reanalise seus critérios e passe a entender como plenamente possível a celebração de negócios processuais atípicos em processos de sua competência. Seria um avanço de grande valia, tanto para as partes como

¹⁹ (...) Art. 20. Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão da inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: (...) II - artigo 190 e parágrafo único (negociação processual).

para os advogados, que poderiam atuar mais ativamente do que já o fazem em prol dos seus clientes.

Diante de todas as considerações feitas, pode-se concluir que o negócio jurídico processual atípico é instrumento processual muito importante nesses tempos de pandemia, devendo o seu uso ser cada vez mais estimulado. Quanto à possibilidade de ferir alguma das garantias fundamentais do processo, cabe referir que dificilmente isso ocorrerá diante da análise realizada em relação aos requisitos previstos no artigo 190 do CPC e seu parágrafo único, só tendo a contribuir para uma resolução mais rápida e eficiente das demandas judiciais existentes.

Considerações finais

A situação peculiar que vem sendo vivenciada por todo o mundo, mas em especial no Brasil, em decorrência do grande número de casos e mortes pelo covid-19, exige que, no âmbito da justiça brasileira, se busquem, sempre, formas que auxiliem na resolução mais rápida dos conflitos processuais. Entra nessa temática, então, o negócio jurídico processual atípico como importante meio para tal.

Não se buscou nessa pesquisa, de forma alguma, dar ao instituto do negócio jurídico processual atípico o título de salvador para todos os problemas do poder judiciário, mas sim, apresentá-lo como meio eficiente e de grande valia às partes que estejam realmente interessadas em cooperar, mesmo que antes do ajuizamento da ação, com um possível término mais rápido do processo, por meio de alterações no procedimento, observando-se, sempre, os requisitos previstos pelo código.

Com a abordagem inicial sobre como se iniciaram os impactos catastróficos causados pelo coronavírus, desde a descoberta do primeiro caso, na China, até o momento em que o país atingiu a triste marca de 3.000 mortes diárias (e que infelizmente não para de subir), o estudo

elencou algumas peculiaridades ainda desconhecidas pelo autor em relação à doença. Além disso, falou sobre como o poder judiciário, os advogados e as partes tiveram de se adaptar à nova realidade, com os atendimentos e audiências sendo realizados de forma remota, e com a busca cada vez maior por abolir o processo físico. Concretizando-se tal ideia, existem grandes chances de futuramente o trabalho remoto acabar por tornar-se regra em muitos dos escritórios jurídicos brasileiros.

Foi possível abordar, também, a utilização do negócio jurídico processual sob diversos pontos de vista, ressaltando todas as suas peculiaridades e todo o regramento que deve ser observado para a sua utilização. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 2015, buscou-se de forma ampla a democratização do processo a partir de um novo modelo cooperativo e, com isso, estabeleceu-se uma relação de maior igualdade entre as partes e julgador, que deve tentar gerir o processo, ao máximo, de acordo com as necessidades e peculiaridades de cada caso, instruindo os litigantes e seus procuradores de forma que colaborem entre si e tomem decisões com ênfase na boa-fé processual.

Não se pode deixar de dar enfoque à busca cada vez maior pelas formas alternativas de resoluções de conflitos. Tanto as leis de mediação e arbitragem, que podem ser vistas como, de certa forma, inspiração para o negócio jurídico processual, são meios que só tendem a prosperar cada vez mais. Infelizmente o poder judiciário não vem cumprindo o seu papel de garantidor de direitos da melhor forma possível, e tais problemas se dão por fatores como a má gestão, ante ao baixo número de servidores e, a alta demanda processual, haja vista que todos os dias milhares de novos processos são ajuizados no Brasil. Grande parte desses processos, todavia, são desnecessários, podendo ser resolvidos extrajudicialmente se as partes e seus procuradores cooperassem para isso.

Houve o importante questionamento sobre existir alguma possibilidade de as garantias processuais serem desrespeitadas quando da formação do negócio jurídico processual atípico, principalmente em decorrência de todos os problemas econômicos/sociais que as pessoas estão enfrentando nessa pandemia, perdendo seus empregos em razão da crise e precisando se reinventar para colocar o pão de cada dia na mesa de sua família.

Certo é que cada caso merece análise minuciosa por parte daqueles que decidem. Nenhum processo é igual e nem todas as pessoas enfrentam a mesma situação. Todos os requisitos previstos pela lei precisam ser cuidadosamente verificados para que excessos não sejam cometidos, devendo-se atentar, de forma ampla, ao aspecto da capacidade das partes, do objeto lícito e possível e, sobre a regra que proíbe negócio processual quando tenha por objeto afastar regra que sirva para proteger direitos indisponíveis, como é o caso do segredo de justiça.

