6ª EDIÇÃO

OAB SANTA CATARINA
Subseção Joinville

Revista Eletrônica



A Revista da Advocacia da Subseção de Joinville
Gestão 2019-2021

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Selhorst Barbosa
Advogado OAB/SC nº 39.740

Ma. Ana Catarina de Alencar
Advogada OAB/SC nº 46.101

Dr. Cláudio Melquiades Medeiros
Advogado OAB/SC nº 13.210

Ma. Janaína Silveira Soares Madeira
Advogada OAB/SC nº 18.597

Ma. Maria de Lourdes Bello Zimath
Advogada OAB/SC nº 6.802

Me. Thiago André Marques Vieira
Advogado OAB/SC nº 31.164

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA DA REVISTA

Bárbara Madalena Heck da Rosa
Advogada OAB/SC nº 49.343

Carlos Henrique Ribas Pereira
Advogado OAB/SC nº 43.816

Jonathan Maicon Francisco – Secretário
Advogado OAB/SC nº 53.350

Marina Du Bois
Advogada OAB/SC nº 56.869

Valdir Bittencourt Júnior
Advogado OAB/SC nº 28.665

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.1 n.6 2020 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	v.1 n.6	p. 1/403	2020

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

Diretoria OAB Joinville (2019/2021)
Maria de Lourdes Bello Zimath -Presidente
Óliver Jander Costa Pereira - Vice-presidente
Nicholas Alessandro Alves Medeiros - Secretário-geral
Tatiana Maria Ramos Virmond - Secretária-geral Adjunta
Nathalie Luiza Reis Stechinski - Tesoureira

Direção geral
Maria de Lourdes Bello Zimath

Coordenação Editorial
Janaína Silveira Soares Madeira

Revisão Editorial
Janaína Silveira Soares Madeira
Marina Du Bois

Design Gráfico
Marina Du Bois

Contato
Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguaçú
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br

Revista Eletrônica da OAB Joinville [recurso eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville. - v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010)-. - Joinville: OAB Joinville, 2010-

Irregular até 2011.
Interrompida em 2012.
Periodicidade semestral a partir de 2019.
Versão online disponível em: https://revista.oabjoinville.org.br/
ISSN 2178-8693

1. Direito – Periódicos. 2. Advocacia – Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

CDDir 340.05

Elaborado: Bibliotecária Alessandra Mara Schroeder CRB 14/679

SUMÁRIO

Editorial....7

SEÇÃO DE ARTIGOS

O PROCESSO DE ADOÇÃO: ESTUDO DOS MOTIVOS QUE LEVAM À DESISTÊNCIA PELOS ADOTANTES
Andressa Gruber e Lara Ribeiro Corrêa....8

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B DA LEI N. 13.467/2017 ATRAVÉS DE ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL
Bruna Amorim e Sandro Luis Vieira....25

OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NOS CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA
Bruna de Andrade Ferreira e Janaína Silveira Soares Madeira....37

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NA SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO
Bruna Laís Postai Oliveira e Giovani de Lima....53

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL PRATICADOS EM TRANSPORTE COLETIVO: A SOLUÇÃO LEGISLATIVA FRENTE AO ATENDIMENTO DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO PENAL
Bruno Larroyd Tambosi e Luciano Eduardo Raizer....82

CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA X ANONIMATO DO DOADOR
Dilaine Vegini e Júlia Michels....105

PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE AOS PROCESSOS DE TOMBAMENTO HISTÓRICO EM JOINVILLE
Douglas Merlini e Luana de Carvalho Silva Gusso....114

O RECONHECIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DO CONTEXTO SOCIAL À EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO ESTATAL
Flávia Balduino Brazzale e Luciana Aparecida Heck Santos....128

DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DIANTE DA NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS
Francine Stüpp....143

BLOCOS ECONÔMICOS, DIREITO DA INTEGRAÇÃO E ARBITRAGEM
Giordani Flenik....163

DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS
Gabriel Ribeiro....179

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – DIFERENCIAÇÃO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS PARA FINS SUCESSÓRIOS
Guilherme Luís Sauerbeck e Anna Lethicia dos Santos....191

CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA NO ESPAÇO
Gustavo Barone Martins e Luis Felipe do Nascimento Moraes.....207

A PROTEÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS ENQUANTO GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO
Henrico Sansigolo da Silva e Beatriz Regina Branco.....225

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO POR VÍCIOS NA ELABORAÇÃO DA ATA NOTARIAL UTILIZADA COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL
Iber Lunardi e Anna Lethicia dos Santos.....243

AS MODALIDADES DE GUARDA E A MANUTENÇÃO DO PODER FAMILIAR
Italo Nogueira de Moro, Luciana Costa Estêvão, Sergio Milanez Gomes e Stephane Kelly da Silva Lima.....261

A REFORMA TRABALHISTA E A LEGALIZAÇÃO DO FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: UM ESTUDO ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE ÀS FRAUDES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS
Jhemila Paula Cardoso e Janaína Silveira Soares Madeira.....274

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE QUANTITATIVA DE PROCESSOS SEGUNDO ESTATÍSTICAS DO STF
João Vitor Balbino e Jeison Giovani Heiler.....291

O PRINCÍPIO SISTÊMICO DO EQUILÍBRIO, AS ORDENS DA AJUDA E A RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO
Marcelle Stähelin.....306

O PROBLEMA DA EUTANÁSIA EM RONALD DWORKIN
Moisés Novaes.....315

A (IN)VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE FRANQUIA
Roberta Cristina Emmenderfer e Beatriz Regina Branco.....331

IMPORTÂNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL
Shenia Dambros Satangelo e Alexandre dos Santos Priess.....348

TUTELAS SATISFATIVAS CONCEDIDAS EM COGNIÇÃO SUMÁRIA: O PROBLEMA DA IRREVERSIBILIDADE
Thiago André Marques Vieira e Thaisa Borges Maia.....365

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO A PARTIR DE DIFERENTES PERSPECTIVAS TEÓRICAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
Victor Bambinetti Gonçalves.....376

A TRIBUTAÇÃO DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS E O TEMA 32 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
William Holz e Lucas Rafael Gonçalves Corrêa Cidral.....390

EDITORIAL

A Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil Santa Catarina, subseção Joinville, como já se disse, é uma publicação seriada.

Repristino que, a sua finalidade é estimular a produção de pesquisas sobre temas jurídicos contemporâneos, mediante a publicização de artigos, socializando o conhecimento produzido pelos que integram a comunidade jurídica, abraçando de modo inclusivo, veteranos e neófitos.

Nesta sexta edição da Revista, manteve-se o mesmo espírito que norteou nossos esforços nas edições anteriores, buscando excelência editorial.

O trabalho de coordenação editorial da Revista contou com a *expertise* da Dra. Janaína Silveira Soares Madeira, que, juntamente com o Conselho Editorial e o Conselho de Apoio e Pesquisa, procederam o exame e posterior seleção dos trabalhos inscritos.

A seleção dos textos sujeitou-se aos critérios de competência acadêmica e de excelência na pesquisa.

Ressalto que, a originalidade, coesão e vigência dos dados da produção textual são de responsabilidade exclusiva dos autores, sendo que as opiniões manifestadas não coincidem necessariamente com posicionamentos da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, Subseção Joinville.

Convido-lhes para desnudarem a presente organização de textos, entesourada nos 25 artigos de autores, que se revelam, atentos observadores do mundo contemporâneo do Direito.

Finalizo agradecendo aos autores, ao Conselho Editorial e de Apoio, e, aos leitores que, não por acaso, marcam aqui um encontro crítico, capaz de transformar realidades:

"Livros não mudam o mundo. Quem muda o mundo são as pessoas. Os livros só mudam as pessoas" (Caio Graco).

A todos e a todas desejo férteis reflexões!

Maria de Lourdes Bello Zimath
Presidente da OAB/SC Subseção Joinville

O PROCESSO DE ADOÇÃO: ESTUDO DOS MOTIVOS QUE LEVAM À DESISTÊNCIA PELOS ADOTANTES

Andressa Gruber [1]
Lara Ribeiro Corrêa [2]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar os motivos que levam à desistência pelos adotantes no processo de adoção. O estudo deste tema é de fundamental importância, posto que esta prática vem assumindo contornos de normalidade, violando gravemente os direitos dos adotados. Para tanto, inicialmente, discorreu-se sobre o procedimento de retirada da criança/adolescente de sua família, conceituando as formas de família, previstas no ECA, discorrendo sobre a perda do poder familiar e medida protetiva de acolhimento. Em seguida, abordou-se os requisitos legais para adotar, com destaque para o estágio de convivência e apontamentos acerca da prática da desistência. Por fim, foram apresentados os dados da pesquisa documental realizada nos processos da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC, nos quais ocorreu a prática da desistência. No que se refere à metodologia científica utilizada, a presente pesquisa possui abordagem qualitativa e, quanto ao método, foi empregado o indutivo, operacionalizado com as técnicas da pesquisa bibliográfica e da pesquisa de campo. A amostra da pesquisa constituiu-se, especificamente, por 04 (quatro) processos onde ocorreu a desistência, desde o início da titularidade do atual Magistrado da Vara, compreendido entre os anos de 2012 até o presente. Ao final da pesquisa, após análise dos dados levantados, constatou-se que o motivo principal que leva à desistência no processo de adoção está relacionado à integração na nova estrutura familiar, ante as expectativas e frustrações ocorridas para construção do vínculo de filiação.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Adoção. Desistência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise dos motivos que levam à desistência pelos adotantes no processo de adoção. O instituto da adoção tem, cada vez mais, apresentado relevância científica, jurídica e social, em razão do grande número de crianças institucionalizadas que esperam e sonham com a convivência familiar. Destaca-se que, desde 1988, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, relevantes foram as mudanças no âmbito dos direitos das crianças e dos adolescentes, passando a vigorar os princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta à infância, dentre outros que fundamentam essa etapa com reconhecimento das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direito.

No que se refere ao instituto da adoção, necessário ressaltar que com as atuais abordagens sobre o tema e as recentes reformas legislativas, como a que ocorreu em novembro de 2017, tem-se uma busca incessante pela mudança da realidade brasileira a fim de que o direito à convivência familiar possa abranger todas as crianças e adolescentes. Nesse contexto, torna-se relevante analisar os motivos que levam à desistência pelos adotantes no curso do processo de adoção, o qual é cercado de grande expectativa e espera para adotantes e adotados.

1. O PROCEDIMENTO DE RETIRADA DA CRIANÇA/ADOLESCENTE DE SUAS FAMÍLIAS

O conceito de família sofreu mudanças significativas ao longo do tempo, oriundas do surgimento de novas tecnologias, correntes filosóficas, movimentos culturais,

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, estagiária da área cível no Escritório Martinelli Advogados. E-mail: gruber.andressa@outlook.com.
2. Graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Mediadora Judicial e Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: lara.ribeiro@tjsc.jus.br.

religiosos, dentre outros, passando o direito a acompanhar essas transformações, mormente o Direito das Famílias (CARDIN, 2012). Houve, assim, o reconhecimento legal de diversos tipos de arranjos familiares, o que é destacado por Dias (2016, p. 21) ao aduzir que:

> A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função, lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo como um LAR: Lugar de Afeto e Respeito.

Dessa forma, com o passar do tempo, houve completa reformulação do conceito de família, principalmente após o texto constitucional de 1988. Não obstante, conforme assevera Dias (2016), o papel principal da família continua sendo de suporte emocional do indivíduo, em um espaço em que deve haver flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade na construção de laços afetivos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu novos valores sociais quando passou a reconhecer a família como base da sociedade, na forma do art. 226, além de resguardar tratamento prioritário à criança e ao adolescente, fundamentado na igualdade e na dignidade da pessoa humana, reconhecendo, expressamente, os novos arranjos familiares, no art. 203, inciso I, ao tratar da responsabilidade da assistência social em proteger a família. E, ainda, no §5º do art. 226, estabeleceu o exercício do poder familiar em igualdade pelos genitores ao aduzir que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Neste diapasão, ambos os genitores são titulares do poder familiar, sem qualquer distinção entre gêneros ou estado conjugal em que se encontram, sendo as relações familiares fundamentadas no afeto.

1.1 AS FORMAS DE FAMÍLIAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecida popularmente como ECA, conceitua, em um primeiro momento, a família em dois tipos, a natural e a extensa/ampliada. Segundo Ishida (2016, p. 105), a família natural “abrange a família constituída pelo casamento civil, a originada da relação estável (‘concubinato’) e a formada por qualquer dos genitores e seus filhos”. Neste mesmo sentido, estabelece o art. 25 do ECA que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

A família extensa ou ampliada é disciplinada no parágrafo único, art. 25 do ECA, como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Para Sanches e Veronese (2017, p. 244),

> a família é assim reconhecida como estrutura ideal e privilegiada para o crescimento e a socialização das crianças e dos adolescentes, possibilitando a

> sua constituição como sujeito, o desenvolvimento afetivo e a capacidade de relacionar-se com o outro e o meio.

Portanto, o direito à convivência familiar e comunitária é um direito fundamental da criança/adolescente, tanto que foi estabelecido no ECA, em seu art. 19, que "toda criança tem o direito de ser criada e educada no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária".

Conforme destacado por Maciel (2018, p. 157), "toda pessoa humana deve viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação". Logo, deverá ser priorizada a permanência da criança/adolescente na família natural e, quando essa convivência não for mais possível, teremos a figura da família extensa/ampliada. Em última *ratio*, a colocação em família substituta. Sendo assim, no dizer de Sanches e Veronese (2017, p. 244):

> [...] a garantia do direito à convivência familiar e comunitária não está adstrita a um modelo hegemônico, mas ao contrário, evidenciando que suas funções de socialização e proteção podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e contextos socioculturais, a proteção outorgada pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente exigem que todos os esforços e ações sejam empreendidos pela sociedade e pelo Estado para garantir preservação dos vínculos familiares.

Sobre a família substituta Nucci (2018, p. 136) assevera que "é aquela designada pela lei e mediante autorização judicial, para fazer as vezes da biológica, em caráter provisório ou definitivo". A colocação da criança e do adolescente em família substituta é a exceção à regra ao direito à convivência com a família natural ou ampliada/extensa. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 28, estabelece que a família substituta possui caráter excepcional. E, para Maciel (2018), a inserção do infante na família substituta acontecerá nas hipóteses em que o núcleo familiar original não atender mais as necessidades emocionais, físicas e intelectuais da prole, sendo certo que o principal objetivo dessa forma de família é suprir, em tese, a maioria dos encargos relativos à paternidade e à maternidade, evidenciando, assim, a preocupação do legislador em respeitar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

1.2 A PERDA DO PODER FAMILIAR

O poder familiar representa um conjunto de direitos e obrigações que os pais têm em face dos filhos menores de idade, exercido em igualdade de condições entre os genitores (Gediel, 2017). Para Rodrigues (2004), o poder familiar tem caráter de *múnus* público, o que significa que seus atributos são irrenunciáveis, posto que tem origem na lei e se prolongam no tempo, independente da vontade dos envolvidos.

Os pais assumem um compromisso perante a sociedade, tendo em vista que é no seio familiar que ocorre a formação do homem, o qual é preparado para ingressar na sociedade carregando consigo os seus valores pessoais, conforme destacado por Carvalho (2010, p. 25):

> O exercício do pátrio poder é, antes de tudo, um compromisso assumido pelos pais para com a sociedade. A família, núcleo situado dentro de um todo meio, que é o grupo social, não esgota seus fins em si mesmo. O homem é preparado na família para ingressar na sociedade, e carregará para essa os valores assimilados naquela. É por isso que, se não houverem a contento no desempenho do *múnus*

> paterno, devem os pais prestar contas à sociedade, maior interessada nas peças que a compõem, eis a razão pela qual o pátrio poder está subordinado a regras e limites.

Consoante disposto no art. 21 do ECA, o poder familiar será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Nesse sentido, ao apresentar as principais características do poder familiar, Maciel (2018, p. 167) destaca ser "indisponível, pois os pais não podem abrir mão dele; indispensável, quer dizer, não pode ser transferido; é irrenunciável e incompatível com a transação".

Ressalta-se que a suspensão do poder familiar é uma medida grave e passível de revisão, somente adotada quando não comportar outras medidas, podendo ser facultativa e abranger todos ou um dos filhos, sendo certo, inclusive, que não exonera o dever de prestar alimentos. Ademais, o art. 1.637 do CC, estabelece expressamente que, havendo autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao Juiz adotar a medida que lhe pareça mais viável à segurança do menor e de seus haveres, a requerimento de algum parente do infante ou do Ministério Público.

A extinção do poder familiar se efetiva na ocorrência do disposto no art. 1.635 do CC, relativa à ocorrência de morte dos pais ou do filho; emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único do CC; pela maioridade e pela adoção. Já a perda do poder familiar somente ocorre por sentença judicial, tratando-se de medida imperativa, obrigatória, havendo, inclusive, significativa divergência na doutrina e jurisprudência acerca de ser passível de revisão.

Isto posto, tem-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a convivência e permanência da criança/adolescente junto aos seus pais biológicos, os quais devem sempre exercer, de forma plena, o poder familiar. Entretanto, existem casos em que fica comprovado que a família natural não é mais capaz de fornecer as condições ideais e necessárias para o desenvolvimento regular de seus componentes e, portanto, não se faz possível a manutenção do infante naquele seio familiar. Logo, quando a família for incapaz de fornecer uma estrutura adequada para a criação da criança ou adolescente, esta não estará mais capacitada para exercer o poder familiar. É nesse momento e nesse cenário que o Estado, em exercício de seu dever, intervém no meio familiar, objetivando a garantia da proteção constitucional dos direitos fundamentais dos infantes.

Com base no *caput* do art. 22 do ECA, incumbe aos pais 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. Portanto, o descumprimento das referidas obrigações poderá acarretar na perda do poder familiar. Nesse sentido, o art. 1.638 do CC, elenca os motivos que levam à perda do poder familiar: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Importante salientar que essas medidas possuem natureza imperativa e só podem acarretar na perda do poder familiar por decisão judicial. Todo o procedimento previsto para o processo de perda do poder familiar está descrito, minuciosamente, no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 155 a 163. Gediel (2017) explica que o procedimento terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que é caracterizado por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança. Ressalta, ainda, o autor, que até a finalização

de todo o processo de destituição do poder familiar, a criança/adolescente não está apto à adoção, devendo permanecer em acolhimento institucional ou familiar, aguardando o desenrolar do processo, que por vezes costuma ser moroso.

Essa morosidade é explicada por Sanches e Veronese (2017, p. 246), os quais sustentam que a ruptura dos vínculos com a família natural em decorrência de violações de direitos da criança e do adolescente e o seu acolhimento institucional ou colocação em família substituta, deverá ser sempre excepcional e provisória, obrigando que se assegure a preservação dos vínculos familiares ou a integração à família substituta apenas quando esgotados os recursos para que sejam mantidos nas famílias naturais.

Por fim, importante asseverar que a falta ou carência de recursos materiais não podem constituir motivos suficientes para a perda do poder familiar, nos exatos termos do disposto no art. 23 do ECA. É obrigação do Poder Público o investimento em políticas públicas de atenção à família. Logo, somente a omissão voluntária da família é que autoriza a promoção da competente ação para perda do poder familiar (SANCHES; VERONESE, 2017).

1.3 A MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família natural, na forma do art. 19 do ECA. Sendo assim, o acolhimento é medida excepcional, que deve ser promovido somente quando o infante tem seus direitos fundamentais violados. De acordo com Gediel (2017, p. 23), o acolhimento familiar ou institucional é definido como “medida protetiva cabível naqueles casos em que não for possível ou viável a manutenção da criança e do adolescente com sua família natural”.

A medida de acolhimento é regida por diversos dispositivos legais, dos quais se destacam, principalmente, as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, este sob influência e alterações de outras leis, como a Lei da Adoção, além de programas específicos, como o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária.

Há, assim, duas hipóteses para o acolhimento de crianças/adolescentes: o acolhimento institucional e o acolhimento familiar. Para Ishida (2016), o acolhimento institucional é caracterizado pela permanência da criança ou do adolescente junto a uma entidade de atendimento governamental ou não governamental, popularmente conhecida como abrigo e fiscalizada pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar. Já o acolhimento familiar é feito pelo instituto da guarda provisória, junto a famílias previamente cadastradas para exercício desse encargo.

O acolhimento familiar é, também, conceituado por Liberati (2015) como famílias de apoio, casais hospedeiros, casas lares, creches domiciliares, encontrando respaldo no art. 34 do ECA e no art. 260, §2º, do mesmo dispositivo legal, onde se assegura um repasse financeiro como incentivo para aquelas pessoas ou famílias cadastradas no programa de acolhimento familiar e abertas para acolherem, de forma temporária, a criança ou adolescente desamparado. Ademais, o acolhimento familiar deve ser sempre privilegiado e prevalecer em caso de acolhimento, encaminhando o infante ao acolhimento institucional apenas quando inviável o familiar.

Deste modo, o instituto do acolhimento é uma medida de proteção e tem como objetivo principal a entrega de crianças/adolescentes a determinada pessoa, família ou entidade, para que sejam prestados os cuidados necessários e fundamentais, temporariamente. Ainda, diante do seu caráter meramente provisório, o ECA determina o prazo máximo de 18 meses para o acolhimento institucional perdurar.

Gonçalves (2019) destaca, inclusive, que essa regulamentação de prazo para o acolhimento e para que se efetive a perda do poder familiar, objetiva que a criança/adolescente passe o menor tempo possível acolhida, para que, no futuro, possa lembrar-se do acolhimento como um local de acolhida e não como o local onde passou grande parte de sua infância, ou até mesmo toda ela.

Nesse sentido, relevante foi a redução do referido prazo trazida pela Lei nº 13.509/2017, anteriormente estipulado para, no máximo, dois anos, alterando a previsão do art. 19, §2º, do ECA.

Relevante mencionar que sempre será priorizado o retorno da criança/adolescente para a família natural, devendo, ainda durante o período de afastamento, serem promovidos todos os esforços a fim de que os vínculos com a família natural possam ser reatados, conforme disposto no §3º do art. 19 do ECA. Portanto, somente quando se tornar inviável o retorno à família natural é que se procederá a colocação na família ampliada/extensa e por fim em família substituta.

Mister frisar, ainda, que a referida alteração legislativa de 2017 regulamentou no ordenamento jurídico pátrio o Programa de Apadrinhamento Afetivo, possibilitando, na forma do art. 19-B do ECA que as crianças/adolescentes acolhidas dele participem. O programa tem como finalidade proporcionar vínculos externos à instituição, colaborando com o desenvolvimento dos aspectos sociais, morais, físicos, cognitivos, educacionais e financeiros. Ademais, ressalta-se que, nos termos do §4º do referido artigo, o perfil da criança/adolescente a ser apadrinhado deverá ser definido no âmbito de cada programa, priorizando-se aqueles que possuem remotas possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

2. O PROCESSO DE ADOÇÃO

A adoção é classificada como ato solene em que alguém recebe em sua família uma pessoa estranha e atribui a ela a qualidade de filho, inexistindo relação consanguínea e construindo-se uma relação de parentesco em decorrência de uma decisão judicial (GONÇALVES, 2019).

Após o Código Civil de 1916, que regulava integralmente a adoção de crianças e adolescentes, a Lei 8.069/1990 – ECA passou a reger este instituto, assumindo caráter de medida de proteção e deixando a regulação da adoção de adultos pelo Código Civil de 1916. Somente com a Constituição de 1988, os direitos dos filhos adotados foram igualados aos direitos dos filhos naturais, existindo maior proteção às crianças e adolescentes, nos termos do §6º do art. 226 da CRFB/88. Assim, o sistema de garantias se fez ainda mais eficaz com a publicação da Lei 8.069/90 - ECA. Em 2002, o Código Civil volta a regular a adoção, passando, todavia, a exigir a intervenção judiciária.

Com a vigência da Lei 12.010/09, a regulamentação da adoção de crianças/adolescentes voltou a ser regida apenas pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil passou a fazer referência à adoção de maiores de 18 anos. Assim, finda-se a antiga polêmica sobre qual lei deveria prevalecer, o ECA ou o Código Civil.

Nesse cenário, o artigo 39, §1º do ECA, enfatiza que a adoção é medida excepcional e irrevogável, a qual só será aplicada quando esgotados todos os recursos de manutenção da criança/adolescente na família natural ou extensa. Logo, o instituto da adoção, por se tratar de modalidade de colocação em família substituta, deve ser sempre a última alternativa de inserção da criança/adolescente em um seio familiar.

2.1 OS REQUISITOS LEGAIS PARA ADOTAR

É o Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre os requisitos essenciais que precisam ser preenchidos para que a adoção possa se concretizar. Dessa forma, necessário que haja a inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa; a capacidade e legitimidade do adotante; a existência de reais vantagens para o adotado; o consentimento dos pais do adotado e, no caso de adolescente, o consentimento deste, ou, ainda, a regular destituição do poder familiar, bem como a realização do estágio de convivência entre as partes. Será imprescindível, dessa forma, o cumprimento de requisitos para o deferimento da adoção, os quais estão estabelecidos no art. 42 do ECA.

Dentre os requisitos, importante destacar que a adoção pode ser singular, sendo esta realizada apenas por uma pessoa maior de 18 anos, ou conjunta, a qual é realizada por um casal ligado pelo matrimônio ou por união estável, comprovada a estabilidade da família, nos exatos termos do art. 42, *caput* e §2º do ECA. Sendo assim, ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou viverem em união estável. De maneira excepcional, os divorciados, os separados e os ex-companheiros só poderão adotar conjuntamente se o período de convivência houver iniciado na constância do casamento ou união, ainda, se comprovada existência de vínculos de afinidade e afetividade com quem não for detentor da guarda, devendo acordar sobre o regime de visitas e guarda, conforme previsão do art. 42, §4º do ECA. Ressalta-se, que a idade mínima para adotar é baseada na maioridade civil, logo, o pretendente pode iniciar o processo de adoção ao completar 18 anos e, desde que observada a diferença de 16 anos entre adotante e adotado, na forma do art. 42, §3º, do ECA.

Outro requisito que merece ser destacado é o consentimento, posto que os vínculos de parentesco com a família natural serão rompidos definitivamente a fim de que novos laços familiares sejam criados. Diante disso, o art. 45, *caput*, do ECA, exige que os pais biológicos ou o representante legal concordem com a adoção. Amim (2018) preleciona que quando o consentimento não for obtido, caberá ao Juiz competente decidir se irá destituir os pais biológicos do poder familiar para que a adoção possa se concretizar. Inclusive, há possibilidade de dispensa do consentimento quando os pais forem desconhecidos ou já tenham sido destituídos do poder familiar, bem como, conforme disposto no artigo 45, §2º, do ECA, quando o adotado for maior de doze anos de idade.

Objetivando o preenchimento de todos os requisitos legais exigidos, far-se-á necessário observar, se a adoção apresenta reais benefícios para o adotado, condição prevista no art. 43, do ECA. Amim (2018, p. 403) assevera que a “única e real vantagem que a adoção deve trazer ao adotado, é uma família que o ame, não se devendo ter em plano principal a questão patrimonial”.

No Capítulo III do Título VI da Seção VIII do ECA, estabelece-se o procedimento para habilitação à adoção. Portanto, quando o pretendente decidir por adotar deverá apresentar petição inicial acompanhada dos documentos exigidos pelo art. 197-A do ECA. Bordallo (2018) aduz que a habilitação é um procedimento de jurisdição voluntária que deve ser movido pela pessoa que pretenda adotar, observando as regras do ordenamento jurídico, elucidando que:

> Na petição, o pretendente exporá os motivos pelos quais deseja adotar, bem como a faixa etária aproximada e o sexo da criança que deseja. Os autos serão encaminhados ao Ministério Público, que poderá requerer a designação de audiência para oitiva dos requerentes, bem como formular quesitos para serem atendidos pela equipe interprofissional do juízo e requerer as diligências que

> entender necessárias (art. 197-B do ECA). Os autos serão encaminhados para a equipe interprofissional do juízo para que realize acompanhamento do requerente e emita parecer que indique se a pessoa possui condições de adotar (art. 197-C do ECA). (BORDALLO, 2018, p. 949)

Para a habilitação, na forma do art. 197-C, §1º, do ECA, é obrigatório que os requerentes participem dos programas oferecidos pela Justiça da Infância e da Juventude que incluem preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde e de grupos de irmãos. A lei determina que, sempre que possível, ocorra o contato entre crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional com os requerentes, a fim de facilitar a aproximação das partes. O dispositivo legal define também que o prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção será de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogável por igual período. Cumpridas as exigências e realizado o parecer da equipe técnica, o Juiz proferirá sentença, deferindo ou não a habilitação.

Conforme o art.197-E do ECA, uma vez deferida a habilitação, o requerente será inscrito no Cadastro Nacional de Adoção e no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo - CUIDA e aguardará ser chamado. Estando a criança ou adolescente juridicamente apta à adoção, será realizada a inclusão do seu perfil nos referidos cadastros, que gerará a lista dos pretendentes compatíveis, obedecendo a ordem cronológica da habilitação. Assevera-se que, em regra, apenas as pessoas devidamente inscritas nos referidos cadastros poderão adotar, sendo considerado, portanto, um requisito para o ato. Todavia, o art. 50, §13, do ECA estabelece as hipóteses que permitem a adoção por pessoas que não constam nos cadastros, a exemplo do adoção unilateral, do pedido formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou quando o pedido for oriundo de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade e não seja constatada a ocorrência de má-fé.

2.2 O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Uma das principais alterações legislativas trazidas pela Lei n° 13.509/2017 diz respeito ao estágio de convivência, que consiste no período de aproximação entre as partes envolvidas no processo. Antes da prolação da sentença que concretizará a adoção, o art. 46 do ECA determina a obrigatoriedade do estágio de convivência, para que cada um possa se familiarizar com o outro e assim diminuir o choque e os problemas diários decorrentes da convivência. A adoção será precedida do estágio de convivência, com prazo máximo de 90 (noventa dias), prorrogável por até igual período, mediante fundamentação da autoridade judiciária.