Portanto, por mais que na área do direito processual civil (e também em todas as outras) as opiniões diverjam sobre alguns pontos relacionados ao instituto, é cediço que o negócio jurídico processual atípico celebrado em tempos calamitosos, como é o caso do que vivemos, não fere nenhuma garantia processual inerente às partes, independentemente de estarem previstas na Constituição Federal ou no Código de Processo Civil. Tanto se confirma isso que, inclusive a justiça do trabalho, que preza mais do que nenhuma outra pelo respeito às partes mais vulneráveis da ação, vem estimulando o seu uso e, provavelmente continuará com esse pensamento mesmo após o término da pandemia.

Sem delongas, constata-se que efetivamente o negócio jurídico processual atípico é grande facilitador, tanto ao judiciário como as partes, em tempos de pandemia, e seu uso tende a perdurar para depois de seu término. Convencionando-se sobre regras simples e baseando-se nos

princípios da boa-fé e lealdade processual, chega-se cada vez mais perto de um processo cooperativo, em que as partes não tentam postergar a resolução para o maior tempo que conseguirem, mas sim, buscar a solução que possa trazer vantagens para os dois lados no menor tempo possível.

Referências

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 22. Mar., 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30. Mar., 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30. Mar., 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19a Ed. Salvador: JusPodiVim, 2017.

GLOBO. **Brasil registra pela 1a vez mais de 3 mil mortes por Covid em um dia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/23/brasil-registra-pela-1a-vez-mais-de-3-mil-mortes-por-covid-em-um-dia.ghtml>>. Acesso em: 30. Mar., 2021.

JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **O poder judiciário na pandemia: desafios e mudanças**. Disponível em< <https://www.tjmrs.jus.br/noticia/0-poder-judiciario-na-pandemia-desafios-e-mudancas-17-07-2020>>. Acesso em: 27. Mar., 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil e negócios jurídicos processuais no âmbito do ministério público**. Disponível em: <<http://www.professormedina.com.br/artigo/54/novo-codigo-de-processo-civil-e-negocios-juridicos-processuais-no-ambito-do-ministerio-publico.html#:~:text=O%20Minist%C3%Agrio%20P%C3%BAblico%20pode%20celebrar,a%20prote%20>>

C3%A7%C3%A3o%20do%20pr%C3%B3prio%20direito>. Acesso em: 24. Mar., 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso em: 30. Mar., 2021.

ONU NEWS. **Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia**. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em: 29. Fev., 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Panorama geral: confira como estão funcionado os serviços da Justiça e OAB/RS**. Disponível em: <<https://www.oabrs.org.br/noticias/confira-as-acoes-oabrs-para-conter-proliferao-coronavirus/41439>>. Acesso em 15. Mar., 2021.

PANDINI, Lunara Stollmeier. PEREIRA, Eliana dos Santos. **O teletrabalho no contexto de pandemia do covid-19: a percepção de servidores públicos do judiciário brasileiro e MPU**. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/54747/751375151568>>. Acesso em: 30. Mar., 2021.

PILAU, Liton Lanes Sobrinho. CALGARO, Cleide, ROCHA, Leonel Severo. **Covid-19 e seus paradoxos**. Univali. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202020%20COVID-19%20E%20SEUS%20PARADOXOS.pdf>>. Acesso em: 15. Mar., 2021.

PLANALTO. **Entra em vigor estado de calamidade pública no Brasil**. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil#:~:text=O%20Senado%20Federal%20aprovou%2C%20durante,decorr%C3%Aancia%20da%20pandemia%20do%20coronav%C3%ADrus.&text=Com%20a%20aprova%C3%A7%C3%A3o%20do%20decreto,seis%20deputados%20e%20seis%20senadores>>. Acesso em: 25. Mar., 2021.

SANTOS, Renata da Silva. **O negócio jurídico processual como instrumento de fetividade do processo do trabalho em tempos de pandemia**. Revista juslaboris.

Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/181113/2020_santos_renata_negocio_juridico.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 26. Abr., 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e justiça.** Consultor jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>>. Acesso em: 26. Abr., 2021.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu:** nota sobre os negócios jurídicos processuais. Justen, Pereira, Oliveira e Talamini advogados. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE104/Eduardo-um%20processo-para-chamar.pdf>>. Acesso em: 30. Mar., 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 59a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Resolução no 203, de 15 de março de 2016.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe#:~:text=INSTRU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2039%2F2016,Trabalho%2C%20de%20forma%20n%C3%A3o%20exaustiva.>>>. Acesso em: 23. Abr., 2021.

WERNECK, Guilherme Loureiro. CARVALHO, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada.** Revista Scielo. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n5/e00068820/pt/>>. Acesso em: 20. Mar., 2021.

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
contato@editorafi.org