Antes da reforma legislativa acima mencionada não havia prazo de duração do estágio de convivência determinado no texto legal, ficando a critério do juiz, em análise do caso concreto. Ressalta-se que este período pode ser dispensado apenas nos casos em que o adotado já esteja sob tutela ou guarda legal do adotante, tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo, conforme disposto no §1° do art. 46 do ECA. Amim (2018) enfatiza que o período de convivência não pode ser confundido com as visitas realizadas no curso do processo inicial de aproximação, vez que o contato é muito mais intenso. Sobre esse período, Bordallo (2018, p. 242) discorre acerca de sua necessidade, de modo que se faz indispensável para que se verifique o

comportamento das partes no cotidiano familiar, o qual ultrapassa as paredes dos juizados:

> Esta aferição se faz extremamente necessária, pois não basta que o adotante se mostre uma pessoa equilibrada e que nutre grande amor pelo próximo, uma vez que breve e superficial contato nas dependências do Juízo não garante aquilatarem-se as condições necessárias de um bom pai ou boa mãe. Indispensável a realização de acompanhamento do dia-a-dia da nova família, a fim de ser verificado o comportamento de seus membros e como enfrentam os problemas diários surgidos pela convivência.

Impende asseverar que o amor e respeito entre pais e filhos é construído com o tempo e não pode ser exigido de imediato. É imprescindível a observação de que o adotado é, na maioria das situações, vítima de abandono pelos pais biológicos e carrega passado e traumas que o acompanharão pelo resto de sua vida. O estágio de convivência é, portanto, o início de uma família, a criação de nova rotina e o sonho de ambas as partes, segundo Granato (2009, p. 81):

> Esse estágio é um período experimental em que o adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele que a família substituta, bem como a compatibilidade desta, com a adoção. É de grande importância esse tempo de experiência, porque, constituindo um período de adaptação do adotando e adotantes à nova forma de vida, afasta adoções precipitadas que geram situações irreversíveis e de sofrimento para todos os envolvidos.

Nesse viés, resta evidente que a principal finalidade do estágio de convivência é fazer com que adotado e adotante se adaptem e possam permitir que exista um vínculo de amor, confiança e respeito. Ao final deste prazo, a lei determina a elaboração de um laudo fundamentado realizado pela equipe multidisciplinar que acompanhou o processo e dirigido à autoridade judiciária competente, recomendando ou não o deferimento da adoção, conforme redação do artigo 46, §3º-A, do ECA, incluído pela Lei 13.509, de 2017.

2.3 A DESISTÊNCIA NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

A adoção é medida irrevogável, ou seja, após a prolação da sentença com a efetiva transferência da guarda para os novos pais, não é permitido que as partes desistam do ato adotivo.

Entretanto, basta breve consulta aos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ) para constatar que essa não é a atual realidade brasileira. O gráfico a seguir demonstra que, no ano de 2017, sessenta e oito crianças foram adotadas no Estado de Santa Catarina, porém, sessenta e três crianças retornaram às instituições de acolhimento neste mesmo período. Mister frisar que, apesar do termo utilizado no gráfico ter sido “devolvidos”, significa dizer que se tratam daquelas crianças/adolescentes que tiveram interrompidas as aproximações no curso do processo.

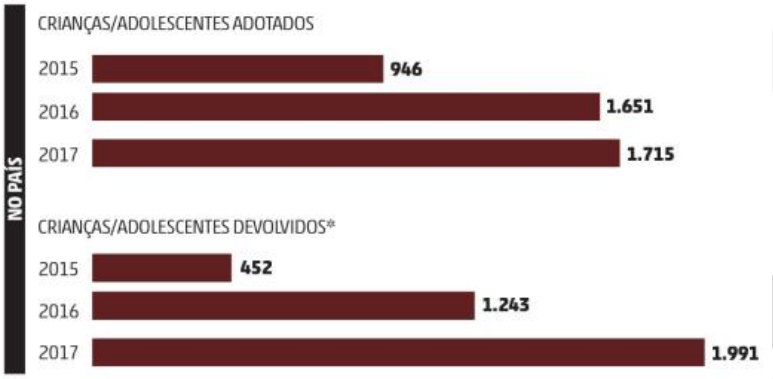
Gráfico 1 - Número de crianças/adolescentes adotados e devolvidos no Estado de Santa Catarina no período de 2015 a 2017.



Fonte: CNJ. Disponível em http://dc.clicrbs.com.br/sc/pagina/multiplos-abandonos.html

Os dados demonstram que, na prática, o número de devoluções vêm aumentando consideravelmente ano após ano, ultrapassando, no ano de 2017, o número de adoções efetivadas. Em 2017 foram 1.715 crianças/adolescentes adotados, ao passo que 1.991 foram devolvidos.

Gráfico 2 - Número de crianças/adolescentes adotados e devolvidos no Brasil no período de 2015 a 2017.



Fonte: CNJ. Disponível em http://dc.clicrbs.com.br/sc/pagina/multiplos-abandonos.html

Percebe-se que a devolução de crianças/adolescentes no curso do processo de adoção vem assumindo contornos de normalidade, o que viola gravemente seus direitos fundamentais. Nesse cenário, o artigo 197-E do ECA ganhou nova redação com a Lei 13.509 de 2017, estabelecendo consequências para o pretendente que desista ou devolva a criança/adolescente:

> Art. 197 - E [...];
> §5 A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

Nesse cenário, cabe destacar que o legislador diferencia a desistência da devolução. A primeira modalidade acontece no decorrer do processo de adoção, durante o momento do estágio de convivência, onde o pretendente possui apenas a guarda para

fins da futura adoção. Já no tocante à devolução, esta acontecerá quando o processo já estiver encerrado, inclusive com o trânsito em julgado da sentença.

Tratando-se a adoção de medida irrevogável, extremamente questionável a redação dada ao art. 197-E, §5º do ECA, que permite a prática da devolução de uma adoção já concretizada. Para Bordallo (2018, p. 951) essa possibilidade é inconcebível:

> É absurda a possibilidade de pensar em devolução de criança/adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção. A nova regra permite que alguém entregue um filho que tenha acabado de adotar. Uma permissão absurda e que não deveria ter sido aprovada. Não se pode comparar esta hipótese a de um pai e uma mãe que entregam seu filho recém-nato para adoção, pois inúmeras questões sociais, financeiras e emocionais podem estar levando os pais àquela decisão, em benefício do próprio filho. Isso é muito diferente da situação em que as pessoas se habilitam para adotar, são avaliadas, passam por um processo longo e manifestam sua vontade de serem pais. Permitir uma coisa desta é permitir que qualquer pessoa queira abrir mão de seu filho quando este começa a lhe dar problemas. É uma norma que assusta neste aspecto.

Ambas as situações previstas no referido dispositivo legal são complexas, tanto a desistência durante o estágio de convivência, quanto a devolução depois de finalizado o processo de adoção. A conduta dos adotantes de “devolver” a criança/adolescente à instituição acolhedora, tratando-os como se fossem um “produto viciado”, afronta de maneira juridicamente inadmissível a situação de confiança e legitimamente dos adotantes, resultando na prática de ato ilícito, na modalidade de abuso de direito, conforme disposto no art. 187 do Código Civil (SILVA; POZZER, 2014). Logo, essa prática poderá acarretar responsabilidade civil, com possibilidade de se fixar indenizações por danos materiais e morais sofridos pelos infantes.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Na presente pesquisa foi realizado o levantamento de dados e características de um determinado grupo em análise, interpretando e assimilando seus aspectos e peculiaridades, de modo a compreender e aprofundar a correlação com o tema explorado. Diante disso, a abordagem qualitativa se adequou ao objetivo da pesquisa em curso, que pretende analisar motivos que levam à desistência pelos adotantes no processo de adoção. Nesse viés, foi realizada “a coleta dos dados a fim de poder elaborar a ‘teoria de base’, ou seja, o conjunto de conceitos, princípios e significados” (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 272).

Quanto ao método de pesquisa, foi empregado o indutivo que parte de um ou mais fenômenos ou comportamentos para chegar a uma questão de generalização plausível, ou seja, “o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam” (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 82).

Assim, a pesquisa foi bibliográfica, que, conforme Matias-Pereira (2016, p. 88), tem a finalidade de “conhecer as contribuições científicas sobre determinado assunto e objetivo de recolher, selecionar, analisar e interpretar as contribuições teóricas já existentes”, concomitantemente, a pesquisa foi documental, a qual, para Farias Filho e Arruda Filho (2015), permite que as hipóteses sejam respondidas por meio da análise de documentos, que são fontes de dados e informações. Dessa forma, a pesquisa de campo documental permitiu que fossem averiguados dados processuais concretos, os quais receberam posterior tratamento analítico, fundamentando o corrente estudo.

Nesse viés, a pesquisa contou com o exame e análise de dados extraídos dos processos de adoção que tramitam na cidade de Joinville, tendo sido observado todo o histórico judicial com a finalidade de estabelecer os motivos que levam à desistência pelos adotantes. Para tanto, a população, compreendida como “a totalidade de indivíduos que possuem as mesmas características definidas para um determinado estudo” (MATIAS-PEREIRA, 2016, p. 93), abrangeu os processos de adoção em trâmite na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC e a amostra utilizada foi referente, especificamente, a todos os casos de desistência (excluindo os casos de devolução) que ocorreram na Comarca de Joinville desde o início da titularidade do atual Magistrado da Vara da Infância e Juventude, compreendido entre os anos de 2012 até o presente ano, o que totalizam apenas 4 (quatro) processos.

Por se tratar de pesquisa de cunho documental, não foi necessária a aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa. Entretanto, para o acesso aos processos, obteve-se a autorização, por meio de termo escrito, do Juiz titular da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC, aprovando o estudo em questão. A pesquisa foi realizada no Fórum da Comarca, no gabinete da vara estudada, sob a supervisão e orientação da assessoria.

Para a devida análise dos processos, foi elaborada uma tabela, a fim de auxiliar na coleta de dados. Esta tabela compreendeu informações referentes a cada um dos processos. Os casos foram intitulados em P1 a P4, com o objetivo de evitar qualquer forma de possível identificação das partes envolvidas.

Já no que concerne à interpretação dos dados obtidos, esta foi realizada com base no método de análise de conteúdo de Bardin (2011), no qual o aspecto levado em consideração é a recorrência das informações, ou seja, a presença ou a ausência de uma determinada característica, ou de um conjunto de características, do conteúdo estudado.

Foram analisadas, portanto, informações processuais referentes a processos reais nos quais ocorreram o encerramento do estágio antes de concluída a adoção de crianças e adolescentes, de modo que, ao final, tornou-se possível a determinação de motivos reincidentes dessa prática, embasando, então, os dados e resultados subsequentes.

4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A partir da realização da pesquisa documental, analisando o andamento de processos, ensejou-se o levantamento de dados correspondentes aos objetivos da presente pesquisa, quais sejam: analisar os motivos que levam à desistência pelos adotantes no processo de adoção. De início, fez-se necessário trazer o histórico judicial de cada caso analisado e, posteriormente, o posicionamento da equipe forense e dos pretendentes à adoção sobre as situações vivenciadas para, por fim, constatar os motivos da desistência.

I - Processo P1: no primeiro processo analisado se verificou que se trata de processo de adoção de um grupo de 6 irmãos, 2 adolescentes e 4 crianças, os quais tiveram efetivada a destituição do poder familiar dos genitores, tendo sido constatada a inviabilidade de separação. Realizada a busca de pretendentes, não foram localizados interessados cadastrados que aceitassem adotar o grupo. Assim, por indicação da equipe da instituição, foi informado o interesse de um casal na adoção. Os pretendentes realizaram o curso para adoção e foi iniciado o processo de aproximação, com encontros entre o casal e os infantes na instituição de acolhimento, bem como através de passeios externos e permanência dos irmãos na residência do casal, que perdurou de 30/10/2013 a

14/02/2014, ocasião em que o casal assinou o termo de guarda e responsabilidade, iniciando o estágio de convivência.

Nos primeiros atendimentos realizados pela equipe forense, o casal demonstrou compreender as demandas do grupo, parecendo bem motivados a superar as dificuldades que surgiram no decorrer da convivência, apresentando postura que combinava com o estabelecimento de regras e de afeto. Todavia, em 19/05/2014, um pouco mais de 03 meses depois do início do estágio de convivência, o casal relatou que não desejava dar continuidade ao processo de adoção, mas sim, que o grupo de irmãos retornasse à instituição de acolhimento, ou seja, desejava realizar a desistência.

Os motivos indicados pelo casal foram: i) a adolescente mais velha de 16 anos, exercia um poder muito forte em relação aos irmãos, ultrapassando a autoridade dos adotantes; ii) os irmãos se fecharam entre si e não estavam permitindo a vinculação, com demonstrações de afeto mecânicas, transparecendo indiferença; iii) alguns hábitos dos irmãos eram incompreendidos, como fala de palavrões, exigências na alimentação, falta de interesse para auxiliar nos afazeres domésticos, principalmente a adolescente mais velha; iv) os infantes não desejavam uma nova família, mas retornar à família natural, havendo uma tia que mantinha contato com eles, o que para o casal estava contribuindo para que o grupo não os desejasse como pais; v) a modificação da rotina do casal que teve diminuído o seu contato, ante as maiores obrigações assumidas, inclusive profissionais.

A análise da equipe forense foi no sentido de que os motivos da desistência da adoção estavam relacionados à resistência do grupo de irmãos em se integrar à nova dinâmica familiar e se vincular ao casal e, principalmente, na expectativa dos pretendentes de perceber atitudes e demonstrações de afeto do grupo, sem compreender que a realidade que eles trazem consigo, marcada por rejeição e abandono, pode interferir no êxito dos vínculos estabelecidos com a nova família, que naturalmente demandariam mais tempo para se adaptarem.

II - Processo P2: o segundo caso analisado trata de um processo de adoção de uma criança de 05 anos que possuía outros cinco irmãos. Após a efetiva destituição do poder familiar dos genitores, realizou-se busca no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo, tendo sido encontrados, na 17ª posição, os futuros pais com vontade de adotar. Antes do início do processo de aproximação foi enfatizada pela equipe a necessidade de manutenção do vínculo da adotada com os irmãos e a existência de problemas de saúde. O período de aproximação se deu de forma positiva, permitindo-se o início do processo de adoção. Passado um mês do início do estágio de convivência, os pretendentes informaram que estavam com dificuldades para lidar com as demandas inerentes à criança, requisitando orientação e auxílio tanto para a equipe do lar onde a criança estava acolhida quanto para a equipe forense. Alegaram que a criança apresentava comportamento muito desafiador, chorava sem motivos, fazia birras e comentava que tinha saudades do irmão, que permaneceu acolhido.

Em visita domiciliar realizada pela equipe forense, a adotante expressou o desejo de que a criança voltasse para o lar, pois acreditava que estava sofrendo com saudades do irmão. Um dia após essa visita, os pretendentes informaram oficialmente que desejavam interromper o processo de adoção. Os motivos indicados pelo casal foram: i) não conseguiam mais ver o grande sofrimento da criança; ii) não possuíam condições emocionais para lidar com as situações apresentadas; iii) a criança chorava dia e noite; iv) a criança começou a rejeitar os adotantes e v) o laço com o irmão era muito mais forte do que o que os pretendentes podiam oferecer.

Já a análise da equipe forense foi no sentido de que o casal não estava disposto a investir na relação e estavam expressando extrema imaturidade, demonstrando que suas expectativas em relação a ter um filho não foram atendidas. A equipe salientou que o comportamento apresentado pela criança poderia ocorrer mesmo que não tivesse irmãos, porém o casal adotante não possuía condições emocionais de lidar com as demandas inerentes ao exercício da paternidade.

III - Processo P3: a terceira situação analisada trata do processo de adoção de uma adolescente de 13 anos. Após a efetiva destituição do poder familiar foi iniciado o programa de apadrinhamento, no qual se formaram vínculos entre a adolescente e suas madrinhas, que eram um casal homossexual.

Realizada a busca no sistema do CUIDA não foi encontrada nenhuma família substituta devidamente cadastrada que aceitasse adotar um adolescente nessa faixa etária. Diante disso, as madrinhas decidiram ingressar com o pedido de adoção. Uma vez iniciado o período de convivência, as pretendentes passaram a realizar contato com a equipe do lar em que a adolescente estava institucionalizada, relatando dificuldades com o comportamento da adolescente, ao contrário do período de apadrinhamento, quando só relatavam situações positivas. Mencionaram, ainda, que a adolescente passou a verbalizar que não tinha mais o desejo de permanecer morando com as pretendentes e que, apesar de considerá-las amigas, não as amava como mães. Por fim, alegaram as pretendentes que foram rejeitadas.

Nesse cenário a equipe forense conversou com a adolescente que informou seu desejo de retornar ao lar. Relatou a adolescente que estava confusa e que não estava preparada para ter as pretendentes como mães. Demonstrou certa dificuldade em ter duas mães e certa vez, inclusive, chamou uma das pretendentes de pai, o que a deixou bastante chateada. As pretendentes informaram à equipe forense que não possuíam mais interesse em continuar com o processo de adoção e os motivos indicados foram: i) a adolescente não amava as adotantes como mães; ii) a adolescente era manipuladora, mentirosa e dissimulada; iii) a adolescente desejava uma família com pai e mãe; iv) que foram as adotantes rejeitadas; e v) que não foram orientadas quanto aos direitos que a guarda lhes proporcionava.

Diante do exposto, a análise da equipe forense foi no sentido de que as pretendentes demonstraram descontrole emocional e nenhuma disposição para tentar outras alternativas, no sentido de garantir o sucesso da adoção. Ainda, perceberam que as pretendentes demonstraram irritação e cansaço com a situação vivenciada, não apresentando nenhuma vontade em fazer com que a adolescente aceitasse a nova família.

IV - Processo P4: durante a análise do último caso selecionado, observou-se que se tratava de processo de adoção de uma criança de 09 anos, tendo sido efetivada a destituição do poder familiar e realizada consulta ao CUIDA, inexistindo pretendentes habilitados para o perfil da criança. O adotante iniciou o processo de habilitação enquanto ainda era casado e, após o seu divórcio, conheceu a criança e informou à equipe que teria interesse em continuar com o processo sozinho. Diante disso, foi deferida a guarda provisória pelo magistrado e as partes iniciaram o estágio de convivência.

A criança foi inserida na dinâmica familiar do adotante, restando evidenciado que a relação entre os dois era muito boa. No segundo contato com o adotante, estava acompanhado da nova namorada, informando a equipe forense que já estavam morando juntos e que ela possui um filho biológico. Nessa nova realidade, o adotado passou a apresentar comportamento difícil, com mudanças drásticas de humor e brigas constantes

com o novo irmão. O adotante procurou os profissionais envolvidos que orientaram o acompanhamento psicológico.

Em nova conversa com a equipe, o adotante informou que o convívio com a criança estava muito mais difícil, pois o menino estava demonstrando muita oscilação de humor, ansiedade e tendo problemas com o filho da sua companheira. Depois da referida conversa, o pretendente informou que fez uma reunião familiar e decidiram que não teria mais condições de dar continuidade ao processo de adoção. Os motivos da desistência indicados pelo adotante foram: i) que a criança apresentava comportamento considerado pela família como inadequado; ii) que brigava muito com o filho da sua companheira; iii) que a criança não obedecia e inventava histórias; iv) que a nova companheira não aceitava a adoção.

A análise da equipe forense foi no sentido de que os motivos da desistência da adoção estavam relacionados à falta de apoio da recente família que o adotante estava constituindo.

Após o levantamento dos dados acima expostos foi dado o devido tratamento, para que fosse possível depreender os motivos que justificassem a desistência nos processos de adoção. Observou-se que o motivo mais recorrente apontado pelos pretendentes foi o comportamento da criança/adolescente, sendo citado que alguns hábitos eram incompreendidos; que o adotado era manipulador, mentiroso e dissimulado e que não obedecia e inventava histórias. Em sequência, outro motivo apontado pelos pretendentes foi a rejeição por parte do adotado e, por fim, o terceiro motivo mais recorrente possui relação com o desejo dos adotados em retornar à família natural. Já no tocante aos motivos para desistência dos adotantes, apontados pelas equipes que acompanharam os processos de adoção, foi apontada a falta de disposição dos pretendentes em investir na relação afetiva e tentar alternativas para que esta seja efetivada, sem compreender a realidade que os adotados trazem consigo, a qual é marcada por rejeição e abandono. Constatou-se também que existe resistência dos adotados de se integrar à nova dinâmica familiar e se vincularem com os pretendentes em razão de todo o trauma que já viveram.

Isto posto, analisando as duas perspectivas verificadas na pesquisa, tem-se que o motivo principal que leva à desistência no processo de adoção está vinculado à integração na nova estrutura familiar, ou seja, na delicada tarefa de construção do vínculo de filiação, vez que, tanto os pretendentes à adoção, como o adotado, precisam estar preparados para enfrentar as dificuldades oriundas da convivência, aceitando e elaborando gradativamente as expectativas e frustrações.

CONCLUSÃO

O instituto da adoção permite que a criança ou adolescente que tenha sido destituído do poder familiar possa ter assegurado o direito fundamental de conviver em família. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, recentemente alterado pela Lei n° 13.509/2017, regulariza as etapas essenciais do processo para que a adoção se concretize. Necessário ressaltar que, no período existente entre o pedido de habilitação até a prolação da sentença, existe o estágio de conivência, o qual, ante a modificação legislativa recente, foi limitado ao prazo máximo de 90 dias.

Diuturnamente existem pretendentes que acabam desistindo do processo de adoção acarretando, inegavelmente, grave violação de direitos das crianças/adolescentes. Nesse viés, o presente trabalho atingiu seu objetivo de perquirir os motivos pelos quais ocorre a desistência no processo de adoção. Sendo assim, através da pesquisa de campo, realizada de forma documental, abrangendo os processos de

adoção em trâmite na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC, verificou-se que, no tocante aos pretendentes à adoção os motivos mais recorrentes para justificar a desistência são: i) o comportamento da criança/adolescente a ser adotado; ii) a rejeição por parte do adotado em relação aos adotantes e, por fim, iii) o desejo dos adotados em retornar à família natural. Por outro lado, em conformidade com os laudos das equipes que acompanham os processos de adoção, os motivos que estas observam como os mais recorrentes para justificar a desistência são: i) falta de disposição dos adotantes em investir na relação afetiva e de tentar alternativas para a adaptação dos adotados e ii) a resistência dos adotados de se integrarem na nova dinâmica familiar e se vincularem com os pretendentes à adoção.

Por fim, percebe-se que nos dois cenários analisados, o principal motivo que leva à desistência no processo de adoção está vinculado à integração das partes envolvidas na nova estrutura familiar, ante a dificuldade de superação, tanto pelos adotantes quanto pelos adotados, das expectativas e frustrações ocorridas para construção do vínculo de filiação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. Disponível em: < https://pt.slideshare.net/RonanTocafundo/bardin-laurence-anlise-de-contedo?related=1>. Acesso em: 17 maio. 2019.

BASTOS, Ângela. Surra de Abandonos. **Diário Catarinense**, Florianópolis, ago. 2018. Disponível em: < http://dc.clicrbs.com.br/sc/pagina/multiplos-abandonos.html>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ação de Adoção. *In:* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 949-960.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Código civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. **Dispõe sobre adoção.** Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. **Dispõe sobre adoção e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FARIAS FILHO, Milton Cordeiro; ARRUDA FILHO, Emílio José Montero. **Planejamento da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. *In*: VERONESE, Josiane Rose. **Direito da criança e do adolescente**: novo curso – novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA. Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Ana dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v. 15, n. 83, p. 35, abr./maio 2014.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção tardia:** devolução ou desistência de um filho? Curitiba: Juruá, 2012.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B DA LEI N. 13.467/2017 ATRAVÉS DE ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Bruna Amorim[1]
Sandro Luis Vieira[2]

Resumo: Este artigo científico pretende expor a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B, que descaracteriza a duração do trabalho e intervalos como normas de saúde, higiene e segurança, e assim viola o princípio da vedação ao retrocesso social. Desta forma, os objetivos se dividiram em, primeiramente, dispor a respeito do princípio da vedação ao retrocesso social, para então tratar da jornada de trabalho enquanto matéria de saúde e segurança do trabalho, e por fim analisar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B perante o princípio da vedação ao retrocesso social. Foi realizado o método de pesquisa exploratória, por meio do procedimento de pesquisa bibliográfica, com o levantamento de referencial teórico, como livros e artigos científicos. Realizada a pesquisa e verificado o entendimento de juristas, acadêmicos e inclusive juízes, se concluiu que, apesar da Lei n. 13.467 de 2017 tentar desvincular a duração do trabalho das normas de saúde e segurança de trabalho, a realidade fática não foi alterada, de forma que tal matéria constitui objeto ilícito de negociação ou acordo coletivo, sob pena de ferir a Constituição de 1988 e o princípio da vedação ao retrocesso social.

Palavras-chave: Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. Jornada de Trabalho. Saúde e Segurança do Trabalho.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca constatar se há inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B perante o princípio da vedação ao retrocesso social, considerando que o referido dispositivo descaracteriza a duração do trabalho e intervalos como matéria de saúde, higiene e segurança do trabalho, permitindo assim a livre negociação coletiva, com prevalência do negociado sobre o legislado.

A Reforma Trabalhista trazida pela Lei n. 13.467 de 2017 modificou muitos aspectos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Enquanto algumas mudanças vieram para atualizar a CLT, que é de 1943, e flexibilizar positivamente o direito do trabalho, outras mudanças buscaram o enfraquecimento do trabalhador e do movimento sindical perante o empregador, respondendo assim às demandas empresariais.

Ocorre que tais mudanças ferem a Constituição de 1988 em diversos pontos, sendo necessário assim o trabalho dos juristas e da comunidade acadêmica em apontar tais inconstitucionalidades e não permitir a sua aplicação, de forma a não violar os direitos dos trabalhadores já conquistados.

O primeiro capítulo visa a análise do princípio constitucional da vedação ao retrocesso, que impede que após a concretização de um direito social, o Estado decida por suprimir esse direito, deixando o cidadão vulnerável. O princípio garante a segurança jurídica para o trabalhador, que já está em situação de hipossuficiência perante o seu empregador, e portanto tem seus direitos garantidos, tendo em vista que estes não podem ser retirados por qualquer tipo de movimento, seja sindical, político ou social.

Ao segundo capítulo, foi abordada a questão da jornada de trabalho, englobando a duração do trabalho e seus intervalos, enquanto matéria de saúde e segurança do trabalho, onde se constatou que é sedimentado o entendimento que a jornada de trabalho excessiva acarreta em diversos prejuízos para a saúde do trabalhador, aumentando inclusive a ocorrência de acidentes de trabalho fatais, e diminuindo a sua produtividade.

1. Aluna da Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade de Joinville – UNIVILLE. Advogada. E-mail: b.amorim.adv@gmail.com.
2. Advogado. E-mail: adv.sandrovieira@gmail.com.

Por fim, considerando o referencial teórico antes trazido, o último capítulo trata da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B da CLT, tendo em vista que este desconsidera a jornada de trabalho enquanto norma de saúde e segurança do trabalho.

Foi realizada uma pesquisa exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica, com o levantamento de referencial teórico, como livros e artigos científicos, em que pôde constatar o entendimento majoritário à respeito do tema.

1. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A relevância normativa dada aos princípios constitucionais, sejam eles expressos ou não, é evidente em todo o ordenamento jurídico, tendo em vista a sua previsão na própria Constituição Federal, que traz princípios basilares desde os primeiros artigos, e ainda trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo assim a relação de proximidade entre as duas matérias.

Com a definição dos direitos sociais, o constituinte elevou o direito do trabalho à condição de norma constitucional, e assim foi imposta uma ordem de regras especiais a este ramo do direito, tendo em vista que trata de diversos direitos fundamentais elencados no art. 7º da Constituição Federal.

Jorge Reis Novais revela assim, que “após a consagração dos direitos sociais na Constituição [...] toda a posterior atividade da hermenêutica jurídica se deve orientar para a maximização da sua realização” (2010 *apud* CALADO, 2019), permitindo assim ao jurista que possa ampliar a proteção jurídica dos trabalhadores.

Destarte, os princípios asseguradores dos direitos sociais são vinculantes e obrigatórios no sentido normativo em geral, não devendo assim ser tratados como metas ou projetos abstratos, e sim como normas concretas, servindo como parâmetro para o controle judicial da constitucionalidade:

> Em suma, uma vez densificada a norma-princípio constitucional, o legislador não poderá suprimir a regulamentação sem uma correspondente compensação ou alternativa. A tese da irreversibilidade de direitos fundamentais sociais assume a função de guarda de flanco desses mesmos direitos, garantindo a concretização já obtida. Conquanto não exista um imperativo de avanço desses direitos, proíbe-se o seu retrocesso (LACERDA, 2017).

A força normativa da Constituição é o que mantém a sua supremacia sobre as leis infraconstitucionais, sendo necessário que toda a atuação legislativa e executiva seja guiada pelas normas constitucionais, principalmente pelos princípios, de forma que os padrões valorativos sejam alcançadas, junta da máxima efetividade social.

Se já não bastasse a máxima da irreversibilidade dos direitos fundamentais, o art. 7º elencou um rol de direitos sociais direcionados ao trabalhador rural e urbano, e por meio da última parte do caput - “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social” - vinculou tais direitos ao princípio da vedação ao retrocesso social, tendo em vista que, a partir daquele momento, os direitos só poderiam ser modificados para melhorar a condição do trabalhador, e não retroceder em suas conquistas (BRASIL, 1988).

O princípio da vedação ao retrocesso social é considerado por Geraldo Magela Melo como uma “garantia constitucional implícita”, pois tem como origem a “matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria” (MELO, 2010).

Luís Roberto Barroso (2006, p. 152-153 *apud* KÜLZER, CAVALIERI; 2013, p. 39-40) revela:

> Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Dessarte, tal princípio dá a segurança jurídica ao trabalhador ao impedir que o Estado retroceda após a implementação de um direito fundamental e assim deixe o trabalhador vulnerável, devendo haver, neste caso, uma medida compensatória que garanta a sua proteção.

Inclusive, sob o ponto de vista do direito internacional do trabalho e dos direitos humanos, Maurício Godinho Delgado revela que, em caso de contraposição de regras internacionais e normas internas do país, a primeira diretriz a ser utilizada de forma a interpretar a norma a ser aplicada deve ser o princípio da vedação do retrocesso, devendo assim "traduzir somente confirmações ou avanços civilizatórios no plano interno a que se dirigem, não podendo prevalecer caso signifiquem diminuição de padrão protetivo em contraponto com as regras internas" (DELGADO, 2017, p. 65).

Sendo assim, o princípio é inerente aos direitos humanos, e deve impedir qualquer alteração legislativa constitucional, ou até da sua interpretação judicial, que possa comprometer o progresso em prol do cidadão, causando retrocessos sociais ou culturais de direitos sociais já concretizados, guiando assim o direito do trabalho por um caminho progressista, em que nem mesmo movimentos sindicais, sociais ou políticos possam promover a subtração de direitos constitucionalmente garantidos.

Lima e Costa (2018) revelam a importância da análise do princípio para a seara do direito do trabalho, tendo em vista seu caráter social e aplicação do seu objetivo em proteger o trabalhador, que é a parte hipossuficiente dentro da relação de trabalho, pois não possui poder suficiente para proteger seus interesses em face do empregador.

Isto porque a função do direito do trabalho é de humanizar o sistema capitalista em geral, e a situação de hipossuficiência, seja econômica ou social, do empregado perante o empregador, coloca-o em posição de grande vulnerabilidade, necessitando assim de mecanismos que impeçam a opressão de seus direitos.

O princípio da vedação do retrocesso social é uma das principais normas a protegerem o trabalhador da poderosa influência que o empregador possa exercer, bem como de falácias utilizadas para a supressão dos seus direitos, como por exemplo a possibilidade da criação de novos postos de trabalho ou a melhoria da economia brasileira (LACERDA, 2017), dizeres estes utilizados pelo Poder Público e pela mídia para promover a Reforma Trabalhista, por exemplo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já possuía a previsão do princípio, quando cita em seu preâmbulo a necessidade da adoção de medidas

progressivas, seja em ordem nacional ou internacional, que promova os direitos sociais previstos nos demais artigos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 também trata do compromisso dos Estados em adotar medidas progressivas que assegurem o pleno exercício dos direitos reconhecidos no pacto (LACERDA , 2017).

Desta forma, a vedação ao retrocesso social revela uma íntima relação com os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, de forma que o Estado democrático deve suprir as expectativas geradas e continuar a agir de maneira progressiva, sempre melhorando e ampliando os direitos sociais dos trabalhadores e da sociedade em geral.

2. A JORNADA DE TRABALHO ENQUANTO MATÉRIA DE SAÚDE DO TRABALHADOR

No presente artigo, o termo jornada de trabalho deve ser entendido no sentido amplo, incluindo assim questões relacionadas às horas extras e intervalos intrajornada e interjornada.

A limitação da jornada de trabalho, conforme revela Oscar Krost (2007), foi uma das maiores conquistas da classe trabalhadora no século XIX, e nasceu durante uma greve em Chicago, em que se levantou a máxima “8 horas de trabalho, 8 de repouso e 8 de educação”.

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, foi realizada a primeira Conferência Internacional e adotadas seis convenções, em que a primeira delas previa a limitação de jornada para 8 horas diárias e 48 horas semanais, atendendo a uma das principais reivindicações do movimento sindical (MELO, 2018).

A Convenção n. 155 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 1.254 de 1994, também revela que a utilização do termo saúde no aspecto do trabalho não deve ser limitada às ausências de afecções e doenças, pois abrange também qualquer outro elemento físico e mental que afete a saúde do trabalhador, estando assim diretamente ligados à segurança e higiene do trabalho (BRASIL, 1994).

Desde então, a fixação de um limite das horas trabalhadas possui como objetivo considerar que o trabalhador, diferente da máquina, é ser humano e possui seu direito à dignidade, necessitando assim dedicar parte do seu tempo não só para descanso, mas também para o estudo e aprimoramento pessoal, práticas de atividade física e lazer em geral.

De fato, Borges e Loguércio (2009, p. 47) revelam que o entendimento majoritário da doutrina é de que existem três aspectos a serem observados quando se fala da questão da jornada de trabalho. Os repousos e descansos do trabalhador possuem efeitos físicos, que se trata da recuperação de seu organismo, os efeitos sociais, tendo em vista que o empregado necessita da convivência com sua família e amigos, e por fim o efeito econômico, que garante a continuidade da capacidade reprodutiva do trabalhador.

Além da preservação da dignidade do empregado, a limitação da jornada diária, bem como a conservação dos intervalos, é essencial para a preservação da integridade física e mental do trabalhador, evitando assim os riscos de acidentes de trabalho causados em razão da exaustão.

Inclusive, Krost (2007) também cita decisão do Juiz Jorge Souto Maior, do TRT da 15ª Região:

> EMENTA: MOTORISTA DE CAMINHÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 62, I, DA CLT. OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DE CONTROLE DE JORNADA. HORAS

> EXTRAS. CABIMENTO. Baseado na ideia equivocada de que os motoristas de caminhão não estão sujeitos a limite de jornada, tem-se estabelecido a sua remuneração em conformidade com os quilômetros rodados ou por comissões, sendo que, por tal motivo, estes motoristas, para receberem uma remuneração maior, acabam trabalhando em jornadas excessivas. Com isso, no entanto, põem em risco não só a sua vida como a de todos que trafegam nas rodovias. Para correção dessa situação, de interesse público, há de se pensar no direito que todos nós temos de que esses empregados trabalhem menos. Neste sentido, o passo jurídico a ser dado é o de excluí-los da excepcionalidade prevista no inciso I, do art. 62, atribuindo ao empregador a obrigação de possuir controles efetivos das suas jornadas de trabalho. Este controle, aliás, é sempre possível (basta lembrar dos caminhões que trazem a inscrição, 'veículo rastreado por radar') e sob o prisma do direito ao não-trabalho é até mesmo uma obrigação do empregador, o que implica dizer que recai sobre si o encargo da prova das horas de trabalho, em eventual discussão em juízo a seu respeito.

É evidente que a exposição do trabalhador, principalmente em funções como motorista de caminhão, a extensas horas de trabalho afeta a sua saúde e aumenta o risco de acidentes, colocando não apenas a sua vida em risco, como de terceiros também.

Os estudos de saúde e segurança laboral avançam no sentido de que o prolongamento das horas em que o trabalhador exerce determinada atividade ou é exposto a um ambiente laboral pode ser decisivo para a caracterização da insalubridade, sendo que a redução da jornada é medida de prevenção a ser adotada pelas empresas, seguindo a lógica da medicina moderna.

Assim, revela Delgado (2017, p. 974): "as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública."

Por sua vez, a Súmula n. 437 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe sobre o intervalo intrajornada e revela em seu inciso II (BRASIL, 2012):

> II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Portanto, é de comum entendimento da doutrina e jurisprudência que a jornada de trabalho, e por sua vez os intervalos, são matérias de saúde laboral, e assim são capazes de afetar a vida pessoal do trabalho, prejudicando seu convívio familiar, e inclusive aumentando os riscos de acidente do trabalho, transcendendo assim o caráter econômico.

Tendo em vista o caráter de saúde pública, a Constituição também dispôs sobre as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho em seu art. 7º, revelando: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;".

O inciso XXII do Art. 7º obriga o legislador infraconstitucional a prever normas que realizem política de prevenção e redução dos riscos existentes no ambiente de trabalho, como a extensão da jornada de trabalho e a exposição a ambientes ou atividades insalubres e perigosas, sob pena de agir contrariamente à norma constitucional.

Conforme Mourão (2017), a Carta Magna “é harmônica no sentido de conferir uma maior proteção a saúde do trabalhador [...] por intermédio da estruturação dos incisos do art. 7° da Constituição [...]”.

Inclusive, a decisão constitucional em garantir a proteção à saúde do trabalhador, lhe proporcionando um ambiente de trabalho seguro, também tem seu viés econômico, tendo em vista que o aumento da ocorrência de acidentes que trabalho que possam acarretar morte ou invalidez do empregado gera grande oneração à Previdência Social.

De fato, Piovesan (2011, p. 51 *apud* BROLIO, TOKARSKI; 2018) trata dos desafios dos direitos humanos no âmbito internacional, e à respeito da necessidade de proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais em face da globalização, revela: “O quarto desafio relaciona-se com o terceiro, na medida em que aponta aos dilemas decorrentes do processo de globalização econômica, com destaque à temerária flexibilização dos direitos sociais”.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B

A Lei n. 13.467 de 2017, que realizou a Reforma Trabalhista, trouxe algumas modificações em relação a jornada de trabalho, permitindo que as convenções e acordo coletivos disponham sobre o assunto, com prevalência sobre o disposto em lei. Assim revela o art. 611-A, *in verbis*:

> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
> I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
> II – banco de horas anual;
> III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (BRASIL, 2017)

O art. 611-B, por sua vez, traz o rol de direitos que não devem ser suprimidos ou reduzidos pela convenção ou acordo coletivos, sendo basicamente alguns daqueles já previstos em sede constitucional, em que merece destaque o inciso XVII, que proíbe a supressão ou redução de direitos relacionados à saúde, higiene e segurança do trabalho:

> Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
> [...]
> XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
> [...]
> Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (BRASIL, 2017)

Ocorre que o legislador, tentando contornar a ordem constitucional que garante a saúde do trabalhador como direito indisponível, adicionou o parágrafo único acima citado, que exclui as regras de duração do trabalho e intervalos, e assim permite a livre negociação, inclusive com possibilidade de supressão ou redução desses direitos.

Conforme Maior e Severo (2017, p. 340), essa disposição “evidencia resposta do empresariado brasileiro, devidamente representado no Congresso Nacional, à Justiça do Trabalho, à parte considerável da doutrina e de juristas da área trabalhista [...]”.

Evidentemente a reforma buscou dar liberdade de negociação coletiva aos casos envolvendo a jornada de trabalho de modo geral, e tendo em vista que a saúde do

trabalhador se trata de direito indisponível, buscou excluir as questões de duração do trabalho e intervalos dessa seara.

De fato, conforme Andrea M. L. Pasold, juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, o parágrafo único busca a permissão de "negociação quase irrestrita sobre as jornadas do trabalho e os intervalos (intra e interjornada), o que só é possível com essa ressalva, considerando o inc. XVII do próprio art. 611-B" (LISBÔA, MUNHOZ; 2019, p. 335)

No entanto, a previsão em lei, independente da intenção do legislador, não é capaz de alterar a natureza dos fatos, tendo em vista que aqui a discussão não é jurídica, e sim médica laboral (ZIMMERMANN, 2017, p. 242).

Não pode o legislador querer desafiar as leis da natureza e se contrapor à ciência médica, desconsiderando assim estudos científicos que atestam os efeitos da jornada excessiva, a falta de repouso e os turnos ininterruptos de revezamento para a saúde e segurança do trabalhador, que se expõe a diversas enfermidades, bem como ao risco de acidente de trabalho e até o envelhecimento precoce (BARROS, 2016 *apud* REIS, RODRIGUES; 2017).

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 269-270) expõem sobre a incompatibilidade do parágrafo único do art. 611-B com a Constituição Federal de 1988:

> Entretanto, na direção antitética ao padrão constitucional prevalecente e ao princípio da adequação setorial negociada, apresenta-se o parágrafo único do art. 611-B. De fato, esse preceito normativo intenta autorizar ampla margem para a negociação coletiva no tocante a regras sobre duração do trabalho e também sobre intervalos trabalhistas, ao fundamento de não as identificar como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Ora, o parágrafo único do art. 611-B promove alargamento extremado dos poderes da negociação coletiva trabalhista, em particular no que toca à sua nova prerrogativa de deteriorar as condições contratuais e ambientais de trabalho. Se prevalecer a interpretação meramente gramatical e literalista desse dispositivo - ao invés de ser ele decantado pelos métodos científicos de interpretação do Direito -, a nova regra legal irá se apresentar como inusitado veículo de desconstrução direta e/ou indireta do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas. A interpretação gramatical e literalista do novo preceito legal pode abrir seara de negligência com a saúde, o bem-estar e a segurança dos indivíduos inseridos no mundo do trabalho, além de comprometer as igualmente imprescindíveis dimensões familiar, comunitária e cívica que são inerentes a qualquer ser humano. Se não bastasse, essa censurável interpretação também comprometeria o combate ao desemprego, desestimulando a criação de novos postos laborativos pelas entidades empresariais. A Constituição Federal, relativamente à proteção do ser humano e de sua saúde, afirma inequivocamente o princípio da inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º da CF), corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF) e do princípio da centralidade dessa pessoa na ordem jurídica e na vida socioeconômica (art. 1º, 11, ITI e IV; art. 3º, I, IIT e IV; art. 5º, caput, III e XXITI; art. 7º, XXII; art. 170, caput, III, VII e VIII; art. 193; art. 196; art. 200, caput e VIII, todos da CF). Não há como, dessa maneira, a singela disposição jurídica ordinária (parágrafo único do art. 611-B da CLT) fazer tabula rasa de todo o estuário normativo constitucional arquitetado em respaldo à saúde da pessoa humana trabalhadora.

A Reforma Trabalhista trazida pela Lei n. 13.467 de 2017 apresentava como uma das justificativas para as mudanças na legislação vigente a criação de novos empregos

proporcionada pela flexibilização das normas. Porém, quando esta busca a possibilidade em se realizar jornadas laborais excessivas, se dispensa a necessidade em contratar mais trabalhadores, que normalmente preencheria os horários de vacância (LISBÔA, MUNHOZ; 2019, p. 336).

Assim, a inclusão do parágrafo único do art. 611-B, permitindo que o intervalo para descanso, lazer e alimentação seja reduzido, contraria o princípio da vedação ao retrocesso social, tendo em vista que viola o direito à vida, o direito à dignidade da pessoa humana e o princípio da centralidade da pessoa na ordem jurídica e na vida socioeconômica, todos previstos constitucionalmente, ao reduzir o direito do trabalhador à proteção de sua integridade física e mental.

É retrocesso também em continuar a insistir na ideia de que o trabalhador deve ser levado a sua exaustão, de forma a extrair o máximo possível de sua força laboral. Em muitos países ocidentais desenvolvidos, já se reconhece que a busca por maior eficiência e qualidade de trabalho em menos horas laboradas é muito mais produtiva e lucrativa. O incentivo ao lazer inclusive é utilizado como motivador para o trabalhador (LISBÔA, MUNHOZ; 2019, p. 336).

O dispositivo citado também exerce influência sobre o intervalo intrajornada, tendo em vista que a Lei 13.467 de 2017 também prevê que a convenção ou acordo coletivo podem dispor sobre o intervalo destinado à alimentação, podendo suprimi-lo em até 30 minutos.

É claro que, sob o ponto de vista de muitos trabalhadores, a redução do intervalo intrajornada pode ser visto de maneira positiva, tendo em vista que proporciona a este encerrar sua jornada em até 30 minutos antes, e assim realizar suas atividades pessoais, como algum tipo de lazer, ou ter mais tempo para estar com a família.

Porém, o empregado não tem conhecimento dos efeitos que esta supressão do intervalo pode ocasionar para a sua saúde, sendo papel do direito do trabalho, assim, protegê-lo.

Dessa forma, tal disposição proporcionada pela Reforma é inconstitucional, conforme Viegas (2017), quando permite que o intervalo destinado para repor energias e preservar a saúde do empregado possa ser negociado coletivamente, ainda mais se considerar que muitas categorias ainda carecem de uma representação sindical de qualidade:

> Nesse contexto, pode ocorrer de comparecerem apenas poucos trabalhadores da categoria em uma Assembleia e lá ser deliberada a flexibilização do horário de intervalo de descanso e alimentação do trabalhador, preocupante tal alteração. Dessa forma, a reforma trabalhista pretende negar que o intervalo intrajornada seria uma norma de saúde e higiene do trabalho, uma inconstitucionalidade, em face da proteção constitucional da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho (VIEGAS, 2017).

Na opinião da juíza Valdete Souto Severo (2017), ao instituir a prevalência do negociado sobre o legislado, a Reforma Trabalhista seguiu com o seu objetivo em desproteger o trabalhador e deixa-lo ao arbítrio dos empregadores.

A situação dos sindicatos é precária, carecendo de subsídios que possam prover o seu sustento, bem como a fragilização dos trabalhadores vítimas da terceirização e da falta de garantia de emprego enfraquecem o movimento sindical no todo. Revela:

> Ignora, ou finge desconhecer o relator, que a negociação coletiva é o modo como o capital e o trabalho estabelecem as regras de convivência pacífica. É através

> dela que o trabalhador garante as condições para que essa convivência continue existindo, para além do mínimo concedido por um Estado declaradamente liberal. Ultrapassado de modo definitivo o estágio em que o Estado do bem-estar-social foi forjado para que o capitalismo estabelecesse "um compromisso de classe" para "conter a proletarização", o sindicato talvez seja a última arma de resistência contra o aniquilamento dos direitos do trabalhador. E para isso, contribui de forma decisiva a atuação do Estado-Juiz, quando do exame das normas coletivas (SEVERO, 2017).

Justamente em razão de se reconhecer a ausência de igualdade na relação de trabalho é que o Direito do Trabalho foi criado, como forma de reconhecer a vulnerabilidade do trabalhador e assim lhe dar ferramentas de proteção, que seriam as garantias jurídicas que estabelecem um patamar mínimo de direitos fundamentais indisponíveis.

O direito coletivo do trabalho, com o sindicato como protagonista, possuía um patamar mínimo de onde partir as negociações, sendo que agora se tornou na realidade o ponto de chegada, em que as negociações coletivos podem ser tão somente restritivas de direito, sem qualquer retorno para o empregado (REIS, RODRIGUES; 2017).

Tendo em vista que o princípio constitucional da vedação do retrocesso social impede que os direitos já conquistados pela classe trabalhadora sejam suprimidos, e que especialmente o art. 7º inciso XXII disponha sobre a necessária redução de riscos inerentes ao trabalho, sendo este um direito fundamental, fica evidenciada assim a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B, que tenta quebrar a relação entre a duração do trabalho e a saúde e segurança do trabalhador.

Não obstante, o dispositivo também viola regras do direito do trabalho internacional, tendo em vista que a Convenção n. 155 da OIT determina a adoção de políticas que promovam a saúde e segurança da classe trabalhadora, enquanto que a Lei 13.467 de 2017 causará apenas a precarização desse direito (LIMA, COSTA; 2018).

O Enunciado n. 34 da Anamatra em sua 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, revela, *in verbis* (LISBÔA, MUNHOZ; 2019, p. 337):

> INTERVALO INTRAJORNADA COMO NORMA DE SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICA. I – Regras sobre o intervalo intrajornada são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e, por consequência, de ordem pública, apesar do que dispõe o art. 611-B, parágrafo único da CLT (na redação da Lei n. 13.467/2017). II – O estabelecimento de intervalos intrajornadas em patamares inferiores a uma hora para jornadas de trabalho superior a seis horas diárias é incompatível com os artigos 6º, 7º, inc. XXII, e 196 da Constituição.

Conforme a juíza Andrea Pasold (LISBÔA, MUNHOZ; 2019, p. 337), acompanhando o entendimento dos demais magistrados de Santa Catarina representado pela Anamatra 12, o parágrafo único do art. 611-B é inconstitucional de maneira patente, considerando tanto o princípio da dignidade da pessoa humana, como os valores sociais do trabalho, incluindo assim o princípio da vedação do retrocesso social.

Deve assim as regras relacionadas aos intervalos intrajornada e interjornada, e à jornada de trabalho de modo geral, continuarem a serem consideradas matéria de saúde, higiene e segurança do trabalho, configurando objeto ilícito de convenção ou acordo coletivo, sob pena de contrariar norma constitucional.

CONCLUSÃO

Em sede de Constituição, incluindo ainda os direitos humanos e direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente, o princípio da proibição ao retrocesso social se configura em uma garantia constitucional que, embora implícita, veda ao legislador que retroceda nos direitos fundamentais já concretizados e os torne ineficazes, prejudicando assim os trabalhadores.

Considerando a situação de vulnerabilidade que o trabalhador se encontra frente ao seu empregador, o princípio busca assim uma segurança jurídica, de que os direitos conquistados mediante suor e luta sejam desconsiderados pelo legislador infraconstitucional, independentemente da situação política vigente.

Em que pese a Reforma Trabalhista tenha trazido algumas mudanças positivas, pela visão do trabalhador, é evidente que em sua grande parte foi liderada pelo empresariado brasileiro, que possuindo representação no Congresso Nacional, fez ouvir suas demandas.

Uma das principais mudanças foi a prevalência do negociado sobre o legislado, representados principalmente pelo art. 611-A, que traz o rol de direitos passíveis de negociação coletiva, e o art. 611-B, que traz o rol de direitos que constituem objeto ilícito de convenção ou acordo coletivo, que promovem a precarização dos direitos trabalhistas de modo geral.

O inciso XVII do art. 611-B veda a negociação sobre normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, porém em seguida o parágrafo único vem descaracterizar a duração de trabalho e seus intervalos como referida matéria, permitindo assim a sua livre negociação.

O legislador não pode alterar a realidade fática das coisas. A jornada de trabalho é reconhecida como parte importante das normas de saúde e segurança do trabalho, tendo em vista que a falta de descanso e o acúmulo de horas trabalhadas são responsáveis por muitos acidentes de trabalho e doenças físicas e mentais, causando assim prejuízos para a saúde, e inclusive produtividade, do trabalhador.

Assim o parágrafo único do art. 611-B esvazia o princípio da vedação ao retrocesso social, tendo em vista que permite a supressão de um direito conquistado pelo trabalhador à duras penas, qual seja a jornada de trabalho de 8 horas diárias, bem como os intervalos intrajornada e interjornada.

A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B é patente, sendo entendimento sedimentado da doutrina e juristas em geral, inclusive pelos magistrados da Justiça do Trabalho de Santa Catarina, representados pela Anamatra 12. O dispositivo atenta contra a Constituição Federal de 1988 por diversos aspectos, mas especialmente por violar o art. 7º, XXII, que dispõe sobre o direito do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de segurança e saúde.

É evidente o retrocesso social proporcionado pela Reforma Trabalhista, e especialmente o parágrafo único do art. 611-B, que nega ao trabalhador o seu direito fundamental de proteção da sua saúde e segurança, e o coloca em posição de maior vulnerabilidade perante o empregador, quando desvencilha a jornada de trabalho da matéria de saúde e segurança do trabalho, e assim permite que os seus direitos sejam sucateados e vendidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Altamiro; LOGUÉRCIO, Antônia Mara Vieira. **Questões polêmicas sobre a jornada de trabalho**. Porto Alegre: Notadez/HS Editora, 2009.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 437**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 jul 2019.

BRASIL. Decreto n. 1254, de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm > Acesso em 29 jun 2019.

BRASIL. Decreto n. 1254, de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm > Acesso em 29 jun 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em 30 jun 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm]. Acesso em: 28 jun 2019.

BROLIO, Raphael Jacob; TOKARSKI, André Pereira Reinert. Possíveis Inconstitucionalidades Do Parágrafo Único Do Art. 60 Da Clt. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 188/2018. p. 149 – 166. Mar - Abr / 2018.

CALADO, Veronica; SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Sobre a (In)Compatibilidade do Art. 611-A da CLT com o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 201/2019. p. 219 – 236. Maio / 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 65.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

KROST, Oscar. Releitura Do Conceito De Atividade Externa Incompatível Com Fixação De Horário: Uma Abordagem Vinculada Aos Direitos Fundamentais. **R. do Trib. Reg. Trab. 12ª R.**, Florianópolis, v. 14, n. 23, p. 270-282, 2007.

KÜLZER, José Carlos; CAVALIERI, Marianna Coutinho; *et al* (coord.). **Direito do Trabalho Efetivo**: homenagem aos 30 anos da AMATRA 12. São Paulo: LTr, 2013.

LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. Crítica Às Alterações Na Jornada De Trabalho Decorrentes Da Reforma Trabalhista À Luz Do Princípio De Proibição Do Retrocesso Social. **Revista dos Tribunais**. vol. 984/2017. p. 109 – 128. Out / 2017.

LIMA, Gustavo Galassi; COSTA, Mariana Ozaki Marra da. A Reforma Trabalhista E O Princípio Da Vedação Ao Retrocesso Social: Impactos Do Parágrafo Único Do Artigo 611-B Da Clt Sobre Os Trabalhadores. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**. n. 15. p. 285 – 294. Brasília, 2018.

LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio. (org.) **Reforma Trabalhista comentada por juízes do trabalho**: artigo por artigo. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1. Ed. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MELO, Geraldo Magela. Vedação ao retrocesso social. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65, jul.-dez.2010.

MELO, Raimundo Simão. **O papel do Direito do Trabalho na sociedade contemporânea**. Publicado em 20 abr 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-20/reflexoes-trabalhistas-papel-direito-trabalho-sociedade-contemporanea> Acesso em 26 jun 2019.

MOURÃO, Natália Lemos. A Inconstitucionalidade da Jornada do Trabalho na Reforma Trabalhista. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 184/2017. p. 19 – 36. Dez / 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf]. Acesso em: 27 jun 2019.

REIS, Daniela Muradas; RODRIGUES, Adriana L. S. Lamounier . A Reforma Trabalhista E O Agravamento Da Crise Do Direito Sindical Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 985/2017, p. 89 – 103, Nov / 2017.

SEVERO, Valdete Souto. **Análise da Reforma Trabalhista**. Publicado em 19 abr 2017. Disponível em: <www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>. Acesso em: 28 jun 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Reforma Trabalhista: Uma Análise Dos Efeitos Jurídicos Das Principais Modificações Impostas Pela Lei 13.467/2017. **Revista dos Tribunais**. Vol. 985/2017. p. 43 – 71. Nov / 2017.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **Reforma Trabalhista Interpretada**. 2. Ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2017.

OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NOS CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

Bruna de Andrade Ferreira[1]
Janaína Silveira Soares Madeira[2]

Resumo: O presente artigo trata dos elementos caracterizadores da subordinação jurídica nos contratos de representação comercial a luz da jurisprudência trabalhista. O tema é importante eis que é tênue a distinção entre o trabalho desenvolvido pelo representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886/65 e aquele desempenhado pelo empregado com vínculo empregatício. Os institutos são diversos, porém muito se assemelham, sendo que o traço distintivo costuma ser a subordinação jurídica. Assim, o objetivo geral do presente trabalho é analisar como são tratados na jurisprudência trabalhista os pressupostos necessários para caracterizar a subordinação jurídica nos contratos de representação comercial. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados apontam que a subordinação jurídica é indispensável para o reconhecimento do vínculo de emprego, contudo, há na jurisprudência divergência sobre quais seriam os elementos caracterizadores dessa subordinação, deixando margem para diferentes interpretações, que são costumeiramente solucionadas de acordo com o livre convencimento do juiz. Não obstante, diante da análise dos julgados proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – TRT12, constata-se que a demonstração de exigência pela representada quanto a metas, presença em reuniões, uso de materiais específicos, entre outros, ante a previsão do art. 28, da Lei 4.886/65, por si só, não caracteriza o vínculo de emprego, todavia, a comprovação de fixação e controle de jornada laboral e o pagamento de valores diversos de comissões, são as principais circunstancias que podem comprovar a subordinação jurídica, eis que seriam situações incompatíveis com a autonomia inerente ao contrato de representação comercial.

Palavras-chave: Subordinação Jurídica. Representação Comercial. Vínculo de Emprego.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico trata dos elementos caracterizadores da subordinação jurídica nos contratos de representação comercial, admitidos pela jurisprudência trabalhista para fins de reconhecimento da existência de vínculo de emprego.

Para descaracterização do contrato de representação comercial é imprescindível à presença concomitante de todos os requisitos do art. 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade da prestação do serviço, além de assunção dos riscos da atividade econômica, nos termos do art. 2º da mesma Consolidação.

A evolução das atividades econômicas fez com que surgissem novos negócios empresariais e, consequentemente, foram criados ~~novos~~ (se foi criado é porque é novo) institutos jurídicos distintos. Em 09 de dezembro de 1965, passou a vigorar a Lei 4.886, que regulamenta a atividade da representação comercial. Durante todo esse período, ainda, estão em debate as questões de aplicação da legislação, sua validade, eficácia, formalidade de contrato, indenizações e, principalmente, os impactos que estes contratos podem causar na Justiça do Trabalho com relação à subordinação jurídica (CARVALHO, 2016).

Com efeito, tem-se que muitas vezes o contrato de prestação de serviços autônomos, no caso o contrato de representação comercial, são utilizados para 'disfarçar' uma relação de emprego, para que assim possa haver a prestação do trabalho sem o

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: bruna.ferreira@krona.com.br.
2. Professora Mestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogada. E-mail: janaina@holzmadeira.com.br.

pagamento de determinados encargos sociais e trabalhistas inerentes a contratação celetista.

Sendo assim, o presente artigo em um primeiro momento trata da definição do instituto da Representação Comercial, conforme a Lei 4.886/65 alterada pela Lei 8.420/92, na sequência, discorre sobre os requisitos legais para configuração da relação de emprego e reconhecimento do trabalho autônomo e finaliza demonstrando as divergências encontradas na jurisprudência trabalhista, para determinar quais os elementos caracterizadores da subordinação jurídica nos contratos de representação comercial a luz da jurisprudência.

1. O INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, CONFORME A LEI 4.886/65 ALTERADA PELA LEI 8.420/92

A representação comercial é uma das profissões mais antigas do mundo, sendo inegável a sua importância para o desenvolvimento econômico e social, verificando-se, atualmente, a ampliação de sua utilização, posto que facilita à empresa a "inserção de um produto ou de um serviço em um novo mercado, sem a necessidade de criação de filiais, sucursais ou agências próprias do produtor ou fornecedor, viabilizando sua comercialização nos mais diversos locais e regiões"(MENDONÇA, 2013, p. 660).

Muito embora para contratação do representante comercial não haja inicialmente custo direto e imediato, uma vez que o direito ao pagamento de comissão depende do resultado dos negócios efetivamente realizados e pagamento dos pedidos ou propostas (art. 32 da Lei nº 4.886/1965), a regular instituição do contrato de Representação Comercial, pautado na boa-fé, importa em vantagens para as partes, com o estabelecimento de direitos e deveres previstos na Lei nº 4.886/65 alterada pela Lei 8.420/92.

Ocorre que, historicamente são intentadas fraudes nas contratações de prestadores de serviços autônomos, ocorrendo, também, nos contratos dos representantes comerciais, com o intuito de afastar a aplicação da legislação trabalhista, a fim de 'disfarçar' uma relação de emprego.

Nessa perspectiva, relevante destacar a figura do representante comercial autônomo, os requisitos indispensáveis a regular instituição do contrato de representação comercial e a competência jurisdicional para julgamentos de ações envolvendo os representantes comerciais autônomos, aspectos que serão abordados a seguir.

1.1 O REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO

A representação comercial pode ser exercida por pessoa física ou jurídica. Dessa forma, o representante comercial pode ser um trabalhador autônomo, que realiza a mediação de negócios mercantis, "podendo essa mediação se orientar apenas para o recolhimento de propostas ou pedidos, aproximando o vendedor do comprador, ou complementando essa tarefa com 'atos relacionados à execução do negócio'" (SPIER, 2012, p. 238). Assim, pode-se dizer que o representante comercial autônomo é um intermediador de negócios que desempenha sua função de modo que melhor lhe convém sem qualquer tipo de subordinação, conforme o disposto no art. 1º da Lei 4.886/65.

Como já salientado, o exercício da atividade de representação comercial foi disciplinado pela Lei 4.886/65, sendo alterado, posteriormente, pela Lei 8.420/92, havendo sujeição aos preceitos legais para exercício das atividades, como, por exemplo, o registro no Conselho Regional dos Representantes Comerciais – CORE, estando o representante, "sujeito à observância dos preceitos éticos e administrativos definidos para

a sua profissão, bem como ao poder disciplinar correspondente" (COELHO, 2016, p. 371). A obrigatoriedade do registro está disciplinada no art. 2°, da Lei 4.886/1965, entendendo-se que a inscrição é imprescindível para o exercício regular da profissão, trazendo, assim, maior confiança e segurança nas contratações, logo, a falta do registro importa no exercício ilegal da profissão, caracterizando contravenção penal, na forma do art. 47, da Lei das Contravenções Penais - Decreto Lei 3688/41.

A principal característica do representante comercial autônomo é a sua autonomia e liberdade em exercer suas atividades, pois "não é dirigido ou fiscalizado pelo tomador de serviços. Não tem obrigação de cumprir o horário de trabalho, produtividade mínima, comparecimento ao serviço, etc." (MARTINS, 2018, p. 279). Dessa forma, é o representante comercial que decide como melhor executar suas atividades, sem se submeter à subordinação jurídica do representado.

Em decorrência de sua independência na prestação do serviço, o "representante comercial autônomo irá assumir os riscos de sua atividade" (MARTINS, 2018, p. 277), como por exemplo, arcará com as despesas em viagens, sua estada, deslocamento e transporte, não havendo que se falar em ajuda de custo pelo representado.

1.2 OS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

O contrato de representação comercial está previsto na Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, sendo alterado, posteriormente, pela Lei 8.420, de 8 de maio de 1992, que regulamenta a relação jurídica entre representante e representado. O artigo 27 da referida legislação traz algumas cláusulas importantes e que devem obrigatoriamente constar no contrato de representação comercial.

O artigo 27 começa na letra "a" estabelecendo que na celebração do contrato, devem-se observar as condições e requisitos gerais da representação. Em seguida, na alínea *"b"*, trata da necessidade do contrato indicar qual será o objeto representado, podendo esta indicação ser de forma genérica ou específica. O prazo do contrato, que se refere a alínea *"c"*, estabelece que pode ser prazo determinado, quando as partes estipulam uma data certa ou uma condição futura para o seu encerramento ou por prazo indeterminado, quando não estipulação de uma data para o término do contrato (REQUIÃO, 2007).

A indicação da zona de atuação, que pode ser em bairros, municípios, estados e até mesmo clientes, deve constar no contrato. Requião (2007, p. 63) explica que "a alteração da zona de atuação, qualquer que seja (ampliação, redução, deslocamento para outra zona, restrição à clientela), depende de concordância do representante. Não pode ser imposta pela representada". Caso o contrato seja omisso, será presumido que sua atuação será em todo o território nacional. A alínea *"e"* traz a possibilidade de se estabelecer, inclusive, a exclusividade na zona de representação, podendo ser de modo parcial ou total, ou prazo certo ou não (REQUIÃO, 2007).

A exclusividade na prestação de serviços pelo representante significa dizer que o representante poderá prestar seu serviço de modo exclusivo ou não, sendo, todavia, vedado ao representante exercer outras representações de produtos similares. Logo, quando houver necessidade, poderá haver a restrição da zona de atuação com exclusividade, por prazo certo ou indeterminado, conforme alínea *"g"* (REQUIÃO, 2007).

A alínea "f" trata da retribuição do representante pelo exercício da representação. A sua remuneração é chamada de comissão, calculada de acordo com as mercadorias vendidas com base no percentual fixado pelas partes no contrato. Quando não fixado, as

partes devem buscar nos costumes do lugar, a taxa de comissão (REQUIÃO, 2007). Há que se ressaltar, que, na forma do art. 32, §4º, da Lei 4.886/65 as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias, devendo o representante ser remunerado mensalmente, quando aceito o pedido e recebido o preço pelo representado, salvo ajuste em contrário (art.33, §2°, da Lei 4.886/65).

O contrato de representação comercial deve estabelecer os deveres e obrigações de cada uma das partes contratantes, sendo certo que no desenvolvimento de suas atividades o representante deve demonstrar empenho e interesse de forma a não caracterizar as hipóteses de falta grave, estabelecidas no art. 19, da Lei 4.886/65 e que podem fundamentar a rescisão motivada do contrato, conforme previsto no art. 35, da Lei 4.886/65.

Por fim, na alínea *"j"* há previsão da indenização de um doze avos pela rescisão imotivada do contrato por prazo indeterminado pela representada em favor do representante. No dizer de Requião (2007, *apud* SANTOS JÚNIOR, 2018, p. 55), a indenização nada mais é do que uma retribuição de,

> todos os valores, pagos, creditados ou devidos pelo representado ou proponente, que estejam ligados, de modo direto ou indireto, com o trabalho que o representante despender em favor do representado, tomando a forma de retribuição devida por esta prestação. Dessa maneira, a título de exemplo, a retribuição auferida englobará a comissão propriamente dita, prêmios pelo batimento de metas ou comissões especiais durante campanhas de vendas. Essa imposição legal tem a finalidade de reparar a perda – por parte do representante – da clientela que ajudou a formar ou ampliar.

Ademais, cumulativamente com a indenização pela rescisão imotivada ou, mesmo quando a iniciativa da ruptura for do representante, deve-se estipular o aviso prévio, quando o contrato vigora por prazo indeterminado, sob pena de ter que arcar com indenização apurada em importância igual a um terço das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores, na forma do estabelecido no art. 34, da Lei 4.886/65.

Há que se ressaltar, que no contrato por prazo determinado, se rescindido antes do prazo estipulado, consoante o disposto no §1º, do art. 27, da Lei 4.886/65, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. Deste modo, a indenização só será devida caso ocorra a rescisão imotivada do contrato de representação comercial, havendo a rescisão por justa causa, com fulcro nos arts. 35 e 36, da Lei 4.886/65, não será devida qualquer indenização, mas tão somente o aviso com antecedência de 30 dias ou indenizado.

Assim, a obrigatoriedade destes elementos no contrato de representação comercial, que regulamentam os direitos e obrigações das partes, faz com que o contrato contenha condições mínimas para sua validade, a fim de garantir a segurança jurídica na contratação, demonstrando um acordo de vontade entre as partes, confirmando a natureza empresarial do contrato.

1.3 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA JULGAMENTO DE AÇÕES ENVOLVENDO REPRESENTANTES COMERCIAIS AUTÔNOMOS

Como exposto anteriormente, o representante comercial pode ser pessoa jurídica ou pessoa física. Dessa forma, o representante comercial autônomo, mesmo pessoa física, não mantém vínculo de emprego com a representada, ou seja, não é empregado e

não possui registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, e para este profissional não se aplicam as disposições da CLT.

A competência jurisdicional para julgamento de ações envolvendo representante comercial pessoa jurídica é da Justiça Estadual, porém, sendo o representante comercial pessoa física, há relação de trabalho entre representante e representada, logo, a Justiça competente para julgamento das ações relativas ao contrato de representação comercial é a Justiça do Trabalho, na forma do disposto no art. 114, da CRFB/88.

Com a Emenda Constitucional 45/2004 houve a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou ~~passando~~ a julgar ações advindas da relação de trabalho e não somente de emprego. Sendo assim, sempre que houver ação envolvendo representante comercial pessoa física, a Justiça do Trabalho se torna competente para julgar tal lide.

Neste sentido, é pacífico o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar questões oriundas da relação de trabalho (artigo 114, I, da Constituição Federal). *In casu*, o Regional consignou expressamente que o autor é representante comercial pessoa física. Nestes termos, sendo entendimento desta Corte **que a representação comercial realizada por pessoa física para uma pessoa jurídica configura modalidade de relação de trabalho, resulta competente esta Justiça Especializada para dirimir conflito envolvendo relação de trabalho do representante comercial. Inaplicável ao caso o disposto no art. 39 da lei 4.886/65, uma vez que sua incidência fica restrita a hipótese de controvérsia decorrente de contrato de representação comercial entre pessoas jurídicas**. Agravo de instrumento a que se nega provimento [...] (AIRR - 1063-36.2010.5.18.0082. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann. Data de Julgamento: 24/05/2017. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 02/06/2017) (grifou-se).

Portanto, o legislador trouxe para o âmbito da Justiça do Trabalho, conflitos que decorram da relação de trabalho, significa dizer que não serão solucionados apenas conflitos entre empregado e empregador, mas também, lides que “de um lado, figure como parte um trabalhador, *lato sensu*, independentemente da natureza jurídica do contrato a que esteja vinculado e, de outro, o tomador dos seus serviços, mesmo que não seja empregador”, conforme salientado por Teixeira Filho (2005, *apud* SAAD, 2014, p.113). Isto é, a Justiça do Trabalho irá julgar toda e qualquer controvérsia que surgir da relação de trabalho, como por exemplo, a buscar pela indenização de um doze avos não recebida no caso de uma rescisão contratual por culpa do representado ou a discussão acerca do montante devido de comissões ou, ainda, a incorreção acerca do pagamento realizado com pedido de adimplemento de diferenças, aplicando-se as disposições da Lei especializada, ou seja, da Lei Civil – Lei nº 4.886/65 alterada pela Lei 8.420/92, não havendo que se falar em aplicação das disposições da CLT.

Cumpre destacar, que o art. 39, da Lei 4.886/65, fixa a competência territorial no foro do domicílio do representante, significa dizer que toda e qualquer questão que o representante queira discutir, será no foro de seu domicílio, independentemente se no contrato firmado entre as partes estipular outro foro, pois “a cláusula que eleger foro diferente daquele do representante comercial e do agente é nula. O art. 39, da Lei n.

4886/65, tem cunho imperativo, não permitindo às partes alternativas" (REQUIÃO, 2007, p. 202).

Há que se asseverar que existem divergências jurisprudenciais acerca da aplicação do disposto no art. 39, da Lei 4.886/65 na representação promovida pela pessoa física, que atrai a competência da Justiça do Trabalho, posto que tal circunstância da Lei especial ficaria restrita a hipótese de controvérsia decorrente de contrato de representação comercial entre pessoas jurídicas, aplicando-se, na relação tutelada pela Justiça do Trabalho a competência prevista na CLT, o que, inclusive, ficou consignado na transcrição da ementa do acórdão acima proferido nos autos do processo nº 1063-36.2010.5.18.0082 do TST.

2. OS REQUISITOS LEGAIS PARA CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E DO RECONHECIMENTO DO TRABALHO AUTÔNOMO

Os pressupostos da relação de emprego estão previstos no artigo 2º e 3º da CLT já citados, sendo que a ausência de qualquer desses requisitos, importa na impossibilidade de seu reconhecimento. A subordinação, dentre os pressupostos citados, é o elemento mais relevante para que seja caracterizada uma relação de emprego, pois o empregado abrangido pela CLT, cumpre jornada de trabalho, recebe ordens, possui atividades controladas, ou seja, "não é simplesmente obrigação de trabalhar, mas de fazê-lo sobre as ordens de outrem" (SPIER, 2012, p. 232).

O artigo 1°, da Lei 4.886/65, define quem é o representante comercial, sendo ele um trabalhador autônomo, não podendo se confundir com uma relação de emprego, definida na CLT. Os pressupostos da representação comercial são: atividade empresarial, não-eventualidade, mediação de negócios, autonomia (SPIER, 2012).

O representante atua de modo não eventual e possui autonomia para exercer sua atividade, que "implica, necessariamente, liberdade de emprego de tempo, liberdade de itinerário, podendo o profissional fixar suas condições de operação ou de execução do contrato sem maiores limitações" (REQUIÃO, 2007, p.50-51). Essa autonomia já não ocorre com o empregado vinculado ao empregador pelo regime celetista, que se vê subordinado a um superior ou a estrutura da empresa, entre outras.

Portanto, sempre que houver a privação da autonomia, com a "quebra ou a restrição da autonomia laboral do representante, pode ser um dos motivos que o vinculam a representada" (SILVA, 2012, p. 15). Deste modo, o ponto principal de distinção entre uma relação e outra é a subordinação, pois se houver subordinação em uma prestação de serviço, estaremos diante de uma relação de emprego.

2.1 O PRESSUPOSTO DA SUBORDINAÇÃO

A representação comercial muito se aproxima da relação de emprego, sendo tênue a distinção entre o trabalho desenvolvido pelo representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886/65 alterada pela Lei 8.420/92 e aquele desempenhado pelo empregado com vínculo empregatício. Tem-se certo que se tratam de institutos diversos, todavia, muito semelhantes e o traço distintivo principal costuma ser a subordinação.

Deste modo, imprescindível analisar a natureza da subordinação existente na relação contratual, até mesmo porque existem obrigações que podem ser exigidas do representante, em decorrência do contrato de representação comercial, conforme, inclusive, previsão legal do art. 28, da Lei 4.886/65, que obriga o representante comercial a fornecer, quando solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios.

Há, portanto, a permissão legal de cobrança de informações ao representante pela representada acerca da prestação de serviços inerentes à própria atividade desenvolvida, não caracterizando subordinação jurídica, mas sim certa subordinação aos interesses empresariais.

Santos Júnior (2018, p. 30) ressalta que a subordinação é a característica fundamental para diferenciar o empregado celetista do representante comercial, sendo, entretanto, uma "característica fundamental que configura a relação de emprego, sendo essencial critério diferenciador entre outras figuras contratuais, repousa na subordinação jurídica, pessoal ou hierárquica havida entre empregador e empregado". Para Delgado (2017, p. 688), a subordinação é o "elemento de mais difícil aferição no plano concreto desse tipo de relação entre as partes. Ela tipifica-se pela intensidade, repetição e continuidade de ordens do tomador de serviços com respeito ao obreiro, em direção à forma de prestação dos serviços contratados". Desta forma, a subordinação torna-se o principal pressuposto para configurar a relação de emprego ou a representação comercial, que nas palavras de Silva (2012, p. 14) é "algo totalmente atípico para esta espécie de contrato, que preza pela não vinculação do sujeito".

Com efeito, nos termos da Lei (art. 28, da Lei 4.886/65) apesar do representante comercial atuar de modo independente, nada impede que o tomador de serviços dê "instruções de caráter geral referentes às características da obra ou dos serviços executados" (SPIER, 2012, p. 235). Ademais, a exigência de informações detalhadas acerca da prestação de serviços, como, por exemplo, a obrigação de entrega de relatórios referente ao andamento dos negócios; situação do mercado; concorrência; sugestões, elogios e reclamações dos clientes, não configura a subordinação jurídica a desvirtuar a autonomia da relação contratual do representante comercial.

Apesar dessa direção de atividade não significar uma subordinação "a Justiça do Trabalho tem entendido que a quantidade de ordens, o grau de ingerência no modo de atuar e a maior regulamentação dos serviços, feita pelo tomador, elevam as possibilidades da existência do contrato de emprego" (MENDONÇA 2013, p. 672). Vale ressaltar que, se a representada exigir algo a mais do representante, a exemplo de cronograma de viagens detalhados e rotas obrigatórias, poderá levar o contrato de representação a uma relação de emprego (REQUIÃO, 2007). De igual modo, Coelho (2016, p. 371) afirma que "se existir subordinação que extrapole o aspecto meramente negocial para alcançar a pessoa mesmo do representante, não haverá contrato empresarial, mas de trabalho". Isso ocorre quando o representante comercial tem sua autonomia privada, pois no contrato de representação comercial, não há vínculo de emprego e muito menos a subordinação jurídica, devido a sua independência em executar suas atividades da melhor forma que convier.

É importante ressaltar que nesses casos deve-se levar em conta o princípio da primazia da realidade, que segundo Nascimento (2011), em caso de conflito entre o que ocorre na prática e o que foi acordado em contrato, deve-se levar em consideração em primeiro lugar o que de fato acontece, pois muitas vezes pode ocorrer um certo disfarce da relação de emprego, onde a empresa faz a contratação de um representante comercial para disfarçar o vínculo existente entre as partes, fazendo com que fique livre de encargos trabalhistas.

Deste modo, tem-se que a subordinação jurídica é indispensável para o reconhecimento do vínculo de emprego, contudo, há na jurisprudência divergência sobre quais seriam os elementos caracterizadores dessa subordinação, deixando margem para diferentes interpretações, o que se propõe analisar no presente trabalho.

3. AS DIVERGÊNCIAS ENCONTRADAS NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA ACERCA DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NOS CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

A representação comercial autônoma, como já abordado, é muito utilizada pelas empresas para prestação de serviços de mediação de negócios e agenciamento de pedidos ou propostas, atividades muito próximas àquelas desempenhadas pelo vendedor externo com vínculo de emprego. Assim, algumas contratações são simuladas e possuem, tão somente, o intuito de fraudar a legislação trabalhista, logo, os contratos de representação comercial, quando firmados devem se pautar na verdade real – princípio da primazia da realidade, que deve servir de base para a constituição e validade do negócio praticado (SILVA, 2012).

A existência de um contrato de representação comercial, por si só, não é o bastante para descaracterizar o vínculo empregatício eventualmente existente entre as partes, devendo, assim, ser realizada análise da prova fática, pois a prova documental não deve prevalecer sobre a realidade dos fatos.

Dessa forma, analisando os julgados proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina – TRT12, tem-se que a subordinação jurídica é o elemento indispensável para o reconhecimento do vínculo de emprego, ao lado dos demais requisitos caracterizadores dessa modalidade de contratação celetista, havendo, contudo, divergência sobre quais circunstâncias caracterizam ou não esses elementos, deixando margem para diferentes interpretações, que são costumeiramente solucionadas de acordo com o livre convencimento do julgador.

Para grande parte dos julgadores que compõem as Câmaras do TRT-12 a diferenciação substancial entre relação de emprego e a representação comercial autônoma é realizada pelo prisma da existência ou não da subordinação jurídica, como se percebe pelo julgado abaixo, recentemente proferido pelos membros da 5ª Câmara, participando do julgamento as Desembargadoras do Trabalho Gisele Pereira Alexandrino e Maria de Lourdes Leiria e pelo Juiz do Trabalho Convocado Hélio Henrique Garcia Romero:

> CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. É tênue a distinção entre o trabalho desenvolvido pelo representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, e aquele desempenhado pelo vendedor empregado. Nesses casos, o traço distintivo costuma ser a subordinação jurídica. Isso porque, em ambos os casos, a atividade é desenvolvida com pessoalidade, de forma habitual e mediante contraprestação pecuniária. Se os elementos constantes dos autos não deixam evidenciado o traço de subordinação jurídica, elemento este definidor da relação de emprego, impõe-se indeferir o pedido de reconhecimento do vínculo empregatício (TRT12 - RO - 0000831-88.2017.5.12.0003, Rel. GISELE PEREIRA ALEXANDRINO, 5ª Câmara, Data de Assinatura: 26/04/2019).

Do inteiro teor do acórdão acima destacado, tem-se que a decisão dos julgadores se baseou na inexistência da subordinação jurídica entre representado e representante amplamente comprovada pela prova, que demonstrou que o representante comercial não tinha fixação de jornada, podendo dispor de seu tempo livremente, bem como inexistência de fixação de metas.

No mesmo sentido, destaca-se o julgado proferido pela 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, pelos Desembargadores Marcos Vinicio Zanchetta, Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira e Gracio Ricardo Barboza Petrone:

> REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADO. Demonstrado que o autor prestava serviços na qualidade de representante comercial, sem subordinação jurídica, inviável se torna o reconhecimento do vínculo de emprego pretendido. (TRT12 - RO - 0001790-80.2014.5.12.0030, Rel. GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA, 4ª Câmara, Data de Assinatura: 10/09/2018).

Do inteiro teor do acórdão acima destacado, do mesmo modo se observou o reconhecimento da ausência de subordinação jurídica, ante a inexistência de sujeição a horários, metas, rotas, elaborando o representante seu próprio roteiro de visitas e dispondo de carteira própria de clientes.

Não obstante, impende destacar que a fixação de metas, por si só, não seria suficiente para caracterização do vínculo de emprego, ante o disposto no art. 28, da Lei 4.886/65, que permite a representada exigir informações detalhadas sobre o andamento dos negócios, foi o que restou definido pela 3ª Câmara do TRT12 no julgado proferido pelos Desembargadores do Trabalho Gilmar Cavalieri e Roberto Luiz Guglielmetto e pelo Juiz do Trabalho convocado Nivaldo Stankiewicz:

> VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURADO. REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. Para o reconhecimento do vínculo de emprego, impõe-se a presença dos pressupostos contidos no art. 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade da prestação do serviço, além de assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador, nos termos do art. 2º da mesma Consolidação. Não se caracteriza como vínculo empregatício o contrato de representação comercial, que se refere a uma relação jurídica em que o representante comercial dispõe de autonomia em relação ao representado (TRT12 - RO - 0000370-73.2018.5.12.0006, Rel. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, 3ª Câmara, Data de Assinatura: 02/04/2019).

Do inteiro teor do acórdão acima destacado, tem-se que a decisão dos julgadores se baseou na inexistência da subordinação jurídica entre representado e representante, eis que atuava com autonomia, mesmo, tendo sido fixado metas:

> Esse contexto, por si só, já evidencia que a relação mantida entre as partes se aproxima mais da figura do vendedor autônomo ou do representante comercial, e não do vendedor com vínculo de emprego, como sustenta o recorrente [...].
> A exigência do cumprimento de metas, por si só, não evidencia a existência de subordinação jurídica (art. 3º da CLT). Trata-se, antes, de efeito pertencente ao contrato de representação comercial, ante o seu caráter bilateral e oneroso (exegese do art. 28 da Lei 4.886/65).

Do julgado proferido pela 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, proferido pelos Desembargadores do Trabalho Wanderley Godoy Junior e Hélio Bastida Lopes e pelo Juiz do Trabalho Narbal Antônio de Mendonça Fileti, destaca-se de forma, ainda, mais significativa a exclusão de reconhecimento de subordinação jurídica, mesmo quando presentes no contrato de representação fixação de área, metas, reuniões periódicas, eis que não caracterizariam uma ampla subordinação:

> REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMO. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADO. A delimitação da área de representação, o estabelecimento de metas, a participação em reuniões periódicas, dentre outras práticas, não configuram, por si só, o vínculo de emprego, porquanto tais práticas são compatíveis com a Lei nº 4.886/65. (TRT12 - RO - 0000790-89.2017.5.12.0046, Rel. WANDERLEY GODOY JUNIOR, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 21/03/2019).

Em julgado proferido pela 6ª Câmara Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, pelas Desembargadoras do Trabalho Lília Leonor Abreu e Teresa Regina Cotosky e pelo o Juiz do Trabalho Convocado Irno Ilmar Resener, sequer a utilização pelo representante de *tablet* e celular, mediante empréstimo da Reclamada e, até mesmo, uniforme foram suficientes para caracterizar a subordinação jurídica, conforme o acórdão e o trecho do inteiro teor do julgado abaixo citado:

> VÍNCULO EMPREGATÍCIO. REPRESENTANTE COMERCIAL. Ausente um dos requisitos caracterizadores do contrato de trabalho, in casu, a subordinação jurídica, impossível cogitar do reconhecimento desse, tratando-se, na espécie, de representação comercial autônoma. (TRT12 - RO - 0000629-33.2017.5.12.0029, Rel. TERESA REGINA COTOSKY, 6ª Câmara, Data de Assinatura: 23/08/2018).
> Inteiro teor:
> (...) Nesse contexto, a utilização de tablet e celular, mediante empréstimo, bem como de uniforme, que, como assentou o Juízo sentenciante, "tanto podem ser utilizados em uma relação de emprego quanto em uma relação de representação comercial", não alteram a realidade demonstrada nos autos de inexistência de subordinação nos moldes de uma relação de vínculo de emprego.

Por outro lado, há julgados que reconhecem o vínculo de emprego, afastando a contratação autônoma, quando evidenciado esses mesmos elementos constantes dos demais processos analisados, quais sejam: fixação de metas, roteiros, reuniões periódicas, uso de equipamentos e uniforme da representada, entre outros, considerando, dessa forma, a presença de subordinação jurídica e dos outros requisitos estabelecidos no art. 3º da CLT, conforme demonstra o Acórdão proferido pela 5ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, pelas Desembargadoras do Trabalho Maria de Lourdes Leiria e Gisele Pereira Alexandrino e pelo Juiz do Trabalho Convocado Nivaldo Stankiewicz:

> CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL X VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DEFINIÇÃO PELA FIGURA DA SUBORDINAÇÃO. É tênue a distinção entre o trabalho desenvolvido pelo representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, e aquele desempenhado pelo vendedor empregado. Nesses casos, o traço distintivo costuma ser a subordinação jurídica. Isso porque, em ambos os casos, a atividade é desenvolvida com pessoalidade, de forma habitual e mediante contraprestação pecuniária. Se os elementos constantes dos autos deixam evidenciado o traço de subordinação jurídica, que no caso da representação comercial, embora existente, é mais atenuada, concomitantemente com os outros requisitos estabelecidos no art. 3o da CLT, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício. (RO - 0001031-38.2017.5.12.0022. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. 5ª Turma. Data de publicação: 30/05/2018).
> Inteiro teor:
> [...] os documentos acostados sob ID. 3962ad9 a ID. 48e9bca, comprovam o acompanhamento diário das vendas realizadas pela autora, o que é incompatível com a autonomia da representação, evidenciando, assim, a subordinação jurídica na relação existente entre as partes.

> [...] Oportuno o registro de que é tênue a distinção entre o trabalho desenvolvido pelo representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, e aquele desempenhado pelo vendedor empregado. Nesses casos, o traço distintivo costuma ser a subordinação jurídica, que, embora existente, é mais tênue no caso do representante comercial. Isso porque em ambos os casos a atividade é desenvolvida com pessoalidade, de forma habitual e mediante contraprestação pecuniária. Porém, no caso, além de ficar caracterizada a subordinação, ainda há vários elementos que levam à conclusão de que a autora foi contratada pelo réu como empregada, e não representante comercial.
> Assim, presentes todos os requisitos estabelecidos no art. 3° da CLT, quais sejam, a pessoalidade, a dependência econômica, a habitualidade e, também, a subordinação, não merece reparos a sentença que reconheceu o vínculo empregatício entre autora e réu.

Da 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, destaca-se o julgado proferido pelos Desembargadores Marcos Vinicio Zanchetta, Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira e Roberto Basilone Leite, entendendo pela presença de subordinação jurídica estampada na prática habitual de trabalho determinado pela representada, sem autonomia típica de uma representação comercial, mormente porque a representante recebia ajuda de custo, o que seria incompatível com o risco do negócio inerente ao contrato de representação comercial:

> VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL. Admitida a prestação de serviços pela reclamada, cabia demonstrar fato impeditivo do direito pleiteado, qual seja, a existência de contrato de representação comercial válido, ônus do qual não se desincumbiu. (TRT12 - RO - 0000666-81.2017.5.12.0022, Rel. ROBERTO BASILONE LEITE, 4ª Câmara, Data de Assinatura: 06/12/2017).
> Inteiro Teor:
> [...] Vale destacar do depoimento da Sra. Juliana, que os representantes comerciais da ré, todos ex-empregados, não exerciam vendas de produtos, mas atividades típicas de empregados, recebendo ajuda de custo, o que é totalmente incompatível com o risco do negócio de um representante comercial.
> A presença de subordinação jurídica está estampada na prática habitual de trabalho determinado pela ré, sem autonomia típica de uma representação comercial. A pessoalidade, habitualidade e onerosidade, estão estampados nos depoimentos colhidos em juízo.
> Neste contexto, o contrário do alegado pela recorrente, a prova oral corroborou a prática de trabalho subordinado, nos moldes da relação de emprego.

Do mesmo modo, em julgado proferido pela 6ª Câmara, pelas Desembargadoras do Trabalho Teresa Regina Cotosky, Lília Leonor Abreu e Ligia Maria Teixeira Gouvêa restou reconhecido o vínculo de emprego, ante a comprovação de ter a representada disponibilizado, por meio de empréstimo um veículo ao representante para o exercício da atividade, além de outras questões, caracterizando a subordinação:

> VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL. Apesar de o contrato de representação comercial autônoma guardar grande semelhança com o de trabalho stricto sensu, reside o diferencial de ambos no elemento subordinação, porquanto a onerosidade e a não-eventualidade se encontram presentes nas duas espécies de liame (de emprego e de representação comercial), e também a pessoalidade, quando se trata de pessoa física contratada. Em se tratando de trabalhador subordinado, de se reconhecer o vínculo empregatício. Recurso provido. (TRT12 - RO - 0010759-19.2015.5.12.0008, Rel. TERESA REGINA COTOSKY, 6ª Câmara, Data de Assinatura: 18/09/2016).
> Inteiro Teor:

> [...] No caso em apreço, apesar de o contrato de representação comercial autônoma guardar grande semelhança com o de trabalho stricto sensu, reside o diferencial de ambos no elemento subordinação, porquanto a onerosidade e a não-eventualidade se encontram presentes nas duas espécies de liame (de emprego e de representação comercial), e também a pessoalidade, quando se trata de pessoa física contratada.
> A prova oral, a meu ver, não corrobora a tese adotada na defesa. Primeiramente, a representante da ré confessou ter disponibilizado (por meio de "empréstimo") um veículo ao autor para o exercício da atividade; ainda, questionada a respeito do anúncio para uma "vaga de emprego", teria sido decorrência de um anúncio um anúncio publicado nesse sentido de forma "equivocada". Além do mais, a única testemunha ouvida nos autos reconheceu que anteriormente a empresa possuía um vendedor. Tudo conforme a ata do id. 4e48c59.

Isto posto, diante da análise dos julgados proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, constata-se que é pelo exame das condições em que se desenvolvia a atividade que se determina o reconhecimento ou o afastamento do vínculo de emprego, com a consequente negação ou afirmação do contrato de representação comercial, não sendo, por si só, suficiente para caracterização do vínculo de emprego, a demonstração de exigência pela representada quanto a metas, presença em reuniões, uso de materiais específicos, entre outros, ante a previsão do art. 28, da Lei 4.886/65, que permite a representada solicitar informações detalhadas sobre o andamento dos negócios. Todavia, constatou-se, pela análise dos julgados, que a comprovação de fixação e controle de jornada laboral e o pagamento de valores diversos de comissões, tais como ajuda de custo, são as principais circunstancias que podem comprovar a subordinação jurídica, eis que seriam situações incompatíveis com a autonomia e a assunção do risco do negócio inerente ao contrato de representação comercial.

CONCLUSÃO

A pesquisa destaca as principais questões relativas ao instituto da Representação Comercial, conforme a Lei 4.886/65 alterada pela Lei 8.420/92, discorrendo acerca do representante comercial autônomo e sobre os requisitos indispensáveis ao contrato de representação comercial, bem como acerca da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho para julgamento das ações envolvendo os representantes comerciais autônomos pessoa física, eis que configurada modalidade de relação de trabalho.

Discorreu-se, ainda, sobre os requisitos legais para configuração da relação de emprego, diferenciando-a da representação comercial e dando-se destaque à análise da subordinação jurídica que representa o principal traço distintivo dos institutos.

Por fim, foram analisados os julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – TRT-12, a fim de apurar quais seriam os elementos caracterizadores dessa subordinação jurídica, a ensejar a nulidade do contrato de representação comercial, com o reconhecimento do vínculo de emprego.

Com o estudo foi possível verificar que imprescindível a análise dos fatos, a fim de verificar a presença de subordinação jurídica, sendo que, a mera exigência pela representada quanto a metas, presença em reuniões, uso de materiais específicos, entre outros, ante a previsão do art. 28, da Lei 4.886/65, não caracteriza o vínculo de emprego. Por outro lado, restado demonstrado a fixação e controle de jornada laboral e o pagamento de valores diversos de comissões, tais como ajuda de custo, haverá o reconhecimento da subordinação jurídica, mormente porque são características incompatíveis com a autonomia e a assunção do risco do negócio inerente ao contrato de representação comercial.

Apesar de tênue a distinção entre o trabalho desenvolvido pelo representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886/65 alterada pela Lei 8.420/92 e aquele desempenhado pelo empregado com vínculo empregatício, tem-se certo que se tratam de institutos diversos e o traço distintivo principal é a subordinação jurídica.

Nesta perspectiva, resta demonstrado como são tratados na jurisprudência trabalhista os pressupostos necessários para caracterizar a subordinação jurídica nos contratos de representação comercial, servindo como uma forma de orientação aos profissionais que desejam se valer dessa forma de contratação regularmente, sem que haja o risco do reconhecimento de fraude às disposições inerentes às relações laborais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n° 4.886, de 9 de dezembro de 1965. **Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Contrato de representação comercial. Ausência de subordinação. Vínculo empregatício. Inexistência. **Recurso Ordinário: 0000831-88.2017.5.12.0003.** Santa Catarina. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. 5ª Câmara. Data da publicação: 26 abr. 2019. Disponível em: <http://www.trt12. jus.br/busca/acordaosbrowse&fq=&fq=&sort=dt_assinatura+desc&q=id:9372440&mlt=true>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Contrato de representação comercial x contrato de trabalho. Distinção. **Recurso Ordinário: 0000144-11.2015.5.12.0059**. Santa Catarina. Relatora: Mirna Uliano Bertoldi. 6ª Câmara. Data da publicação: 23 mar. 2017. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/browse&fq=&sort=dt_assinatura+desc&q=id:3343495&mlt=true>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Contrato de representação comercial x vínculo empregatício. Definição pela figura da subordinação. **Recurso Ordinário: 0001031-38.2017.5.12.0022.** Santa Catarina. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. 5ª Câmara. Data de publicação: 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/browse?&fq=&fq=&fq=&fq=&fq=&fq=&fq=&sort=dt_assinatura+desc&q=id:6304374&mlt=true>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Representante comercial e empregado vendedor. Vínculo empregatício. **Recurso Ordinário: 0000151-15.2018.5.12.0021.** Santa Catarina. Relator: Amarildo Carlos De Lima. 3ª Câmara. Data da publicação: 03 ago. 2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/browse?&fq=&fq=&fq=&fq=&fq=&fq=&sort=dt_assinatura+desc&q=id:7812035&mlt=true>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Representante comercial. Competência, justiça do trabalho. Relação de trabalho. Pessoa física. **Recurso Ordinário: 0001329-86.2016.5.12.0047.** Santa Catarina. Relator: ALEXANDRE LUIZ RAMOS. 5ª Câmara. Data de publicação 17 jul. 2017. Disponível em:

<http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:4360795>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Representante comercial. Vinculo de emprego não configurado. **Recurso Ordinário: 0001790-80.2014.5.12.0030.** Santa Catarina. Relator: Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira. 4ª Câmara. Data de publicação: 10 set. 2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id: 7377073>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Representante comercial autônomo. Vínculo de emprego não configurado. **Recurso Ordinário: 0000790-89.2017.5.12.0046.** Santa Catarina. Relator: Wanderley Godoy Junior. 1ª Turma. Data de publicação: 21 mar. 2019. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id: 9756186>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Vínculo de emprego. Representante comercial. Ausência de pessoalidade e subordinação jurídica. **Recurso Ordinário: 0001315-92.2017.5.12.0039.** Santa Catarina. Relator: Helio Henrique Garcia Romero. 2ª Câmara. Data da publicação: 19 set. 2018. Disponível em: <http://www.trt12. jus.br/busca/ acordaos/browse?q=RO+-+000131592.2017.5.12.0039&fro m=&to =&fq=>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Vínculo de emprego. Não configurado. Representante comercial autônomo. **Recurso Ordinário: 0000370-73.2018.5.12.0006.** Santa Catarina. Relator: Roberto Luiz Guglielmetto. 3ª Câmara. Data da publicação: 02 abr. 2019. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/ browse?&fq=&fq=&sort=dt_assinatura+desc&q=id:9858666&mlt=true>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Vínculo de emprego. Representante comercial. **Recurso Ordinário: 0000666-81.2017.5.12.0022**. Santa Catarina. Relator: Roberto Basilone Leite. 4ª Câmara. Data de publicação: 06 dez. 2017. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:5510468>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Vínculo de emprego. Representante comercial. **Recurso Ordinário: 0010759-19.2015.5.12.0008.** Santa Catarina. Relator: Teresa Regina Cotosky. 6ª Câmara. Data de publicação: 18 set. 2016. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:2569758>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 12. Vínculo empregatício. Representante comercial. **Recurso Ordinário: 0000629-33.2017.5.12.0029.** Santa Catarina. Relator: Teresa Regina Cotosky. 6ª Câmara. Data de publicação: 23 ago. 2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:6932953>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento. Recurso de revista interposto na vigência da lei 13.015/2014. 1. Competência da justiça do trabalho. Representação comercial. **Agravo de instrumento: 1063-36.2010.5.18.0082.** Brasília. Relatora: Maria Helena Mallmann. 2ª Turma. Data da Publicação: 02 de jun. de 2017.

CARVALHO, Roberta Cavaletti de. **Da representação comercial autônoma**: novos contornos da dicotomia entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado. Teresina: Revista Jus Navigandi, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54812>. Acesso em: 22 nov. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial:** direito de empresa. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Marconi Correia. **Monografia:** a engenharia da produção acadêmica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDONÇA, Vinícius de Carvalho P. O contrato de representação comercial na visão dos tribunais superiores brasileiros. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 62, p. 657 – 701, jan./jun., 2013. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013v62p657/264>. Acesso em: 17 de abr. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. D**ireito contemporâneo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa.** Petrópolis: Vozes, 2007.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial**. 1vol. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Nova regulamentação da representação comercial autônoma**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAAD, Ricardo Nacim. **Representação comercial.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Samir Alves dos. **Limitações à autonomia da vontade nos contratos de representação comercial.** 2018. 74f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

Disponível em: < https:// repositorio.ufsc.br/handle/123456789/188180>. Acesso em: 14 abr. 2019.

SILVA, Eduardo Miguel Cordeiro da. **A subordinação imposta ao representante comercial autônomo:** a configuração do vínculo empregatício. 2012. 33f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação de Direito) – Faculdade do Norte Novo de Apucarana, FACNOPAR, Paraná. Disponível em: < http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974737420735.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SPIER, Mozart Martini. Relação de emprego e representação comercial: comparação dos pressupostos de configuração. In: OLIVEIRA, Cinthia Machado de (Org.). **Temas de direito e processo do trabalho.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NA SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO

Bruna Laís Postai Oliveira[1]
Giovani de Lima[2]

Resumo: A sentença parcial de mérito é novidade no Código de Processo Civil promulgado em 2015 e assunto muito discutido quanto a sua natureza jurídica. Diante disso, estudou-se neste trabalho se o princípio da fungibilidade é aplicável a tal comando judicial, eis que diante da divergência de sua natureza jurídica, discute-se qual o recurso cabível: se é o recurso de apelação ou o de agravo de instrumento. Para tanto, no primeiro item, foram abordados os principais princípios recursais e sua diferença quanto às normas e regras. Ainda, abordaram-se os atos que estão sujeitos a recursos. Igualmente, foi necessária a abordagem acerca dos efeitos dos recursos, eis que para cada ato há um tipo de efeito, objeto de estudo no primeiro capítulo. Na sequência, com a abertura do segundo item, exploraram-se os principais pronunciamentos judiciais, com a abordagem das essenciais espécies recursais pertinentes ao tema deste artigo científico, concluindo-se com uma análise jurisprudencial em vários Estados, buscando-se através de pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência atual nos Tribunais, onde se verificaram os entendimentos mais adotados, inclusive demonstrando as divergências entre as diferentes instâncias dos Tribunais Pátrios.

Palavras-chave: Princípio da Fungibilidade Recursal. Sentença Parcial de Mérito. Direito Processual Civil.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 dispunha sobre o julgamento parcial de uma lide e o recurso cabível para fins de reforma da sentença era o de apelação.

Com a promulgação do Código de Processo Civil em 2015, a figura de sentença parcial de mérito como um dos pronunciamentos do juiz, tem como recurso cabível o Agravo de Instrumento.

Contudo, tal sentença é parcial (como o próprio nome diz), fazendo coisa julgada a parte dos pedidos que compõem a lide. Nesta linha, há divergência quanto à natureza jurídica do pronunciamento judicial em estudo e consequentemente, quanto ao recurso cabível a ser interposto, justamente pois o processo segue em relação aos demais pedidos da lide.

Desta forma, será possível a aplicação do princípio da fungibilidade na sentença parcial de mérito, quando o objeto do recurso a ser interposto (seja de apelação ou agravo de instrumento) visar às mesmas razões?

Para isso, no primeiro item do presente trabalho, entender-se-á qual a definição de norma, regras e princípios, dando enfoque aos principais princípios pertinentes ao âmbito recursal. Na sequência, será abordado acerca dos recursos, sua definição, natureza jurídica, características, bem como a composição do juízo de admissibilidade e seus derivados intrínsecos e extrínsecos, explanando pormenorizadamente cada um e, em conclusão, os atos sujeitos à interposição. Por fim do primeiro capítulo, e não menos importante, será explorado acerca dos efeitos recursais de cada espécie, com base em doutrinadores, na Lei que rege a matéria e no entendimento dos Egrégios Tribunais.

Em prosseguimento no segundo item, estudar-se-á acerca dos principais pronunciamentos judiciais essenciais ao tema em questão, seus conceitos, características e demais peculiaridades, a fim de entender a distinção de cada uma.

1. Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade CNEC Joinville. E-mail: brunalaisoliveira@gmail.com.
2. Professor Mestre da Faculdade CNEC Joinville. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade CNEC Joinville (FCJ), Coordenador do Posto de Atendimento e Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis (FCJ). Advogado. E-mail: 0137.giovanilima@cnec.br.

Do mesmo modo, serão abordados os principais recursos e por fim, far-se-á uma pesquisa jurisprudencial para entender qual o entendimento adotado pelos julgadores: se é aplicável ou não o princípio da fungibilidade recursal e por quê.

Para tanto, na metodologia para a construção dessa pesquisa, será utilizado o modelo de abordagem dedutivo, visto que partirá de um contexto geral para situações específicas. Analisar-se-á a aplicação do princípio da fungibilidade na sentença parcial de mérito, comparando tal entendimento a cada caso peculiar.

Já quanto aos métodos de procedimento que serão utilizados para se realizar o presente trabalho, tem-se o observacional e comparativo.

O método observacional e o método comparativo serão utilizados neste artigo científico para se verificar a aplicação do princípio nas diferentes abordagens de cada caso concreto e comparar os entendimentos jurisprudenciais de procedimentos comuns a especiais adotadas pelo Poder Judiciário no âmbito estadual e federal.

Por fim, no tocante aos procedimentos técnicos, serão adotadas para obtenção de dados relevantes, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

1. DOS PRINCÍPIOS RECURSAIS

O princípio recursal é uma espécie de norma jurídica utilizada para interpretação da lei que rege o ordenamento jurídico brasileiro. Considerando isso, cumpre destacar sua importância e distinção de outros institutos que causam controvérsias, os quais serão perfilhados e explanados neste item.

1.1 DEFINIÇÃO DE NORMA, REGRAS E PRINCÍPIOS

É necessário de forma primária compreender a definição de norma jurídica no Direito Processual Civil.

Segundo o autor:

> A norma jurídica é uma regra geral de conduta, cujas principais características são: a) generalidade, pois ela se dirige a todas as pessoas, indistintamente, ou ao menos, a uma categoria jurídica. [...] b) imperatividade, porque a norma é um dever de conduta aos indivíduos. [...] c) autorizamento, isto é, possibilidade de a parte lesada por sua violação exigir-lhe o cumprimento. [...] d) permanência, pois a norma jurídica prevalece até ser revogada; e) emanação de autoridade competente, respeitadas as previsões da Constituição Federal. (GONÇALVES, 2014, p. 28)

Há também que se compreender que a norma jurídica se subdivide em normas jurídicas materiais e normas jurídicas processuais sendo aquelas de cunho material as que “(...) disciplinam diretamente as relações de vida, procurando compor conflitos de interesses entre os membros da comunidade social, bem como regular e organizar funções socialmente úteis (...)” (ALVIM, 2018, p. 247) e as de cunho processual as que “(...) disciplinam a aplicação das normas substanciais, seja regulando a competência para fazê-las atuar, seja regulando os meios de torná-las efetivas e ainda as vias adequadas para provocar o seu cumprimento e efetivação” (ALVIM, 2018, p. 247).

Pode-se concluir, portanto, que norma jurídica é gênero que se subdivide em duas espécies, quais seja, princípios jurídicos e regras jurídicas (MONNERAT, 2017).

Dworkin distingue tais institutos em relação à natureza de sua orientação, observando que: “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. (DWORKIN, 2002, p. 39)”

Em contrapartida, Canotilho (2018, p. 95) afirma “Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.”

Segundo Barroso (2018), princípios são garantias individuais do cidadão.

Neste sentido, o mesmo define:

> A Constituição Federal, adotando a tendência de constitucionalização do processo, houve por bem incluir em seu bojo uma série de princípios basilares da ciência processual. Dessa forma, esses princípios passam a ser considerados como garantias individuais do cidadão, em face do poder jurisdicional do Estado. O art. 1o do Código de Processo Civil deixa expressa essa vinculação, ao impor que sua aplicação e interpretação devem observar os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal. (BARROSO, 2018, p. 20)

Deste modo, entende-se que princípio expressa os maiores valores de um ordenamento jurídico, em reflexo de uma determinada forma de vida (ATIENZA e MANERO, 2017).

Portanto, conclui-se que normas jurídicas podem ser classificadas como princípios e regras. Os princípios consagram os valores de uma sociedade, enquanto as regras regulam o comportamento através das condutas específicas.

1.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RECURSAIS CÍVEIS

Ampliando a discussão, em relação aos princípios que regem o sistema processual como um todo, deve-se entender a sua aplicação e finalidade, iniciando com uma abordagem de modo amplo até um apontamento das aplicações de tais princípios em sede recursal, objeto deste artigo científico.

1.2.1 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição garante uma possibilidade de revisão, por via recursal, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000).

Monnerat (2017, p. 181) ensina que “o princípio do duplo grau de jurisdição garante o direito de a parte de recorrer para os tribunais contra as decisões que lhes sejam desfavoráveis”.

De acordo com os autores, é possível a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição quando:

> O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso. (...) Para tanto, invoca três principais circunstâncias: a) não só os juízes de primeiro grau, mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 74).

Ademais, importante destacar que “o principal fundamento para a manutenção do princípio é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000).

De outro lado, há que se destacar que tal princípio não está descrito de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, motivo pelo qual decorre do sistema processual (GONÇALVES, 2014).

Conclui-se que embora não haja previsão expressa na CRFB/88, tal princípio é aplicado com base no sistema processual previsto na própria Carta Magna, que prevê a possibilidade de interposição de recurso para instâncias superiores, a fim de garantir que o caso seja revisto quando há decisão desfavorável para uma das partes.

1.2.2 Princípio da Taxatividade

Ribeiro e Barbosa (2006, p. 90) ensinam que “[...] não apenas no Código de Processo Civil estarão previstos os recursos cabíveis e admissíveis contra as decisões judiciais, mas em qualquer lei federal”.

No Código de Processo Civil, o princípio da taxatividade diz respeito justamente ao rol do artigo 994 que é considerado *numerus clausus.* (GONÇALVES, 2014).

De outro norte, Portanova (2005, p. 269) ressalva que “A enumeração legal não é exemplificativa, mas taxativa. A interpretação neste caso é restritiva e não ampliativa”.

Não se pode confundir recursos com certos fenômenos recursais, os chamados sucedâneos recursais (GONÇALVES, 2014).

Fredie Didier e Cunha ensinam que não é só aqueles tipificados no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) que são espécies recursais, podendo “ (...) ser lembrados, ainda a) o recurso inominado nos Juizados Especiais; b) os embargos infringentes de alçada da Lei de Execução Fiscal; c) os agravos internos previstos para o incidente de suspensão de segurança (art. 12.106/2009; Lei Federal nº 8.347/92” (DIDIER; CUNHA, 2013, p. 50).

Conclui-se, portanto, que os recursos são tipificados e estabelecidos pelo legislador em lei federal, o que não se pode confundir com sucedâneos recursais, que em contrapartida não são tipificados na legislação atendendo ao princípio da taxatividade.

1.2.3 Princípio da Unirrecorribilidade, Unicidade ou Singularidade

No que tange ao princípio da singularidade ou unicorrecorribilidade, Didier Jr. e Cunha, (2012, p. 47) conceituam que “Não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um”.

No mesmo sentido, é a lição de Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 586) “Há um recurso próprio para cada espécie de decisão. Diz-se, por isso, que o recurso é cabível, próprio ou adequado quando corresponda à previsão legal para a espécie de decisão impugnada”.

Marcus Gonçalves ensina:

> A regra não é absoluta, e comporta exceções. Por exemplo, contra uma mesma sentença, ou decisão interlocutória, podem ser interpostos embargos de declaração e apelação ou agravo. Contra um único acórdão, os recursos especial e extraordinário. Mas a regra é da unirrecorribilidade. (GONÇALVES, 2014, p. 82).

Portanto, em síntese, o princípio da singularidade prevê a vedação de interposição de mais de um recurso para cada decisão judicial.

1.2.4 Princípio da Instrumentalidade

O princípio da instrumentalidade das formas pode ser conceituado como aquele que “Não se atendeu à forma, mas a finalidade foi atingida, aproveitando-se o ato e tendo-o como corretamente praticado” (DIDIER Jr; CUNHA. 2013, p. 76).

Assim dispõe o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) em seu dispositivo 277, *in verbis*: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Neste sentido, observa-se o julgado abaixo:

> PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. DIRETRIZ DO NOVO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO. **O princípio da instrumentalidade das formas preceitua que os atos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir, e que se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.** Também o art. 277 do novo CPC dispõe que quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade, o que ocorreu no caso dos autos [...] (TRT3, 2019, WEB) [grifo nosso]

Conforme inteiro teor do julgado acima, embora em trâmite na esfera trabalhista (todavia, sabe-se que o Código de Processo Civil se aplica de forma subsidiária), os atos não dependem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente exigir, e quando realizado de outro modo, mas preenchem a finalidade, é considerado válido.

1.2.5 Princípio da Fungibilidade

Em síntese, segundo Didier Jr. e Cunha (2012, p. 45) o princípio da fungibilidade “É aquele pelo qual se permite a conversão de um recurso em outro, no caso de equívoco da parte, desde que não houvesse erro grosseiro ou não tenha precluído o prazo para a interposição”.

De outro norte os autores definem:

> O princípio da fungibilidade se extrai do próprio sistema processual, pois se traduz numa manifestação peculiar do princípio da finalidade (CPC/73, art. 244; CPC/2015, art. 277) ou da instrumentalidade das formas (CPC/73, art. 250; CPC/2015, art. 283). Reconhece-se assim que, mesmo sendo importante a observância das formas para garantir-se a regularidade procedimental, o aspecto formal deve ceder ao sentido teleológico, desde que não tenha advindo, do erro de forma, nenhum prejuízo às partes. (LUCON; OLIVEIRA, 2017, p. 482)

Há que se apontar que “A fungibilidade não autoriza o erro grosseiro na escolha do recurso, nem tampouco pretende corrigir erros de um profissional inábil, mas tão somente, **salvar o ato decorrente de dúvida objetiva”** [grifo nosso]. (RIBEIRO; BARBOSA, 2006, p. 92).

E, continuam, afirmando que “Somente assim, em havendo dúvida objetiva, o recurso erroneamente interposto será tomado como o adequado, sob determinadas circunstâncias.” (RIBEIRO; BARBOSA, 2006, p. 92).

Tal engano, portanto, é justificável e pode ser corrigido, desde que exista dúvida objetiva sobre a espécie do recurso e que não haja erro grosseiro ou má-fé (PORTANOVA, 2005).

Relevante destacar que “**Quanto ao erro grosseiro, trata-se de uma exigência essencialmente de conhecimento da técnica processual** [grifo nosso]. Há certa

complacência quando se trata de lei recente e de dissídio interpretativo doutrinário ou jurisprudencial ainda existente.” (PORTANOVA, 2005, p. 275).

Pode-se concluir, diante disso, que o princípio da fungibilidade está interligado com o princípio da efetividade processual e o da instrumentalidade das formas.

1.3 RECURSOS

Corolário aos princípios processuais há que se analisar a definição do recurso, qual sua natureza jurídica, características e atos sujeitos a sua interposição, conforme se passará a expor e explanar abaixo.

1.3.1 Definição

Segundo o doutrinador “Os recursos são os remédios processuais de que se podem valer as partes, o Ministério Público e eventuais terceiros prejudicados para submeter uma decisão judicial a nova apreciação, em regra por um órgão diferente daquele que já proferiu” (GONÇALVES, 2014, p. 53).

Vale destacar que os autores apontam que “o recurso prolonga o estado de litispendência, não instaura processo novo” (DIDIER Jr.; CUNHA, 2013, p. 19).

Diante disso, o recurso pode ser conceituado:

> O recurso é um instrumento jurídico-processual através do qual o sujeito do processo, atingido em seu direito por uma decisão judicial, se dirige ao juízo do qual emanou a decisão ou a um juízo hierarquicamente superior competente para tal, a fim de requerer a reforma, total ou parcial, dessa decisão, ou porque a mesma apresenta obscuridade, contradição, ou omissão, ou porque lhe foi desfavorável e à qual impugna, posto que é lesiva aos seus direitos demonstrados no autos do processo pelos fatos e provas. (SCHLICHTING, 2002, p. 126).

Ademais “O direito de recorrer é conteúdo do direito de ação (e também do direito de exceção), e o seu exercício revela-se como desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais” (DIDIER Jr.; CUNHA, 2013, p. 20).

Diante do exposto, o recurso prolonga o estado do processo e não inicia uma nova fase, pois continua a discussão da matéria nos tribunais superiores até o fim da fase cognitiva.

1.3.2 Natureza Jurídica

> São interpostos na mesma relação processual. Não tem natureza jurídica de ação, mas de remédio, apresentados no mesmo processo em que proferida a decisão atacada. Por isso, sua interposição jamais resulta na formação de um novo processo. (GONÇALVES, 2013, p. 54).

Em complemento, o mesmo autor destaca que “Os recursos servem para corrigir erros de forma e conteúdo: aquele que recorre está inconformado com a decisão judicial, e pretende um novo pronunciamento, em regra por um órgão diferente daquele que a proferiu” (GONÇALVES, 2013, p. 56).

Assim, o recurso possui natureza jurídica de remédio processual que corrige determinada falha à análise do mérito, resultando na reforma e/ou anulação, a depender do caso concreto (processual ou de mérito).

1.3.3 Características

Neste tópico, o artigo se voltará aos requisitos de admissibilidade, essenciais para o conhecimento do recurso a fim de que ele seja levado a julgamento no Tribunal competente para apreciação.

1.3.3.1 Do Juízo de Admissibilidade

Sem a análise do juízo de admissibilidade, os recursos sequer são conhecidos, eis que são pressupostos indispensáveis e constituem matéria de ordem pública (GONÇALVES, 2014).

Os doutrinadores ensinam:

> O juízo de admissibilidade pode ser positivo ou negativo. É positivo quando se conhece ou se admite o recurso, passando-se a examinar o seu mérito. É por sua vez, negativo quando não se admite ou conhece do recurso, deixando-se de analisar seu mérito. O juízo de admissibilidade pode, ainda, ser provisório ou definitivo. Muitas vezes, o recurso é interposto perante o órgão *a quo*, que exerce o juízo provisório de admissibilidade. Já o órgão *ad quem* exerce o juízo definitivo de admissibilidade. Em regra, o juízo provisório negativo é passível de recurso, enquanto o juízo provisório positivo é irrecorrível, exatamente porque, recebido o recurso, ele será remetido ao órgão ad quem que irá exercer o juízo definitivo de admissibilidade. (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 44).

Há dois tipos de pressupostos recursais, sendo os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade (RIBEIRO; BARBOSA, 2006), os quais se explanará a seguir.

1.3.3.2 Requisitos Intrínsecos de Admissibilidade

Para o autor, “assemelham-se, de certa maneira, às condições da ação. Um recurso será cabível quando previsto no ordenamento jurídico como adequado para determinada situação. Também é preciso que o recorrente tenha interesse e legitimidade.” (GONÇALVES, 2014, p. 60).

Ou seja, o recurso deve ser cabível (previsto em Lei); a parte deve ser legítima e há que se ter interesse recursal.

A) Cabimento

Segundo o autor “Não há recurso que não tenha sido previsto em lei. O rol legal é taxativo, *numerus clausus*. Além disso, cada um serve para determinada situação” (GONÇALVES, 2014, p. 60).

Em contrapartida “O cabimento desdobra-se em dois elementos: a previsão legal do recurso e sua adequação: previsto o recurso em lei, cumpre verificar se ele é adequado a combater aquele tipo de decisão. Se for positiva a resposta, revela-se, então, cabível o recurso” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 46).

Conclui-se que o cabimento é baseado nos princípios abordados nos tópicos mencionados da fungibilidade, singularidade e taxatividade.

B) Legitimidade

O dispositivo do Código de Processo Civil abaixo referenciado (BRASIL, 2015, WEB) preceitua quem possui legitimidade para interpor o recurso:

> Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

> Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

O que se afirma como parte vencida na leitura do dispositivo legal, pode ser explicado pelos autores: “não só o autor e réu, haja ou não litisconsórcio, mas também ao terceiro interveniente, que com a intervenção, se tornou parte” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 50).

Em relação ao terceiro prejudicado, este apenas terá legitimidade para interpor um recurso quando:

> O recorrente seja um terceiro, isto é, que até então não tenha intervindo nos autos, e que tenha interesse jurídico – e não apenas patrimonial – em que o julgamento seja favorável a uma das partes, idêntico àquele que se exige do terceiro para intervir na qualidade de assistente simples (GONÇALVES, 2014, p. 61).

Já o Ministério Público “pode recorrer na qualidade de parte ou como custos legis. A legitimação recursal como custos legis é concorrente com a das partes, mas é primária, ou seja, independe do comportamento delas” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 53).

Assim, a Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1994, WEB) dispõe que “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

Portanto, conclui-se que só possuem legitimidade para recorrer aqueles que participaram do processo e que possuem um direito lesado.

C) Interesse recursal

Basicamente o interesse recursal “só existirá se a interposição do recurso for necessária, e dela se puder extrair algum proveito para quem o interpõe” (GONÇALVES, 2014, p. 63).

De outro norte, o interesse recursal pode ser definido como:

> Para que haja interesse em recorrer, é necessário que a interposição do recurso seja o único meio de que disponha a parte para se ver em situação mais favorável do que a proporcionada pela decisão impugnada. É a demonstração do interesse-necessidade. (RIBERO; BARBOSA, 2006, p. 99).

Segundo os autores, “costuma-se relacionar o interesse recursal à existência de sucumbência ou gravame” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 54).

Ou seja, há que se ter interesse em recorrer, quanto à necessidade de reforma/anulação da decisão e há que ter possibilidade legal para tanto.

1.3.3.3 Requisitos Extrínsecos de Admissibilidade

Para o autor, os requisitos extrínsecos de admissibilidade “são aqueles que não estão relacionados com o ato judicial impugnado e que cumpre sejam verificados, em regra, no ato ou posteriormente à interposição do recurso. São supervenientes ao ato impugnado.” (GONÇALVES, 2014, p. 64).

Ou seja, o recurso deve ser tempestivo; a parte interessada deve ter recolhido o preparo, há que se observar a regularidade formal do respectivo recurso bem como a inexistência de fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer e principalmente, o ato deve estar sujeito a recurso, sob pena de não conhecimento.

A) Tempestividade

É necessário interpor o recurso tempestivamente, ou seja, dentro do prazo legal, sob pena de não-conhecimento por intempestividade (DIDIER Jr; CUNHA, 2013).

Neste sentido, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) dispõe:

> Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.
> § 5º. Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Os autores afirmam que "a tempestividade do recurso é aferida pela *data do protocolo* [grifo do autor]. Em outras palavras, o que importa, para verificar a tempestividade do recurso, é que ele tenha sido apresentado ao protocolo dentro do prazo legalmente previsto." (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 60).

No caso de interposição do recurso pela via postal, Sandro Kozikoski ensina que "nos casos de processos que tramitem em meio físico, dar-se-á a observância do § 3º do art. 1.003 do CPC" (KOZIKOSKI, 2016, p. 129).

Sinteticamente, o recurso manejado deve estar dentro do prazo para ensejar seu conhecimento pelo tribunal *ad quem*, a depender da forma de protocolo e condições de ciência da intimação da decisão judicial recorrida.

B) Preparo

O preparo é requisito de admissibilidade conforme dispõe o art. 1.007 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) "No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção."

O preparo "Consiste na antecipação das despesas com o processamento do recurso" (GONÇALVES, 2014, p. 66).

O preparo nada mais é do que o recolhimento devido das custas judiciais. Sua ausência acarreta em não conhecimento do recurso por falta do preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

C) Regularidade Formal

A regularidade formal pode ser conceituada pelo doutrinador como a "(...) exigência de que o recurso seja interposto de acordo com a forma estabelecida em lei." (SOUZA, 2014, p. 144).

Em continuidade, pode se estabelecer que, conforme o doutrinador "Todos os recursos devem vir, no ato de interposição, acompanhado das razões que fundamentam o pedido de modificação ou integração do julgado. Não se conhece de recurso desacompanhado de razões" (GONÇALVES, 2014).

Tal regularidade formal dependerá da interposição do respectivo recurso, alterando-se conforme a exigência da disposição legal, conforme suas condições para conhecimento.

D) Inexistência de fatos extintivos ou impeditivos o direito de recorrer

Os doutrinadores ensinam que "há requisitos negativos de admissibilidade do recurso: fatos que não podem ocorrer para que o recurso seja admissível. São os fatos impeditivos e extintivos do direito de recorrer" (DIDIER JR; CUNHA, 2013, p. 56).

O autor explica que "a renúncia impossibilita a apresentação de recurso, seja sob a forma independente, seja sob a forma adesiva, pois o recorrente demonstra que não tem intenção de insurgir-se contra a decisão" (GONÇALVES, 2014, p. 70).

Em relação à aceitação ou aquiescência, o autor define “a aceitação, também intitulada aquiescência, consiste na prática de ato processual capaz de demonstrar a conformação em relação a julgamento desfavorável proferido por juiz ou tribunal.” (SOUZA, 2014, p. 135).

No mais, tem-se a desistência, que também constitui óbice para o conhecimento do recurso.

Segundo Gonçalves, “a desistência é fato impeditivo do direito de recorrer. Difere da renúncia e da aquiescência, porque pressupõe recurso já interposto. É também unilateral, e independe do consentimento do adversário, ainda que este já tenha apresentado resposta”. (GONÇALVES, 2014, p. 70).

Apresentado um ou mais fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer, seja renúncia, desistência ou aquiescência, pode-se dizer que inclusive não há interesse recursal, motivo pelo qual o recurso não é conhecido.

E) Atos sujeitos a recurso

O doutrinador abaixo explica quais atos estarão sujeitos à interposição do recurso:

> No direito processual brasileiro, apenas os atos de autoria de magistrado ou de órgão colegiado judiciário são passíveis de recurso processual. Os demais atos praticados no processo não podem ser impugnados por meio de recurso, porquanto estão sujeitos ao imediato controle dos magistrados, razão pela qual não têm força para causar prejuízo às partes, muito menos para ocasionar a formação de coisa julgada. (SOUZA, 2014, p. 51).

Na mesma linha, outro doutrinador esclarece que “só cabe recurso contra os atos judiciais que tenham conteúdo decisório. Os atos das partes, dos serventuários da justiça ou do Ministério Público, por isso, não se sujeitam a ele” (GONÇALVES, 2014, p. 58).

Fredie Didier Jr e Cunha esclarecem que “há, então, cinco espécies de decisão: a) juiz: interlocutória e sentença; b) em tribunal: unipessoal do relator, unipessoal do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal e acórdão.” (DIDIER JR CUNHA, 2016, p. 98).

Ou seja, atos que não possuem condão decisório não são estão sujeitos a possíveis modificações.

1.3.4 Efeitos dos Recursos

O doutrinador ensina que “A interposição do recurso impede o trânsito em julgado da decisão” (DIDIER Jr; Cunha, 2013, p. 89).

Pode-se denominar, portanto, o chamado efeito obstativo recursal.

Todavia, há que se observar se os recursos interpostos preenchem os requisitos de admissibilidade para serem conhecidos, pois, em contrapartida, a inadmissibilidade dos recursos não possui efeitos, dos quais serão abordados nesse tópico.

1.3.4.1 Efeito Suspensivo

Segundo Greco Filho, o “efeito suspensivo significa poder que tem o recurso de impedir que a decisão recorrida produza sua eficácia própria. O efeito suspensivo nada acrescenta à decisão; ao contrário, impede que seja executada em sentido amplo” (GRECO, 2009, p. 312).

Na mesma linha, os processualistas definem que “o efeito suspensivo é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se quer impugnar” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 91).

Outrossim, corolário ao efeito suspensivo há o efeito obstativo, definido pelo autor:

> A expressão efeito suspensivo não reflete com precisão a realidade, já que há suspensão apenas quando algo já estava fluindo; rigorosamente, nesses casos, o recurso obsta a produção de efeitos do ato decisório, havendo em verdade um efeito obstativo que impede a atuação imediata da decisão. Se a executoriedade é uma característica sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo, a suspensividade é também um atributo da própria decisão impugnada que não projeta imediatamente seus efeitos; é preciso aguardar, no mínimo, até o fim do prazo para a interposição do recurso adequado, e no máximo, até não haver mais a possibilidade de interposição de meio de impugnação dotado de efeito suspensivo (LUCON e OLIVEIRA, 2017, p. 219)

Apenas será aplicado o efeito suspensivo para aqueles recursos que prevê tal aplicação legal expressa a respeito (THEODORO Jr, 2010).

O recurso de Agravo de Instrumento não possui a atribuição imediata, somente podendo ser atribuído a requerimento da parte, conforme previsão no art. 1.019, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB).

Já o Recurso de Apelação sempre terá duplo efeito obrigatório, a saber, efeito suspensivo e efeito devolutivo, previstos no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) “Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo” e “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”

No caso do Recurso de Apelação, o efeito suspensivo é a regra e somente não será aplicado nos casos previstos do artigo 1.012, §1º do CPC (BRASIL, 2015, WEB) e outras previstas expressamente em lei.

1.3.4.2 Efeito Devolutivo e Efeito Translativo

Segundo o autor, o efeito devolutivo pode ser conceituado como:

> Consiste na primeira consequência resultante do ato de interposição do recurso, onde o julgador, acatando o recurso por preencher todos os requisitos legais, devolve [grifo do autor] o conhecimento da matéria impugnada ao juízo com competência recursal para a ação em questão (mesmo juízo de onde emanou a decisão ou juízo hierarquicamente superior), com isso, impedindo o trânsito em julgado da decisão, tenha esta o caráter de interlocutória ou de extintiva, impedindo o arquivamento do processo e a conclusão da ação respectiva. (SCHLICHTING, 2002, p. 134-135).

Derivado ao efeito devolutivo há também sua análise em dois planos, podendo ser analisados em planos horizontais e verticais, este último, quanto a profundidade, chamado de efeito translativo decorrente do efeito devolutivo (DIDIER JR, CUNHA, 2013).

Nery Jr e Rosa Nery lecionam acerca do limite do mérito recursal, também conhecido como efeito devolutivo horizontal:

> A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como consequências: a) a limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (tantum devolutum quantum appellatum); b) proibição da reforma para pior; c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido). (NERY Jr; NERY, ROSA, 2008, p. 856)

Corolário a citação retro, Didier e Cunha explicam que “a extensão do efeito devolutivo determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursal. Trata-se de sua dimensão horizontal” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 92).

O Supremo Tribunal Federal já aplicou o entendimento no caso concreto:

> [...] 3. E embora ausente provocação das partes, a questão deve ser conhecida e apreciada, tendo em vista que, superado o juízo de admissibilidade, o recurso comporta efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão, de conhecer de oficio as questões de ordem pública (BRASIL, STF, 2018).

A jurisprudência explica que o efeito translativo é o efeito devolutivo em sua dimensão vertical, consistente na análise de matéria de ordem pública, como por exemplo, a prescrição e a decadência.

Os autores explicam que o efeito devolutivo em dimensão vertical é o efeito translativo, diferenciando-o do efeito devolutivo em dimensão horizontal:

> O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode decidir; o efeito translativo, o material com o qual o ad quem trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão ad quem como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal). (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 94-95).

Desta forma, abordado neste tópico, portanto, que o efeito devolutivo devolve a matéria impugnada ao órgão superior (dimensão horizontal), podendo inclusive em plano vertical ser apreciado questões de ordem pública.

1.3.4.3 Do Efeito Regressivo ou Efeito de Retratação

Pode-se conceituar como efeito regressivo ou de retratação aquele que permite o juízo a *quo* a reconsiderar e/ou reavaliar a decisão proferida recorrida, modificando-a (GONÇALVES, 2016).

Nesta senda, o autor ensina que o efeito regressivo “trata-se do efeito que autoriza o órgão jurisdicional *a quo* a rever a decisão recorrida” (DIDIER Jr; CUNHA, 2013, p. 96).

Importante citar exemplos dos quais tal efeito é possível de serem aplicados por Lei, com base no autor Marcus Gonçalves que explica e exemplifica:

> O recurso de agravo de instrumento e o de agravo interno são dotados de efeito regressivo, pois sempre permitem ao prolator da decisão reconsiderá-la. A apelação, em regra, não tem esse efeito, Mas há atualmente duas hipóteses em que o juiz pode voltar atrás: a da sentença de extinção sem resolução de mérito (art. 485), no prazo de cinco dias (art. 485, §7º, do CPC); e a sentença de improcedência liminar do pedido, também no prazo de cinco dias (art. 332, §3º)” (GONÇALVES, 2016, p. 879).

Conclui-se, por fim, que o efeito regressivo e/ou retrativo pode ser usado apenas em recursos determinados, sendo uma faculdade do magistrado em modificar sua decisão, não estando este obrigado para tanto.

1.3.4.4 Efeito Substitutivo

O efeito substitutivo pode ser conceituado pelos doutrinadores “O efeito substitutivo indica que, uma vez conhecido o recurso, a decisão do juízo *ad quem*, qualquer que seja o conteúdo substituirá a decisão recorrida” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 534).

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) prevê expressamente no dispositivo 1.008 o efeito substitutivo “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.”

Desta forma, referido efeito está atrelado ao julgamento do recurso, motivo pelo que qual este substitui a decisão anterior.

2. DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

Os pronunciamentos judiciais podem se dar por diversas formas, sendo que cada uma estará sujeita a uma espécie recursal, podendo inclusive estar sujeita a mais de uma espécie, motivo pelo qual este capítulo abordará quais são os pronunciamentos, seus recursos e características.

2.1 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) define no §2º do artigo 203 que decisão interlocutória é “(...) é todo pronunciamento judicial de **natureza decisória [grifo nosso]** que não se enquadre no § 1º”.

Neste sentido, a decisão interlocutória pode ser conceituada como:

> Atos judiciais de conteúdo decisório, que se prestam a resolver questões incidentes, sem pôr fim ao processo ou à fase condenatória. (...) há as decisões interlocutórias que são recorríveis em separado, isto é, por meio de recurso próprio e específico, interposto contra elas, que é o agravo de instrumento (são as enumeradas no art. 1.015 do CPC); e há aquelas que não são recorríveis em separado, por meio do agravo de instrumento (as que não integram o rol do art. 1.015), mas que podem ser reexaminadas, desde que suscitadas como preliminar na apelação ou nas contrarrazões. (GONÇALVES, 2016, p. 850)

Na mesma ótica, o autor ensina que “Todo pronunciamento judicial que não se enquadre no conceito de sentença, mas que tenha natureza decisória, é chamado de decisão interlocutória” (SANTOS, 2017, p. 366).

Prosseguindo quanto à decisão interlocutória, as hipóteses de cabimento para interpor recurso de agravo de instrumento, encontram-se presentes no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Há decisões interlocutórias recorríveis de imediato, consumando a eficácia preclusiva, bem como aquelas que são impugnáveis posteriormente.

Nesta linha, cita-se o autor processualista: “Não se pode dizer, propriamente, que tais decisões sejam irrecorríveis. Elas apenas não são recorríveis em separado (...) devendo ser impugnadas quando do oferecimento de apelação ou das contrarrazões” (GONÇALVES, 2016, p. 850).

Conclui-se, portanto, que as decisões interlocutórias recorríveis de imediato, encontram-se nas hipóteses mencionadas do dispositivo legal (art. 1.015 do CPC/2015). Contudo, caso a parte interessada não interponha recurso no tempo e modo, preclui o seu direito. Em contrapartida, há decisões interlocutórias que não são recorríveis de imediato, podendo ser arguidas em preliminar de apelação ou de contrarrazões, a depender do caso concreto.

2.2 SENTENÇA

Sentença, segundo o art. 203, §1º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) consiste em um pronunciamento judicial, "**Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais**, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, **põe fim à fase cognitiva do procedimento comum**, bem como **extingue a execução**." [grifo nosso].

O doutrinador explana acerca dos procedimentos especiais, bem como acerca da espécie de pronunciamento judicial:

> Há procedimentos especiais divididos em fases. Na ação de exigência de contas, se o autor as pedir, o réu não as prestar e o pedido for julgado procedente, o juiz condena o último a apresentar as contas (art. 550, §5º). Posteriormente, prestadas as contas pelo réu ou pelo autor, o juiz, de um modo ou de outro, deve julgá-las (art. 552). Na divisão e demarcação de terras, há duas fases distintas e, em consequência, dois julgamentos. O primeiro, quando soluciona simplesmente a pretensão de demarcar ou de dividir (art. 578 e 589). Procedente o pedido, o processo passa para nova fase, que vai terminar com a sentença homologatória da demarcação (art. 587) ou divisão (art. 597, §2º). (SANTOS, 2017, p. 605).

Em tais procedimentos especiais para que se defina como sentença, o que vale é a soma dos atos, de modo que se extingue uma fase autônoma para posterior julgamento da sua próxima (segunda fase), que em que pese prossiga, coloca um fim a primeira fase, motivo que é qualificada como uma sentença, nas duas ocasiões/fases, possuindo rito próprio (SANTOS, 2017).

Em relação aos procedimentos ditos comuns, a sentença põe fim à fase cognitiva com base nos art. 485 ou 487 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB), podendo ser extinta com resolução de mérito ou sem resolução de mérito, temas que serão abordados nos tópicos a seguir.

As sentenças podem ser declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais ou executivas. Nas declaratórias, em síntese, a finalidade consiste na declaração de existência ou inexistência de uma relação, situação ou estado jurídico. Nas condenatórias, reconhece a exigibilidade e estabelece uma sanção correspondente à citada violação, sendo que o proferimento de tal decisão culmina em título executivo, que pode ser autuado jurisdicionalmente pela parte beneficiária da condenação na fase de cumprimento de sentença. Nas sentenças constitutivas, não se impõe sanção, declarando o direito do autor de obter a modificação do plano jurídico e se implementa tal mudança, não ensejando execução, apenas alterando, extinguindo ou criando uma situação jurídica. Nas sentenças mandamentais, há uma ordem a ser cumprida e o seu descumprindo caracteriza desobediência ao Poder Judiciário. Por fim, as sentenças executivas, além de conter autorização para execução, possuem condão de satisfazer o credor e independe de nova demanda para tanto. (WAMBIER; TALAMINI, 2016).

Em complemento, afirma o art. 489 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) que os requisitos essenciais para a compor a decisão judicial da espécie sentença são três elementos, sendo eles o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

Marinoni e Arenhart, ensinam que:

> O relatório objetiva permitir que o juiz demonstre que conhece o processo que vai julgar, o que é fundamental para que se possa controlar atividade do magistrado. A fundamentação, através da qual o juiz deve demonstrar a razão de sua "decisão", não só possibilita o controle da atividade do magistrado, como também permite ao

> recorrente e ao órgão de segundo grau de jurisdição compreenderem de forma adequada o motivo que levou o juiz a "decidir" de certa forma. Por fim, o dispositivo permite isolar o que foi realmente "decidido", o qual se torna imutável e coberto pela chamada coisa julgada material. (MARINONI e ARENHART, 2013, p. 403).

Há que se destacar que no rito do Juizado Especial Cível o relatório é dispensável, conforme dispõe o artigo 38 "A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório." (BRASIL, 1995, WEB).

Outrossim, o magistrado deverá observar as hipóteses do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB), a fim de que sua sentença não se torne inválida e, consequentemente oponível com o recurso de embargos de declaração.

As sentenças podem ser terminativas ou definitivas, conforme emana o art. 485 e 487, ambos do CPC (BRASIL, 2015, WEB), conforme se passará a tratar nos próximos tópicos.

2.2.1 Sentença sem Resolução de Mérito

Sentenças sem resolução de mérito, também conhecidas como sentenças terminativas, são aquelas elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil (BUENO, 2017, p. 405).

Na mesma ótica, outros autores explicam que "(...) sentenças meramente processuais ou terminativas são aquelas que não resolvem o mérito da causa. Nelas, o juiz limita-se a fundamentadamente consignar a impossibilidade de julgar o mérito (...)" (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 420).

Tal dispositivo legal menciona diversas hipóteses que a sentença não entra no mérito, justamente em virtude das causas processuais que impedem o magistrado de apreciá-las, sendo: indeferimento da petição inicial, paralisação e abandono do processo; ausência de pressupostos processuais de existência ou de validade; irregularidade no exercício do direito de ação; desistência; intransmissibilidade do direito entre outros casos previstos (BUENO, 2017, p. 405-407).

Ou seja, as sentenças sem resolução de mérito, terminativas ou meramente processuais "(...) são aquelas em que o juiz deixa de apreciar o mérito por um defeito quanto aos pressupostos processuais (positivos ou negativos) ou as condições da ação." (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 420).

Portanto, as sentenças sem resolução de mérito são sentenças tipicamente processuais, que impedem ao magistrado/julgador apreciar o mérito, previstas no art. 485 do Código de Processo Civil, sendo que o recurso cabível para este tipo de pronunciamento é o de apelação, explanado em tópico próprio deste trabalho.

2.2.2 Sentença com Resolução de Mérito

Sentenças com resolução de mérito, também conhecidas como sentenças definitivas, são aquelas elencadas no artigo 487 do Código de Processo Civil (BUENO, 2017).

Na mesma ótica, os autores explicam que "tais sentenças apenas podem ser proferidas se presentes os pressupostos de admissibilidade de exame de mérito, ou seja, as condições da ação e os pressupostos processuais, e se não ocorrer nenhum dos outros impedimentos ou acidentes previstos no art. 485" (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 428).

Neste caso, a sentença realiza a análise do mérito, averiguando as hipóteses de acolhimento ou rejeição do pedido, decadência ou prescrição, homologação de atos dispositivos ou auto compositivos (BUENO, 2017).

O doutrinador ensina que:

> A sentença de mérito põe fim ao litígio. Pode ela ser jurisdicional e não jurisdicional. Ambas encerram o processo, mas, enquanto a primeira é comando estatal que se expede na regulamentação do caso concreto, solucionando o litígio, a sentença não jurisdicional, ou sentença de jurisdição voluntária, simplesmente confirma a validade formal de ato de disponibilidade material das partes, encerrando o processo. (SANTOS, 2016, p. 836).

Na mesma ótica, "tais sentenças veiculam a resolução do conflito; definem normas que incidiram no caso; dizem quem tem razão, reconhecendo-lhe o bem jurídico a que faz jus; e, se for o caso, ditam as providências (...) para adequá-la a tal reconhecimento" (WAMBIER; TALAMINI, 2016,p. 428).

Portanto, as sentenças com resolução de mérito são sentenças em que o magistrado aprecia o mérito, previstas no art. 487 do Código de Processo Civil, sendo que o recurso cabível para este tipo de pronunciamento é o de apelação, explanado em tópico próprio deste trabalho.

2.2.3 Sentença Parcial de Mérito

Os doutrinadores explicam que a sentença parcial de mérito é admitida no Código de Processo Civil, mormente quando a decisão interlocutória possui o conteúdo dos arts. 485 ou 487, no seguinte sentido:

> (...) o Código admite decisões como conteúdo dos arts. 485 ou 487, mas que não põem fim ao processo nem a sua fase de conhecimento. São as decisões interlocutórias que reconhecem a parcial impossibilidade de julgamento do mérito (art. 354, parágrafo único) ou julgam antecipadamente apenas uma parte do mérito. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 433).

E explicam que "tais pronunciamentos submetem-se, em linhas gerais, aos mesmos elementos (...) da sentença e em geral são aptos a produzir os mesmos efeitos e a revestir-se da mesma autoridade (coisa julgada formal e material, conforme o caso)" (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 433).

Paulo Henrique e Pedro Miranda ensinam que "por se tratar de decisão interlocutória, o recurso cabível contra o julgamento parcial de mérito é o agravo de instrumento. É o que prevê o art. 356, §5º, assim como o art. 1.015, inciso II." (LUCON, OLIVEIRA, 2017, p. 501).

Em contrapartida, quanto às hipóteses de ocorrência do pronunciamento de tal decisão, os doutrinadores explicam que:

> Tal fatiamento do mérito pode ocorrer em relação a um ou alguns dos vários pedidos formulados na ação, na reconvenção ou em outras demandas incidentais (como é o caso da denunciação da lide). Por exemplo: o autor formula três pedidos na inicial - e dois deles, por ocasião do julgamento conforme o estado do processo, não apresentam nenhuma controvérsia quanto aos fatos que os embasam, havendo necessidade de provas apenas relativamente ao terceiro pedido. Outro exemplo: as provas documentais reunidas nos autos já estão suficientes para elucidar os fatos relevantes para o julgamento do pedido feito pelo

> autor, sendo necessária somente instrução probatória relativamente ao suporte fático da reconvenção que o réu formulou. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 206).

Diante disso, “se não for atribuído efeito suspensivo ao agravo contra tal decisão (...) ela poderá ser, desde logo, executada provisoriamente - e se for o caso, procedendo-se antes à liquidação da condenação” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 207).

Os autores se referem ao Capítulo II, do Título II do Cumprimento de Sentença do Código de Processo Civil, disposto a partir do artigo 520 e seguintes que possibilita à parte promover a execução do comando judicial antes mesmo do trânsito em julgado da ação.

Nesta senda, os autores chamam a atenção para a eficácia da decisão parcial de mérito, ou seja, “(...) o julgamento parcial do mérito, por ser veiculado por meio de uma decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento sem efeito suspensivo automático, tem eficácia imediata.” (LUCON, OLIVEIRA, 2017, p. 502).

E, prosseguem, atestando que “a decisão de mérito é, portanto, muito mais efetiva e capaz de gerar resultados práticos ao jurisdicionado que a própria sentença final. (...) A decisão mais superficial tem maior eficácia que a própria sentença. É o caso típico em que o menos vale mais” (LUCON, OLIVEIRA, 2017, p. 502-503).

Ademais, “o trânsito em julgado da decisão interlocutória de mérito, forma-se coisa julgada material sobre o comando decisório ali contido (art. 502 do CPC/2015) - independentemente do trânsito em julgado do pronunciamento que resolve a parte restante do mérito” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 207).

Conclui-se, portanto, que a sentença parcial de mérito, embora seja veiculada através da decisão interlocutória, possui os efeitos de uma sentença, bem como possui eficácia preclusiva, sendo muito mais vantajosa em termos processuais, podendo a parte promover cumprimento de sentença provisório para executar o contido no comando judicial.

2.3 DAS ESPÉCIES RECURSAIS

O artigo 994 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB) traz consigo diversas espécies recursais, das quais são cabíveis para determinados pronunciamentos judiciais.

Além dos previstos em referido artigo, há também recursos previstos em Lei Federal diversa, como por exemplo, o Recurso Inominado, previsto na Lei dos Juizados Especiais Cíveis (BRASIL, 1994, WEB).

Neste tópico, tratar-se-á acerca dos recursos elencados abaixo, características, contra quais decisões judiciais e demais detalhes processuais.

2.3.1 Do Agravo de Instrumento

O Agravo de Instrumento possui previsão legal no art. 994, inciso II, bem como no art. 1.015, ambos do Código de Processo Civil, tendo como hipóteses de cabimento o rol do último dispositivo citado e prazo para interposição de 15 dias.

O agravo de instrumento é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias, elencadas no rol taxativo do art. 1.015 do CPC (DONOSO; SERAU Jr., 2018).

Contudo não se permite a recorribilidade imediata de toda e qualquer decisão interlocutória. Cássio explica:

> (...) sobre o que fazer diante de uma decisão interlocutória não prevista como agravável de instrumento pelo art. 1.015 (...) a resposta que se mostra correta é a

> seguinte: não cabe nenhum recurso, porque as hipóteses ventiladas estão fora das previsões do art. 1.015. Resta ao interessado suscitar a questão em razões ou contrarrazões de apelo (art. 1.009, §§1º e 2º) e, naquele instante – a posteriori, não imediatamente, portanto -, tentar reverter o que for reversível ou, pura e simplesmente, conformar-se com a decisão tal qual proferida anteriormente. (BUENO, 2017, p. 728-729)

Na mesma ótica, os autores ensinam que:

> (...) existem dois tipos de decisão interlocutória, quais sejam: (i) as agraváveis, dispostas no rol do art. 1.015 do CPC, que precluirão se não forem o objeto de recurso de agravo de instrumento; e (ii) as não agraváveis, que justamente por não estarem sujeitas ao regime de preclusão imediata, serão apreciadas e quando houver futuro recurso de apelação, por provocação da parte, na forma do art. 1.009, §1º do CPC. (DONOSO; SERAU Jr, 2018, p. 210).

As hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento estão previstas no art. 1.015 do CPC, podendo ser recorridas quando se tratar de decisão interlocutória que versar sobre (i) tutela provisória (aquelas previstas nos arts. 294 a 311 do CPC); sobre (ii) mérito do processo, podendo ser qualquer ponto controvertido que interfira no objeto principal do processo; sobre (iii) rejeição da alegação de convenção de arbitragem, sobre (iv) rejeição do pedido de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, tal requerimento é previsto no art. 98 do CPC, em caso de indeferimento, ou uma vez deferido e após revogado, cabe agravo de instrumento da decisão denegatória; sobre (v) exibição ou posse de documento ou coisa, neste inciso, o legislador deixou aberto, qualquer que seja o conteúdo da decisão sobre exibição ou posse de documento ou coisa, cabe decisão interlocutória; (vi) exclusão de litisconsorte; (vii) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, (viii) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, o ingresso de terceiro pode ser espontâneo ou provocado e em qualquer caso, o juiz que admite ou rejeite desafia a parte a interpor o recurso de agravo de instrumento; (ix) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; (x) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º do CPC; (xi) outros casos expressamente referidos em lei. (DONOSO; SERAU JR, 2018, p. 211-222).

2.3.2 Apelação

A apelação é o recurso cabível da sentença. Tal afirmação consiste na literalidade do art. 1.009 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB).

O prazo para a interposição de referido recurso é de 15 (quinze) dias, conforme disposição no § 5º do art. 1.003 do CPC: “Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.” (BRASIL, 2015, WEB).

Os doutrinadores conceituam e definem que apelação pode ser interposta sobre qualquer tipo de sentença. Registra-se:

> A apelação, então, é o recurso cabível para se impugnar os atos do juiz que ponham termo ao procedimento, com ou sem julgamento do mérito; ou seja, serve para impugnar as sentenças definitivas ou terminativas. Em qualquer procedimento, seja ele ordinário, sumário ou especial. É irrelevante se o procedimento adotado se insere na jurisdição voluntária ou contenciosa. A extinção do processo se dá por sentença e esta é desafiada por apelação. O processo cautelar também se encerra por sentença, da qual cabe apelação. Conquanto não haja julgamento na execução, esta se encerra, de igual modo, por

> sentença (CPC, art. 795), da qual também cabe, em tese, apelação. (DIDIER; CUNHA Jr, 2013, p. 107).

Conforme teor do dispositivo legal 1.010 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB), a apelação conterá obrigatoriamente (i) os nomes e a qualificação das partes; (ii) a exposição do fato e do direito; (iii) as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; (iv) o pedido de nova decisão.

Após a interposição do recurso de apelação o apelado é intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, e posteriormente, os autos são remetidos ao tribunal pelo juiz, consoante §1º do art. 1.010 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, WEB).

A apelação tem efeito devolutivo e suspensivo, conforme preconiza o CPC em seu art. 1.013 “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada” e art. 1.012 “A apelação terá efeito suspensivo” (BRASIL, 2015, WEB).

Em contrapartida, há exceções. O recurso de apelação pode não ser recepcionado pelo efeito suspensivo, nos casos previstos do §1º do art. 1.012 do CPC.

Nestes casos, o interessado desde poderá promover o cumprimento de sentença provisório, conforme dispõe o §2º do art. 1.012 do CPC “Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.” (BRASIL, 2015, WEB).

De toda forma, o efeito suspensivo pode ser requerido a fim de que a eficácia seja suspensa, devendo o mesmo demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação, devendo tal requerimento ser dirigido ao tribunal ou ao relator em caso de já houver sido distribuído, previsão expressa do §§ 3ºe 4º do art. 1.012 do CPC.

Ademais, faz necessário registrar que “As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”, previsto no §1º do art. 1.009 do CPC.

2.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Conforme visto, o princípio da fungibilidade condiz na possibilidade de o julgador receber um recurso por outro, a depender do tipo da decisão recorrida, através das possibilidades recursais disponíveis, quando houver dúvida objetiva, da qual deverá ser analisado diante do caso concreto.

Necessário concluir, diante de todo o estudo do presente trabalho, os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema em questão no território nacional, a começar pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, estado da qual está sendo realizado o presente estudo.

Com isso, extrai-se a ementa do acórdão proferido nos autos nº 0311863-43.2017.8.24.0064 na Comarca de São José:

> APELAÇÃO CÍVEL. [...] PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE NÃO PÔS FIM À FASE DE CONHECIMENTO DO PROCESSO E, PORTANTO, NÃO SE CARACTERIZA COMO SENTENÇA. JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO. RECURSO CABÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 356, § 5º, DO CPC). INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. Os requisitos que autorizam o órgão judiciário conhecer o impróprio

> como o adequado mereceram a seguinte enumeração da 1.ª Turma do STJ: 'A adoção do princípio da fungibilidade exige sejam presentes: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo (Nelson Nery Júnior. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 303) (...) **Pois bem, a caracterização de erro grosseiro impede que o recurso seja conhecido, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade recursal** (...) (TJSC, 2019, WEB). [grifo nosso]

Neste caso, conforme estudado no primeiro capítulo, o princípio da fungibilidade não foi aplicado em razão dos Desembargadores da Primeira Câmara de Direito Comercial do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina entenderem que o recurso interposto de apelação em sentença parcial de mérito trata-se de erro grosseiro, eis que o art. 356 do CPC é expresso ao afirmar que o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Sendo assim, a aplicação do princípio da fungibilidade não fora aplicado, eis que a desatenção ao tipo recursal contido no dispositivo legal trata-se de erro grosseiro, e este, como visto, é um dos impeditivos para a aplicação do princípio, haja vista que tal princípio não serve para corrigir erros de um profissional inábil, mas tão somente para salvar o ato decorrente de uma dúvida objetiva (RIBEIRO; BARBOSA, 2006).

O mesmo entendimento é adotado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos autos nº 0028178-42.2017.8.16.0001 da Comarca de Curitiba em recente julgado de 17 de julho de 2019 proferido pela Desembargadora Relatora Joeci Machado Camargo em sede de decisão monocrática:

> DECISÃO MONOCRÁTICA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO – EQUÍVOCO NA ELEIÇÃO DA VIA RECURSAL – DECISÃO NÃO TERMINATIVA QUE SE SUJEITA À INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREVISÃO EXPRESSA DO ART. 356, §5º DO NCPC – HONORÁRIOS RECURSAIS – NÃO APLICAÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] O que fez o Juízo foi tão só resolvera quo parte da demanda, determinando de modo expresso o seguimento do feito quanto aos demais aspectos. Tanto isso é verdade que basta verificar a tramitação do feito de origem para constatar que os próprios recorrentes continuaram a se manifestar sobre os demais termos do processo. **Logo, uma vez que não houve o encerramento da fase de conhecimento colocada sob a cognição do Juízo singular, o recurso cabível é de fato o agravo de instrumento, conforme destaca o já citado art. 356, §5º do NCPC. É importante sublinhar também que o referido comando normativo decorre da própria compreensão lógica do sistema processual em vigor: se o apelo é cabível contra decisões de mérito e terminativas, as decisões que não encerram a cognição devem obrigatoriamente se sujeitar a outro recurso – no presente caso, ao agravo de instrumento** (TJPR, 2019, WEB). [grifo nosso].

Neste julgado, a desembargadora relatora ensina que a sentença parcial de mérito não põe fim a fase cognitiva do processo, tratando-se de decisão interlocutória que resolve parcela do processo.

Inclusive, explica que os autos originários prosseguem em relação aos demais pedidos contidos na peça exordial. Dito isso, é compreensão lógica do sistema processual do diploma legal em vigência que o recurso cabível é o agravo de instrumento, disposto pelo legislador no §5º do artigo 356 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, o mesmo entendimento jurisprudencial é adotado por todo o âmbito nacional, a saber: Apelação Cível n. 70080269566 (TJ-RS, 2019, WEB); Apelação Cível n. 1001357-34.2016.8.26.0229 (TJ-SP, 2019, WEB); Apelação Cível n. 1.0000.19.003587-3/001 (TJ-MG, 2019, WEB) e Apelação Cível n. 0002039-84.2010.8.19.0043 (TJ-RJ, 2019, WEB).

Inclusive, no âmbito da Justiça Federal o mesmo entendimento é adotado quanto à não aplicação do princípio por erro grosseiro.

Registra-se o julgado do e. Tribunal Regional Federal de 4ª Região:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DECISÃO QUE EXTINGUE PARCIALMENTE O PROCESSO ("SENTENÇA PARCIAL"). EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ADEQUADO. APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INADMISSÍVEL. **A decisão monocrática, proferida sob a égide do CPC/2015 e no âmbito da Justiça Federal, que extingue parcialmente o processo, sem exame do mérito, permitindo o prosseguimento em relação a outros réus e declinando da competência à Justiça Estadual, não tem natureza jurídica de sentença, e sim de interlocutória, desafiando agravo de instrumento, e não apelação. Precedentes do STJ e desta Corte. Tratando-se de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade**. (TRF4, 2019, WEB) [grifo nosso].

Outrossim, o julgado abaixo proferido no e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região também adotou o mesmo entendimento:

> [...] DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. [...] 4 - Ao se analisar a decisão de fl. 411, observa-se que foi homologada a desistência parcial dos presentes embargos (fls. 399/400) e condenado o embargante em honorários advocatícios, **restando consignado expressamente que os autos deveriam retornar para apreciação das questões pendentes, não extinguindo o processo**. Sendo parcial a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, não é possível julgar extinto o processo com fundamento no artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil/1973, **devendo o feito prosseguir quanto ao débito remanescente. Assim, uma vez que a decisão que julga parte do mérito não é sentença, caberia contra ela agravo de instrumento e uma vez não interposto oportunamente referido recurso, opera-se o fenômeno da preclusão sobre a matéria**. 5 - Recurso de apelação desprovido. (TRF 3ª Região, 2017, WEB) [grifo nosso].

Contudo, há entendimentos contrários ao supracitado.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que por ora, não aplicou o princípio da fungibilidade no citado julgado em epígrafe (Apelação Cível n. 0002039-84.2010.8.19.0043), em controvérsia no julgado que será transladado abaixo (Apelação Cível n. 0048593-24.2015.8.19.0004), aplicou-o.

Registra-se e explica-se:

> Apelação cível. Incorporação imobiliária. Relação de consumo. Controvérsia acerca da indenizabilidade decorrente da não construção de um muro em unidade imobiliária térrea. **Extinção parcial do processo, de cunho definitivo, nos termos do artigo 487, II do Código de Processo Civil. Decisão que embora não seja recorrível mediante apelação, na forma do que dispõe o parágrafo único do artigo 354 do mesmo diploma processual, deve ensejar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, considerando-se que o Juízo de**

> **origem indevidamente atribuiu à sua decisão o termo ¿sentença¿, gerando insegurança quanto ao recurso adequado e induzindo o recorrente ao manejo do recurso de apelação**. Equivocada extinção do processo com resolução do mérito, pelo indevido reconhecimento do fenômeno decadencial previsto no artigo 26, II do CDC. Fato do serviço, com repercussão danosa do vício da coisa, que não deve ser confundido com o próprio vício, ensejando pleito indenizatório. Aplicabilidade do artigo 27 do Estatuto Consumerista. Pedidos de indenização por danos materiais que se fundam na responsabilidade civil pelo descumprimento contratual. Anulação da sentença, afastando-se a ocorrência do fenômeno decadencial, inaplicável à pretensão reparatória, acobertada pelo prazo de cinco (05) anos. Apelo provido. (TJRJ, WEB, 2019) [grifo nosso].

Neste caso concreto e específico, o douto magistrado a *quo* do TJ-RJ ao exarar o comando judicial, nomeou seu pronunciamento apenas como sentença, causando dúvida objetiva quanto a espécie recursal cabível ao causídico no momento da interposição do recurso.

Diante disso, tal engano é justificável, podendo ser corrigido pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal em decorrência da dúvida objetiva da natureza do comando judicial (PORTANOVA, 2005).

Em contrapartida, na ação de exigir e prestar contas, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal é receptada, de um modo geral.

Isto, porque, o procedimento especial previsto no artigo 550 e seguintes do Código de Processo Civil, prevê que tal rito terá duas fases, sendo a primeira a de exigir e a segunda de prestar contas, e em consequência, a prolação de uma verdadeira sentença que encerra a primeira fase para posterior abertura da segunda.

Destarte, veja-se o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais em tal caso:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXIGIR CONTAS - ENCERRAMENTO DA PRIMEIRA FASE - DECISÃO DE MÉRITO - NÃO CABIMENTO DO RECURSO. O pronunciamento judicial que encerra a primeira fase da ação de exigir contas é decisão interlocutória de mérito (CPC, art. 550, § 5º), contra o qual cabe agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, II) [...] APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. PRIMEIRA FASE**. CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DAS CONTAS, ANTES DE TORNADA CERTA E INDISCUTÍVEL A OBRIGAÇÃO DE PRESTÁ-LAS. APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. A definição de sentença, contida no caput, do Art. 203, do CPC de 2015, aplica-se ao pronunciamento jurisdicional que encerra a primeira fase da ação de exigir contas, já que não podem ser tomadas as contas antes de definida, com trânsito em julgado, a obrigação de prestá-las. **Nada há de interlocutório no julgamento da primeira fase do processo, que encerra duas lides, prejudicial e sucessiva, a exigir duas sentenças. Uma vez que a pretensão objeto da primeira fase é a definição da obrigação de prestar contas, o pronunciamento judicial que versa sobre o tema - embora parte de um todo maior - exaure completamente o mérito procedimental, razão pela qual não se configura decisão parcial de mérito (art. 356 do CPC de 2015), mas sim verdadeira sentença, ainda que parcial.** Ante a existência de lide prejudicial, inaplicável a ressalva do parágrafo 1º, do Art. 203, do CPC de 2015, já que a própria especialidade do procedimento afasta terminantemente a possibilidade de recurso sem efeito suspensivo, a excluir o agravo de instrumento. **Em razão de profunda controvérsia ainda existente, além da igualdade de prazo dos recursos de Apelação e Agravo, entendo que se deva admitir este por aquele, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.** (TJMG, 2018, WEB) [grifo nosso].

É cedido que o pronunciamento judicial que prevê o encerramento da primeira fase da ação de exigir costas previsto na legislação trata-se de uma sentença, conforme art. 552 do CPC “A sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial” (BRASIL, 2015, WEB).

No entanto, a aplicação da fungibilidade recursal diante desse caso é imperiosa, haja vista o grande debate jurisprudencial acerca da matéria, considerando que o processo tem prosseguimento dando início a segunda fase, a de prestar contas.

Desta forma, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos nº 0040531-29.2014.8.19.0004, proferido pela 25ª Câmara Cível em recentíssima decisão, aplicou o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça no REsp 1746337/RS em casos análogos:

> Apelação Cível. [...] **Ação de Prestação de Contas** com pedido incidental de exibição de documentos. [...] Encerramento da primeira fase. Ato judicial que condena o réu a prestar as contas devidas ao autor, no prazo de cinco dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar. Apelação interposta pelo réu requerendo a "extinção do feito com o julgamento do mérito, em razão dos documentos já apresentados juntamente com a contestação". 1. Natureza jurídica do ato que encerra a primeira fase da ação de prestação de contas/exigir contas. 1.1. Na vigência do CPC/73 o ato judicial em questão era uma sentença (art. 915) e, portanto, ensejava o recurso de apelação. 1.2. **No NCPC, segundo entendimento recente do STJ, no julgamento do REsp 1746337 / RS, "o ato judicial que encerra a primeira fase da ação de exigir contas possuirá, a depender de seu conteúdo, diferentes naturezas jurídicas: se julgada procedente a primeira fase da ação de exigir contas, o ato judicial será decisão interlocutória com conteúdo de decisão parcial de mérito, impugnável por agravo de instrumento; se julgada improcedente a primeira fase da ação de exigir contas ou se extinto o processo sem a resolução de seu mérito, o ato judicial será sentença, impugnável por apelação"**. 1.3. Hipótese dos autos que julgou procedente a primeira fase, portanto, trata-se de decisão parcial de mérito que ensejaria a interposição de agravo de instrumento, nos termos do art. 1015, II, do NCPC. 1.4. Inocorrência de erro grosseiro. **Divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à natureza jurídica, aliada ao fato de o magistrado ter nomeado o ato como sentença. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal que, em tese, possibilitaria o conhecimento do recurso.** [...] (TJRJ, 2019, WEB) [grifo nosso].

O julgado supracitado traz à tona justamente o tipo da resolução da decisão – sua natureza jurídica, o que na prolação de uma sentença comum, não há dúvida quanto ao tipo recursal, tendo em vista que da sentença comum o recurso cabível é apelação.

Todavia, em se tratando de ação de exigir e prestar contas, e considerando a divergência doutrinaria acerca do pronunciamento judicial, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que se o comando emanado pelo magistrado ao encerrar a primeira fase deste procedimento especial JULGAR PROCEDENTE, ou seja, considerar que as contas são exigíveis, aquela decisão será impugnável por agravo de instrumento, eis que será entendida como decisão interlocutória com conteúdo de decisão parcial de mérito, denominada igualmente como sentença parcial de mérito.

Em contrapartida, se a decisão emanada encerrar a primeira fase julgar IMPROCEDENTE a ação de exigir contas, ou seja, não considerar que as contas são exigíveis ou extinguir o processo com base em alguma das hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil sem resolução de mérito, referida decisão será impugnável por apelação, eis que o ato judicial proferido será uma verdadeira sentença comum.

Portanto, conclui-se ao fim do presente trabalho, que a aplicação da fungibilidade recursal em suma, não é possível, diante dos julgados colacionados no território nacional, considerando que há expressa determinação na legislação que o recurso cabível é agravo de instrumento, os tribunais entendem ser erro grosseiro.

Contudo, há que se analisar o caso concreto, tendo em vista que na ação de exigir e prestar contas, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal é admitida.

Da mesma forma, se o magistrado deixar uma margem considerável de dúvida ao nomear seu comando judicial como sentença ao invés de decisão interlocutória, há possibilidade do Tribunal superior reformar a decisão a fim de aplicar tal princípio, eis havendo dúvida objetiva referente a natureza jurídica do pronunciamento judicial, a aplicação é justificável.

CONCLUSÃO

No presente artigo científico, buscou-se a análise da aplicação do princípio da fungibilidade recursal na sentença parcial de mérito no processo civil brasileiro, através de pesquisa doutrinária, documental, tendo como maior peso o entendimento jurisprudencial nos âmbitos federais e estaduais perante os Tribunais.

Para tanto, no primeiro item do artigo, realizou-se o estudo e distinção entre norma, regras e princípios, concluindo-se que norma jurídica se divide nas espécies de regras e princípios, sendo que há regras mais importantes que outras. Já princípios são garantias individuais de cada cidadão e têm maior importância, pois consagram valores, pilares para a construção de todo estudo doutrinário.

Na sequência, registrou-se o conceito dos principais princípios recursais pertinentes à análise da problemática do trabalho: o princípio do contraditório e da ampla defesa; do duplo grau de jurisdição; da taxatividade; da singularidade; da instrumentalidade; da eficiência; da fungibilidade e da proibição da *reformatio in pejus*.

No terceiro item do primeiro capítulo, tratou-se dos recursos, sua definição, abordando a natureza jurídica e características diante dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, que em regra, são aplicáveis a todos as espécies recursais.

Viu-se também quais os atos sujeitos a recurso e seus efeitos, o que se concluiu que os efeitos dos recursos variam para cada espécie recursal.

No segundo capítulo, abordou-se os pronunciamentos judiciais pertinentes à problemática trazida, explicando os conceitos de despacho, decisão interlocutória e monocrática, sentença (com resolução de mérito e sem resolução de mérito) e sentença parcial de mérito. Em prosseguimento, tratou-se das diferentes espécies recursais, no qual ficou demonstrado que para cada recurso previsto há uma ou mais decisões judiciais aplicáveis para cada espécie.

Explanou-se também que existem decisões interlocutórias que são recorríveis de imediato (que se opera a preclusão em caso de intempestividade) e as irrecorríveis de imediato, podendo a última, ser arguida em preliminar de apelação ou contrarrazões, a depender do caso concreto.

No tocante à apelação, percebe-se que tal recurso é unicamente destinado à sentença, conforme dispositivo legal processual, com o objeto de reformar/anular o ato do juiz, tampouco importando o tipo de resolução do mérito da sentença (se com ou se sem resolução de mérito).

Viu-se também que há sentenças que não são recorríveis por apelação, eis que nos procedimentos especiais (principalmente), possuem um tipo recursal específico, a citar o recurso inominado no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Por fim, realizada a análise jurisprudencial acerca da temática discutida perante o presente trabalho, conclui-se que o princípio da fungibilidade, em suma, não é aplicável a sentença parcial de mérito, eis que caracteriza erro grosseiro, impedindo sua aplicação, eis que expressamente previsto no art. 356, §5º da Lei Federal nº 13.105/2015.

Isto, pois, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal apenas é cabível quando visivelmente trata-se de dúvida objetiva e não para corrigir erros de um profissional inábil, conforme os doutrinadores supracitados e jurisprudências colacionadas.

Contudo, há entendimentos contrários a depender do caso concreto.

Neste sentido, acostou-se ao teor do presente trabalho um julgado proferido recentemente que aplicou o princípio da fungibilidade, pois o magistrado nomeou seu comando judicial como “sentença”, causando dúvida objetiva quanto à espécie recursal cabível.

Neste caso, o engano é justificável, o que permite a aplicação do referido princípio.

Em contrapartida, na ação de exigir e prestar contas a aplicação do princípio da fungibilidade é receptada, de um modo geral, eis que há dúvidas quanto à natureza jurídica que encerra a primeira fase.

Em que pese a previsão em lei que tal comando em questão é uma sentença, é cedido, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que se trata de uma sentença parcial de mérito, eis que há continuidade, visto que há início a segunda fase da ação.

Outrossim, trouxe o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, a depender da procedência ou improcedência na ação de exigir e prestar contas, há um tipo recursal para cada ato.

Se a demanda for julgada procedente, o recurso cabível será o de agravo de instrumento. No entanto, se a demanda for julgada improcedente, há, em tese, o enceramento da fase cognitiva da demanda, tendo como recurso cabível o de apelação.

Por conclusão, cabe a análise do caso concreto para a possível aplicação, devendo sempre se atentar aos requisitos para a sua aplicabilidade, tendo como principal elemento a dúvida objetiva e a não caracterização de erro grosseiro, devendo sempre respeitar os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos, com exceção do cabimento (que poderá ser flexibilizado perante a aplicação do princípio da fungibilidade, a depender do caso concreto).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J.E Carreira. **Teoria Geral do Processo.** 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan R. Sobre princípios e regras. **RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. Bahia, v. 4, n.1, p. 07, jan-jun 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/35112130/SOBRE_PRINC%C3%8DPIOS_E_ REGRAS>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BARROSO, Carlos E. F. M. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de out**. **1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. **Código de Processo Civil,** de 16 de mar 2015**.** Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. **Lei nº 9.099/95,** de 26 de set 1995. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 26 maio. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 99.** O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Julgado em 14 abr 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula99.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Especial nº 8.68551/RJ**. Relator Dias Toffoli, Data do Julgamento 31/08/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28868551%2ENUME%2E+OU+868551%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yxtqc4r7>. Acesso em: 26 maio 2019. Relator Ramom Tácio, Data do Julgamento 28/11/2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=EDAC2F55812210D086D997665E39A3AA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=fungibilidade+senten%E7a+parcial+m%E9rito&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em 18/08/2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0000.19.003587-3/001.** Relator Valdez Leite Machado, Data do Julgamento 04-07-2019 Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=EDAC2F55812210D086D997665E39A3AA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=fungibilidade+senten%E7a+parcial+m%E9rito&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.** 0028178-42.2017.8.16.0001**.** Relator Salim Schead dos Santos, Data do Julgamento 11-07-2019. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009250312/ Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-0028178-42.2017.8.16.0001#>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70080269566.** Relator Luís Augusto Coelho Braga, Data do Julgamento 23-05-2019 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0002039-84.2010.8.19.0043.** Relator Francisco de Assis Pessanha Filho, Data do Julgamento 29-05-2019. Disponível em: < http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris. aspx?PageSeq=0&Version=1.1.4.1>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0048593-24.2015.8.19.0004.** Relator Celso Luiz De Matos Peres, Data do Julgamento 03-07-2019. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.4.1>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0040531-29.2014.8.19.0004**. Relator JDS Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy, Data do Julgamento 19-06-2019. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.4.1>. Acesso em: 18 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0311863-43.2017.8.24.0064.** Relator Salim Schead dos Santos, Data do Julgamento 11-07-2019 Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 1001357-34.2016.8.26.0229.** Relator Salles Vieira, Data do Julgamento 29-07-2019 Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário nº 0001365-12.2013.5.03.0136**. Relator Joao Bosco Pinto Lara. Data do Julgamento 15/06/2016 Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm;jsessionid=FB2B72CA443BD41CA4CC6254591AA487>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 3º Região. **Apelação Cível nº 0013372-16.2013.4.03.9999.** Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, Data do Julgamento 19-04-2017. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em 18 ago. 19.

_____. Tribunal Regional Federal da 4º Região. **Apelação Cível nº 5003372-06.2018.4.04.7205**. Relator Desembargador Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, Data do Julgamento 24-04-2019. Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em 18 ago. 19.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José.; *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CINTRA, Antônio C A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo C. **Curso de Direito Processual Civil**: **Meio de Impugnações às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2013.

DONOSO, Denis; SERAU Junior, Marco Aurélio. **Manuel dos Recursos Cíveis. Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO Filho, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 2. Atos Processuais a Recursos e Processos nos Tribunais. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Marcus V R. **Novo Curso de Direito Processual Civil.** Volume 2. **Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015: Em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUCON, Paulo H. S; OLIVEIRA, Pedro M. **Panorama Atual do Novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. Volume 2. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONNERAT, Fábio V. Fonte. **Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil**. 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa M. A. **Código de processo civil comentado**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Sexta Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO, Antônio C.; BARBOSA, Ione P. P. **Curso de Direito Processual Civil**. Recursos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.

SCHLICHTING, Arno Melo. **Teoria Geral do Processo. Concreta, Objetiva, Atual**. Volume 02. Florianópolis: Visual Books, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Série IDP - Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 10ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2014.

WAMBIER, Luiz R.; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória) 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL PRATICADOS EM TRANSPORTE COLETIVO: A SOLUÇÃO LEGISLATIVA FRENTE AO ATENDIMENTO DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO PENAL

Bruno Larroyd Tambosi[1]
Luciano Eduardo Raizer[2]

Resumo: As importunações sexuais em transporte público se tornaram recorrentes em algumas cidades do Brasil, o que desencadeou uma desenfreada crítica social e jurídica relativa ao ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque uma brecha legislativa no âmbito dos crimes sexuais permitiu a impunidade para condutas repugnantes, e a impossibilidade de confinar os transgressores causou uma enorme insegurança jurídica, fazendo emergir do Poder Legislativo, a necessidade de implementar as alterações legais correspondentes. Portanto, após calorosa demanda social pela criminalização de condutas tidas antes como contravenções penais, seguida pela modificação do ordenamento jurídico em atendimento ao clamor público, resta, em análise legal, doutrinária e jurisprudencial, examinar se a brecha legislativa foi devidamente suprida. Para tanto, fez-se imprescindível analisar o recente tipo penal de Importunação Sexual, verificando seu propósito e identificando sua atual aplicação dentro do ordenamento jurídico vigente, em essencial, na seara dos crimes sexuais cometidos em transporte coletivo, permitindo ao final, responder se o referido dispositivo atendeu suas finalidades.

Palavras-chave: Crimes contra a Dignidade Sexual. Transporte público. Brecha legislativa. Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

Diante de um aumento substancial no número de importunações sexuais cometidas em transporte público e/ou coletivo no Brasil, cuja comoção social tomou conta do país, especialmente por episódios ocorridos na cidade de São Paulo/SP, imensas discussões ganharam espaço na esfera da sanção penal atribuída para determinadas infrações. De acordo com dados obtidos pela Globo News com a Secretaria da Segurança Pública (SSP), a Polícia Civil registrou 464 casos de abuso sexual no transporte público na cidade de São Paulo entre janeiro e dezembro de 2017, o que indica um aumento de 35% em relação ao mesmo período de 2016. Embora não existam ainda elementos concretos sobre quais são os fatores deste crescimento, percebe-se que parte considerável da crítica social residia na adequação típica dos crimes contra a dignidade sexual cometidos em transporte público e/ou coletivo, cuja problemática encontrava dificuldades na punição dos agentes dessa repugnante prática, o que instigou o Direito a buscar uma resposta para a supressão desta problemática.

Dizia-se que havia no ordenamento jurídico uma brecha legislativa na adequação típica de algumas condutas cometidas contra a dignidade sexual, que permitia um extenso vão entre o crime de estupro, considerado crime hediondo e punido com pena de 6 a 10 anos e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, delito de menor potencial ofensivo, cuja pena é de multa. Dessa maneira, ora se punia em penas graves, ora se punia brandamente, por condutas com quase o mesmo grau de lesividade. A dificuldade também se apresentava quando na aplicação da pena pelo juiz, ou ainda antes, na autuação da prisão pelo delegado, constatava-se que quando as condutas não estavam acompanhadas de violência ou grave ameaça, embora repugnante, não podia o Delegado representar pela prisão preventiva, pois não estavam presentes os requisitos da

1. Acadêmico do curso de Direito na Faculdade CNEC de Joinville – FCJ. E-mail: brunotambosi@hotmail.com.
2. Professor Mestrando da Faculdade CNEC de Joinville – FCJ. Delegado de Polícia Federal. E-mail: raizer.ler@dpf.gov.br.

mesma, fazendo com que o agressor fosse solto imediatamente, embora com diversas passagens pela polícia por crimes da mesma natureza.

A impunidade apresentada em tais ocasiões gerou um imenso desconforto à sociedade, causando um sentimento de repulsa, pois sabe-se que a ausência de repressão estatal apropriada a este tipo de prática pode permitir que os transgressores continuem a perpetrá-la, não podendo o Estado restar omisso nessas circunstâncias. No intuito de atender aos anseios sociais e suprimir a omissão jurídica tão criticada, surgiu a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que dentre outras medidas, criou um tipo penal chamado Importunação Sexual. Assim sendo, é preciso realizar uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial do tipo penal de Importunação Sexual, para permitir responder se a brecha foi devidamente suprida. Ainda, salienta-se a importância de publicar o conhecimento reunido aos operadores do Direito, para que estes conheçam as ferramentas necessárias e existentes para proteger as vítimas de crimes sexuais, não se afastando de críticas, de forma a prevenir o Direito de qualquer argumento falacioso e buscando alcançar a melhor interpretação jurídica da norma em estudo.

1. DA BRECHA LEGISLATIVA EXISTENTE

Ao buscar uma norma legal para atuar no sentido de resolver um conflito, o aplicador do direito pode ou não encontrá-la. Caso inexistente tal normativa legal, diz-se que existe uma lacuna na lei, ou seja, determinada conduta ou fato não estão amparados por lei, ou a lei é de certa maneira deficiente.

Esse processo de transformação da norma legal, na maioria das vezes geral e abstrata, em uma norma individual e concreta, que serve sob medida para o conflito real, chama-se aplicação do direito. Maximiliano diz que a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada. Sendo assim, realizado a observação da norma e do fato separadamente, o aplicador deve iniciar o processo de adaptação, de enquadramento dessa norma ao fato. (MAXIMILIANO, 2009).

Entretanto, tratando-se de Direito Penal, não pode o juiz com o fito de suprimir as lacunas da lei, socorrer-se de processos de integração da norma jurídica, senão da própria lei. Tal preceito está embasado no princípio da legalidade.

Para compreensão da brecha legal existente, é preciso discorrer inicialmente sobre os princípios da legalidade e da proporcionalidade, permitindo visualizar que a inexistência de um tipo penal específico para tutelar algumas situações viola o princípio da legalidade e a flagrante diferença de pena entre duas infrações que tutelam condutas de lesividades quase que similares infringe o princípio da proporcionalidade.

O princípio da legalidade, é um Direito Fundamental insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e exprime que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988, WEB). Tal princípio encontra previsão também no artigo 1º do Código Penal, em redação que pouco difere da anterior.

Trata-se, portanto, de que para a existência do crime formalmente válido, deverá passar por um processo legislativo que o dê existência perante o ordenamento jurídico prevendo elementos primários e secundários do tipo, conforme assevera Assis Toledo:

> O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. (TOLEDO, 1994, p. 21).

Para Toledo, portanto, a finalidade deste princípio é de limitar o poder do Estado, para que esse não interfira nas liberdades do indivíduo. Para Greco, este princípio possui quatro finalidades:

> O princípio da legalidade apresenta quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen poena sine lege praevia*), proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). (GRECO, 2017, p. 3).

Tem-se, portanto, que para a aplicação da pena pelos juízes, estes deverão interpretar a lei restritamente, evitando criar tipos penais ou aplicando penas baseando-se em outras fontes do direito, pois para Greco (2017, p. 3) “a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.”

Por isso, quando da existência de uma lacuna no ordenamento jurídico penal, isto é, quando da inexistência de um crime próprio para tutelar condutas específicas, não poderá em hipótese alguma, o agente infrator ser penalizado pelo juiz, pois o fato é atípico. Sendo assim, a única maneira de suprimir uma lacuna em branco no Direito Penal, em que não haja tipo penal regulamentando determinadas condutas, é dando origem através do processo legislativo.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, trata-se em síntese sobre a aplicação moderada e proporcional da pena, assim consubstanciada nas palavras de Nucci:

> Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa. (NUCCI, 2017, p 31).

Assim, a pena deve ser condizente com a gravidade das condutas praticadas e da infração penal cometida, não sendo cabível exagerar ou abrandar em demasia. Bitencourt (2010, p. 25) menciona que a pena “não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos à conservação do fim legítimo que se pretende”.

Este princípio tem dois destinatários: o Poder Legislativo e o juiz. Neste sentido Alberto Silva Franco aduz que:

> O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”. Assim, pondera Silva Franco que, “toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de pena (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)” (FRANCO, 2011, p. 110).

Portanto, extrai-se que o Poder Legislativo deve estipular penas proporcionais no processo legislativo em abstrato condizentes à gravidade do delito e o juiz deve aplicar pena de maneira proporcional ao caso em concreto. Assim, Greco (2017, p. 10) conclui apontando que "do princípio da proporcionalidade são extraídas duas importantes vertentes, a saber: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente".

Ocorre o legislador, por vezes, acaba não observando estes preceitos, ocasionando alguns deslizes no campo da proporcionalidade. Sobre este equívoco, Nucci assevera que:

> O legislador brasileiro, por falta de adoção de uma política criminal definida, comete vários deslizes no cenário da proporcionalidade, ao cominar penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos. Ilustrando, ao estabelecer a pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária (art. 45, §2º, CP), permite que se fixe uma quantia de pena em salários mínimos destinada à vítima, a ser descontada em futura indenização civil. Ora, se essa for a única punição, em verdade, o que se faz é antecipar a reparação civil do dano, sem qualquer medida punitiva efetivamente penal. Esse é o lado brando demais, demonstrativo da desproporcionalidade. (NUCCI, 2017, p 31).

Desse modo, é problemático quando o legislador estipula penas exorbitantes para atos de baixa ofensividade, ou vice-versa, quando sanções brandas são definidas para corresponder a condutas graves, como acontecia com o tipo penal de importunação ofensiva ao pudor, em que a pena mostrava-se praticamente inócua.

Assim, é possível perceber, que a inexistência de um tipo penal específico para tutelar as condutas sexuais cometidas no transporte coletivo faz com que o juiz esteja limitado aos preceitos primários e secundários da lei penal, não podendo se afastar da pena prevista legalmente, ainda que demasiadamente ínfima seja esta, pois a sua inobservância resulta no risco de infringir o princípio da legalidade. Também, constata-se que a grande discrepância entre penas para tutelar condutas da mesma natureza com ofensividade quase similares, viola o princípio da proporcionalidade, tão prezado pelo Direito Penal.

Antes da promulgação da Lei 13.718/18, as possibilidades de enquadramento penal para os Crimes contra a Dignidade Sexual cometidos em transporte coletivo resumiam-se na aplicação de quatro tipos penais: 1) o estupro[3], quando houvesse constrangimento mediante violência ou grave ameaça para praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso tão grave quanto. 2) O estupro de vulnerável[4], quando ainda que ausente a violência ou grave ameaça, o agente praticasse conjunção carnal ou outro ato libidinoso em detrimento de menor de 14 (quatorze) anos, ou de incapaz em situação de vulnerabilidade. 3) Ato obsceno[5], quando o agente tinha a intenção de praticar conduta vulgar, sempre ligada à sexualidade, em lugar considerado público, desde que não tenha a intenção de praticar crime mais grave ou direcionado a pessoa determinada. 4) E importunação ofensiva ao pudor[6], que aplicava-se subsidiariamente às condutas remanescentes, quando por si só, não importassem crimes mais graves, como os citados anteriormente, tendo como sanção correspondente uma pena de multa.

3. *Vide* Art. 213 do Código Penal.
4. *Vide* Art. 217-A do Código Penal.
5. *Vide* Art. 233 do Código Penal.
6. Revogado Art. 61 da Lei das Contravenções Penais.

Mesmo assim, muito se discutia a respeito de um extenso vácuo jurídico existente dentro da seara dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, isto porque não havia no ordenamento jurídico, um crime próprio previsto em lei e com sanção penal correspondente e proporcional para regulamentar algumas condutas cometidas em transporte coletivo, *v.g.*, "encoxar", "apalpar" e até mesmo "ejacular", incorrendo subsidiariamente ao tipo penal de importunação ofensiva ao pudor, com a correspondente pena de multa pecuniária.

Assim, tal adequação típica, foi por muito tempo alvo de crítica dos juristas, que inconformados com a gravidade de algumas condutas perpetradas, não admitiam como justas as penas aplicadas judicialmente. A razão de tal desproporção entre a conduta e pena se dava em virtude da existência de um extenso vão, em que o legislador não amparou suficientemente tais fatos pela lei, gerando um conflito jurídico entre dois tipos penais (estupro e importunação ofensiva ao pudor), que tratavam de condutas de similar ofensividade, mas que aplicavam penas de gravidade extremamente opostas.

Portanto, tal brecha estava maculada pela desproporcionalidade, pois atendendo ao princípio da legalidade, não podiam os juízes criar uma figura criminosa a fim de punir o infrator à pena de prisão, não sendo possível cominar uma pena proporcional às condutas cometidas. Noutros termos, nas palavras de Nucci**:**

> A unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção penal do art. 61 (importunação ofensiva ao pudor). (...) Não são poucos os casos em que magistrados são levados a condenar alguém, com base no art. 213 do Código Penal, embora acreditem ter sido aplicada pena elevada para o ato em si, enquanto outros, desclassificando a imputação para a figura da contravenção também creem ter havido pouca penalização. (NUCCI, 2014, p. 53).

Assim, tal desproporção se mostrava evidente, por exemplo, quando na prática do crime o agente não se utilizasse de violência ou grave ameaça, elementos essenciais na consumação do crime de estupro, encontrado no artigo 213 do vigente Código Penal, restando, portanto, a tipificação de tais condutas, como mera contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, cuja previsão encontrava respaldo no revogado artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, e tinha como sanção penal a sujeição unicamente a uma pena pecuniária. Tal fato dificultava a punição dos infratores, se mostrando tais normativas ineficientes aos olhos da sociedade, pois ao passo que pouca importância do Estado era dada a tais condutas, a sua incidência se mostrava cada vez mais grave.

Em 2017, discussões dessa natureza tomaram conta da mídia, pois embora algumas condutas se demonstrassem repugnantes perante a sociedade, a ínfima sanção apresentada permitia a excessiva incidência para tais casos. Neste sentido salienta Cabette:

> Foi exatamente o caso do chamado "Ejaculador do Ônibus" que gerou maior burburinho social e jurídico. O indivíduo costumava adentrar em transportes coletivos e praticar masturbação até ejacular no rosto de mulheres que estavam sentadas no ônibus e distraídas. Ele foi preso várias vezes, mas sua conduta acabou sendo desclassificada para a mera contravenção penal de "Importunação Ofensiva ao Pudor" (artigo 61, LCP). Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo e punida com pena isolada de multa, impossível se tornou seu encarceramento, o que gerou grande revolta social com a divulgação midiática. (CABETTE, 2018, WEB).

Da mesma situação, é exemplo o caso Diego Ferreira Novais, que embora possuidor de diversos antecedentes criminais em crimes da mesma natureza, ejaculou em uma mulher no interior de um transporte coletivo, mas teve a aplicação de uma multa, demonstrando excessiva desproporção entre a conduta e a pena. Nesta ocasião, a conduta de réu restou configurada em importunação ofensiva ao pudor, conforme decisão proferida pelo juiz José Eugenio do Amaral Souza Neto, do Foro Central Criminal da Barra Funda na íntegra:

> Trata-se de prisão em flagrante de Diego Ferreira de Novais, em 29 de agosto de 2017, pela eventual prática do crime de estupro (art. 213, CP). Consta que o indiciado estaria dentro de um ônibus e teria colocado seu pênis para fora da calça, masturbando-se e ejaculando em cima de uma passageira, que se surpreendeu e gritou, chorando. Pessoas tentaram agredir o indiciado, mas foram impedidas pela pronta ação do motorista e do cobrador. O Ministério Público se manifestou pelo relaxamento do flagrante. A Defesa concordou. (…) Na espécie, entendo que a conduta pela qual o indiciado foi preso melhor se amolda à contravenção penal do art. 61, LCP [Lei das Contravenções Penais] do que ao crime de estupro (art. 213, Código Penal). Explico. O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco do ônibus, quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. O ato praticado pelo indiciado é bastante grave, já que se masturbou e ejaculou em um ônibus cheio, em cima de uma passageira, que ficou, logicamente, bastante nervosa e traumatizada. Ademais, pelo exame da folha de antecedentes do indiciado, verifica-se que tem histórico desse tipo de comportamento, necessitando de tratamento psiquiátrico e psicológico para evitar a reiteração de condutas como esta, que violam gravemente a dignidade sexual das mulheres, mas que, penalmente, configuram apenas contravenção penal. Como essa contravenção é apenas somente com multa, impossível a homologação do flagrante. Ante o exposto, relaxo a prisão em flagrante. Expeça-se alvará de soltura. A letra da lei foi usada para amenizar o impacto dos fatos, independente da esfera jurídica penal ou administrativa, o legislador deve observar que a análise jurisprudencial, seria o remédio constitucional para dado momento, uma vez que não se pode criar uma lei a cada nova conduta delituosa. (Foro Criminal da Barra Funda, São Paulo/SP, 2017, WEB).

Sabe-se que a ausência de repressão estatal apropriada a este tipo de prática possivelmente permitirá que abusadores continuem a perpetrá-la. Portanto, é necessário implementar no ordenamento jurídico tipos penais específicos previstos em lei e anteriores ao fato, a fim de punir os infratores, reprimindo tais condutas e prevenindo sua incidência. Neste sentido, e devido à difícil adequação típica das condutas apresentadas aos agressores sexuais, alguns juristas sugeriram a criação de uma figura típica intermediária voltada para casos de menor gravidade, sem a contundência das penas previstas para o estupro, mas que possibilitasse uma punição mais severa do que aquela definida pela contravenção penal. Assim, Nucci complementa:

> Vários magistrados expressam a dificuldade de adequar determinadas condutas em estupro, quando poderiam configurar uma mera importunação ofensiva ao pudor. Por outro lado, há situações visivelmente intermediárias, superiores, em gravidade, à contravenção penal (art. 61, LCP), mas inferiores ao crime de estupro (art. 213, CP). É preciso criar figura intermediária, particularmente voltada a atos libidinosos de menor gravidade, merecedores de punição, mas sem a

> contundência das penas previstas para o estupro. (...) Aguarda-se providência legislativa para tanto. (NUCCI, 2017, p. 876).

Destarte, embora relevantes transformações tenham sido realizadas nesta seara em 2009, é possível observar que não existia até 2018 um tipo penal intermediário entre o crime de estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Sobre isso, Favoretto diz que:

> Quando isso ocorre, o legislador brasileiro costuma pecar pelos extremos, sendo comum observar uma infração penal que recebe a cominação de pena altíssima de forma desnecessária, ao passo que, em outras situações, perde a oportunidade de reprimir com maior rigor algumas condutas merecedoras de penas mais elevadas (FAVORETTO, 2012, p. 168).

Portanto, dentro da adequação típica possível para os crimes sexuais, não havia como punir os infratores com a devida proporcionalidade, posto que a lei era rígida para tratar sobre condutas tênues. Tanferri e Cachapuz instruem que:

> Diante deste impasse e da imobilidade da norma penal, os juízes têm buscado alternativas a fim de abrandar a desproporcionalidade existente e aplicar, dentro das limitações legais, a punição mais adequada à conduta do agente. Uma das alternativas utilizadas pelos aplicadores da norma é a desclassificação do crime de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo para a contravenção de perturbação da tranquilidade. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 60).

Partindo dessa opção jurisprudencial, vale destacar trechos do julgado proferido em sede de apelação criminal por Guilherme de Souza Nucci, que na condição de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desclassifica a conduta do agente para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor:

> [...] Dessa forma, verifico bem demonstrada a existência do fato e a autoria da conduta. Contudo, entendo mereçam os fatos definição jurídica diversa. Como é sabido, os tipos penais são hoje analisados sob dois prismas: o formal e o material. Nada obstante a conduta ora em análise possa enquadrar-se, formalmente, ao art. 214 c. c. art. 224, a, ambos do Código Penal (atual art. 217-A), a conduta do apelante não alcançou o grau de lesividade e reprovabilidade necessários para o reconhecimento do delito de estupro de vulnerável. A elementar ato libidinoso deve ser interpretada de acordo com o princípio da ofensividade, sendo entendida como a conduta que fere, de forma intensa e profunda, a dignidade sexual da vítima. Não basta se sinta a vítima incomodada ou desrespeitada; é preciso se sinta agredida em sua intimidade e liberdade. No presente caso, entretanto, tratou-se de um apalpamento, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima. Entendo, portanto, deva ser a conduta desclassificação para importunação ofensiva ao pudor, uma vez que a conduta do apelante foi suficiente tão somente para abalar o sentimento de vergonha da ofendida, não chegando a imiscuir-se em sua liberdade sexual. Por outro lado, carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente o quadro ocorrido neste processo. À falta disso, mais adequado optar-se pela situação favorável ao réu, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo. (TJSP, 2012, WEB).

Em uma similar linha de raciocínio é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que desclassifica a conduta do agente, inicialmente classificada como atentado violento ao pudor, para a contravenção de perturbação da tranquilidade:

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. A autoria restou demonstrada pela palavra firme da vítima, que narrou com bastante clareza as investidas do acusado. Ademais, uma das testemunhas presenciou o fato. Os atos perpetrados pelo denunciado, contudo, não se enquadram como atentado ao pudor, pois a sua conduta se limitou a passar as mãos nas partes íntimas da vítima por cima da roupa. Desclassificação para o delito de contravenção previsto no artigo 65 da Lei n.º 3.688/41. Pena substituída por restritiva [...] (TJRS, 2012, WEB).

Ante tais decisões e devido ao status do ordenamento jurídico, manifestam-se Tanferri e Cachapuz que “de fato, a parte especial do Código Penal vigente apresenta diversas incongruências e desproporcionalidades, principalmente no tocante às penas cominadas para os tipos penais.” (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 67). Neste sentido, Nucci reforça a necessidade de suprir tal brecha utilizando-se do processo legislativo:

> Há várias situações intermediárias, entre o estupro, envolvendo atos libidinosos, e a importunação ofensiva ao pudor, que mereceriam uma tipificação apropriada, como v.g., um estupro privilegiado, com pena menor e considerado não hediondo. (NUCCI, 2014, p. 53).

Neste sentido, outras soluções minoritárias foram dadas, como por exemplo a criação do tipo penal de estupro privilegiado, aplicado a casos menos graves e com sanção penal atenuada. Seguindo tal linha de raciocínio Tanferri e Cachapuz acompanham a solução dada pela corrente majoritária:

> Tratando-se especificamente do delito em análise, são cabíveis algumas soluções para encerrar de plano com a desproporcionalidade aventada. A principal delas consistiria na elaboração de um tipo penal intermediário, para sanar a lacuna existente entre as contravenções penais de importunação ao pudor e perturbação da tranquilidade e o crime de estupro. (...) Deste modo, a implementação deste tipo penal intermediário passaria punir de forma justa e proporcional as condutas que violam a dignidade sexual em grau inferior e que, até então, não foram levadas em consideração pelo legislador. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 68).

Esta inércia legislativa se apresentava ainda mais preocupante por inadmitir possibilidade de prisão nesses casos, pois além da sanção correspondente à importunação ofensiva ao pudor não permitir a condenação à pena de prisão, também não era cabível decretar prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária. A temporária não se admitia porque não estava previsto no rol taxativo de crimes da Lei nº 7.960/1989[7]. A preventiva também não era adequada, pois não se enquadrava nos requisitos objetivos solicitados pelo artigo 313 do Código de Processo Penal, podendo assim ser conferido:

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

7. Lei da Prisão Temporária

> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
> IV - (revogado).
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941, WEB).

Deste modo, observa-se que todos os requisitos exigem que se trate de crime e não de contravenção penal, logo nunca poderia ser aplicado prisão preventiva, salvo quando tais condutas fossem cometidas em concurso com crimes.

Sobre a impossibilidade de aplicação de prisão preventiva em Contravenções Penais, já havia a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidado o entendimento em julgamento de Habeas Corpus proferido em 26 de julho de 2018:

> HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CABIMENTO. ART. 313, III, DO CPP. VIOLAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. **1. Em se tratando de aplicação da cautela extrema, não há campo para interpretação diversa da literal, de modo que não existe previsão legal autorizadora da prisão preventiva contra autor de uma contravenção, mesmo na hipótese específica de transgressão das cautelas de urgência diversas já aplicadas.** 2. No caso dos autos, nenhum dos fatos praticados pelo agente – puxões de cabelo, torção de braço (que não geraram lesão corporal) e discussão no interior de veículo, onde tentou arrancar dos braços da ex-companheira o filho que têm em comum –, configura crime propriamente dito. 3. Vedada a incidência do art. 313, III, do CPP, tendo em vista a notória ausência de autorização legal para a decisão que decretou a constrição cautelar do acusado. 4. Ordem concedida, para que o paciente possa responder a ação penal em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. (BRASIL, STJ, 2018, WEB). (Grifamos).

Portanto, é possível identificar que a brecha legislativa se dava pela inexistência de um tipo penal específico que amparasse condutas sexuais cometidas no transporte coletivo, mas também residia no grande vácuo entre dois tipos penais, que apresentavam tamanha desproporção entre as condutas perpetradas e suas correspondentes penas, pois ora se punia gravemente, ora brandamente, por atos de ofensividade similar. Também não se permitia decretação de prisões preventivas àqueles atos sexuais criminosos cometidos em transporte público e/ou coletivo sem violência ou grave ameaça, salvo quando praticados em concurso com outros crimes. E na esfera de condenação definitiva, a prisão também era inaplicável, pois a única sanção prevista para tais casos era a sujeição unicamente à pena de multa.

Logo, a falta de norma incriminadora específica agravava ainda mais a situação, pois atendendo ao princípio da legalidade, os juízes deviam sancionar as condutas de acordo com os tipos penais preexistentes para não ferir a segurança jurídica.

Destarte, no intuito de suprir a omissão legal em comento, foi promulgada a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que dentre outras medidas, criou o tipo penal de

importunação sexual, com pena mais elevada do que a anterior contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, mas objetivando sancionar condutas que não atingissem a gravidade do crime de estupro. Assim, faz-se imprescindível analisar este novo dispositivo, a fim de verificar se o escopo da lei restou exitoso.

2. ANÁLISE LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO TIPO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Com a observância dos legisladores voltada à reiteração criminosa específica de condutas praticadas no âmbito do transporte coletivo, emergiu-se a necessidade de produzir algumas modificações no Código Penal. Por isto, uma das preocupações da Lei nº 13.718/18 foi de regulamentar a matéria Dos Crimes contra a Dignidade Sexual tratada pelo Código Penal Brasileiro, a fim de evitar a manifesta incidência de crimes sexuais cometidos no transporte público.

Com o desenvolvimento interdisciplinar da criminologia, novos esforços para a prevenção e repreensão do estupro foram empregados. Com este propósito, surgiu a Lei 13.718/18, sendo essencial trazer à lume seu artigo 1º, pois resume as tratativas apresentadas pelo legislador brasileiro, objetivando reparar a vulnerabilidade jurídica supracitada:

> Art. 1º Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo. (BRASIL, 2018, WEB).

Desta forma, a iniciativa visou, principalmente, sanar o extenso vão jurídico existente que dificultava o enquadramento de determinadas condutas, como os divulgados casos de importunações em espaços públicos e nos meios de transportes, acompanhados ou não de “encoxadas”, “apalpadas” e até “ejaculação”, nas modalidades criminosas até então existentes: contravenção de importunação ofensiva ao pudor, infração de menor potencial ofensivo, com previsão de pena ínfima, ou crime de estupro, de natureza hedionda, cuja pena prevista é de 6 a 10 anos de reclusão.

Neste intuito, foi criado o tipo penal de importunação sexual, que foi introduzido ao Código Penal em seu artigo 215-A e vigora com a seguinte redação:

> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (BRASIL, 2018, WEB).

É possível verificar, que a pena instituída por este tipo penal (reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos) é mais grave do que a pena de multa prevista pela revogada contravenção de importunação ofensiva ao pudor e mais tênue que aquela prevista pelo crime de estupro.

Sobre a finalidade de introduzir este novo tipo penal no ordenamento jurídico, Leitão Junior e Oliveira ressaltam que:

> Tal delito vem a corrigir uma vacância existente entre os delitos de estupro (art. 213, CP) e a antiga contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (o revogado art. 61 da LCP). Para a caracterização do delito de estupro era imprescindível a configuração da elementar da violência ou da grave ameaça,

> portanto, por mais ofensivo que fosse o ato contra a vítima, se não houvesse a configuração da violência ou grave ameaça, restaria como soldado de reserva a punição do agente pela prática da contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor (o revogado art. 61 da LCP). (LEITÃO JUNIOR; OLIVEIRA, 2018, WEB).

A violência ou grave ameaça permanecem como elementares do crime de estupro, mas não se fazem presentes no crime de importunação sexual, sendo elementos prescindíveis para sua consumação.

Com a medida, ficou revogada a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, antes prevista no artigo 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941[8]. Portanto, atento ao princípio da legalidade, não é mais possível enquadrar uma conduta criminosa na supracitada contravenção, salvo para os atos praticados durante a sua vigência, tendo em vista não ser mais tipo penal vigente no ordenamento jurídico. Sobre o assunto, aduz Ricardo Antonio Andreucci:

> Entretanto, vale ressaltar que não ocorreu "abolitio criminis" em relação à sobredita contravenção penal, uma vez que seu conteúdo migrou para outro tipo penal (atual art. 215-A), permitindo a continuidade da punição da importunação sexual de maneira mais severa. Aplica-se, no caso, o princípio da continuidade normativo-típica, em que uma conduta prevista em uma norma penal revogada continua sendo incriminada pela norma ou pelo diploma revogador. Nesse caso, há o deslocamento do conteúdo infracional para outro tipo penal. Portanto, em hipótese alguma houve a "abolitio criminis" da conduta consistente em importunar sexualmente alguém. (ANDREUCCI, 2018, WEB).

Destarte, as condutas que antes configuravam a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor passam a incorrer no crime de importunação sexual, pois seu conteúdo migra para outra figura, para que a importunação seja punida com nova roupagem.

Salienta Cabette (2018, WEB) que o crime de importunação sexual trata-se de modalidade subsidiária expressa, isto porque o legislador fez constar em seu preceito secundário que será somente aplicável se o ato não constituir crime mais grave.

Este tipo penal não exige uma qualidade especial do agente para alcançar a sua consumação. Sobre o sujeito ativo e passivo do crime e outros elementos de sua definição legal explana Rogério Sanches Cunha:

> Trata-se de crime comum, que não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, assim como pode vitimar qualquer pessoa. (...) O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação. Assim é não só porque o crime está no capítulo relativo à liberdade sexual, da qual apenas indivíduos podem ser titulares, mas também porque somente desta forma se evita confusão com o crime de ato obsceno. Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local. (CUNHA, 2018, WEB).

Porém, não se pode confundir importunação sexual com o crime de ato obsceno, pois além de estarem previstos em capítulos separados do Código Penal, este último não visa atingir pessoa determinada, mas toda uma coletividade, diferente do que acontece

8. Lei das Contravenções Penais

com o primeiro. Assim, para consumar a importunação sexual, o ato libidinoso deve ser perpetrado contra pessoa determinada, mas que independe de qualidade especial.

Sobre a adequação típica do crime em comento, Bitencourt ilustra que:

> O tipo descrito no artigo 215-A prevê uma única modalidade de conduta delituosa, qual seja, praticar — na presença de alguém —, isto é, na presença da vítima, qualquer ato libidinagem, como é o caso do exemplo clássico, ejacular na presença, ou na própria vítima, como ocorreu no interior de coletivos urbanos deste país. Assemelha-se a essa conduta — e, por isso mesmo, está abrangida por este tipo penal — quando alguém, sem que a vítima perceba ou contra o seu assentimento, apalpe as suas regiões pudendas (nádegas, seios, pernas, genitália etc.), beijo forçado etc., cuja forma de execução traz consigo a presença inequívoca da vontade consciente de satisfazer a própria lascívia ou a de outrem. Nesses casos, o agente aproveita-se da desatenção da vítima, do local em que se encontra, das circunstâncias de tempo e lugar ou da sua eventual dificuldade de perceber a intenção lasciva daquele. Em outros termos, o agente desrespeita a presença de alguém e pratica, sem sua anuência, ato libidinoso buscando satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro). Na verdade, o agente aproveita-se da presença de alguém (a vítima) e, de inopino, o surpreende, e sem sua anuência, pratica ato libidinoso, ofendendo-lhe a liberdade e a dignidade sexuais. (BITENCOURT, 2018, WEB).

Assim, o tipo penal visa punir aquele que busca satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro, mediante condutas que ofendam a liberdade sexual da vítima. Sobre o elemento subjetivo do crime, aduz Bitencourt que:

> O elemento subjetivo do crime — importunação sexual — é o dolo constituído pela vontade consciente de praticar a ação descrita no tipo penal, qual seja, praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. No entanto, o dolo somente se completa com a presença simultânea da consciência e da vontade de todos os elementos constitutivos do tipo penal, mas, principalmente, do não consentimento da vítima. Com efeito, quando o processo intelectual-volitivo não abrange qualquer das elementares constitutivas do tipo penal, o dolo não se completa e sem dolo não se tipifica o crime de importunação sexual, e não há previsão de modalidade culposa. (BITENCOURT, 2018, WEB).

Portanto, o elemento subjetivo do crime é o dolo, não existindo modalidade culposa para o crime em comento. Ainda, a existência de consentimento ou anuência da vítima na prática do ato libidinoso resulta no reconhecimento da inexistência do crime, pois não se adequa à descrição típica.

Sobre a consumação e tentativa, explica Tadeu Romano (2018, WEB) que a consumação do crime de importunação sexual se dará com a prática do ato libidinoso em si, e sua tentativa é admitida, por se tratar de crime plurissubsistente, isto é, fracionado em diversos atos.

Tal preceito normativo é de suma importância para reprimir aquelas condutas perpetradas em transporte coletivo, pois abrangem situações não compreendidas pelo delito de estupro. Quanto à abrangência do tipo penal, Rogério Sanches Cunha expõe que:

> O tipo penal abrange situações como a ocorrida, certa vez, na cidade de São Paulo, quando uma mulher se encontrava num ônibus e foi surpreendida pela conduta de um homem que, masturbando-se, ejaculou em seu pescoço. O agente foi preso em flagrante pela prática do crime de estupro porque, segundo a

> avaliação inicial da autoridade policial, havia constrangido a vítima a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Houve, na época, grande repercussão, especialmente porque o agente foi posto em liberdade logo em seguida sob o argumento de que não se tratava de estupro, mas de importunação ofensiva ao pudor (art.61 da LCP), o que não autorizava, isoladamente, a decretação da prisão preventiva (art. 313 do CPP). A decisão gerou intenso debate sobre a correta tipificação da conduta praticada, ou seja, se efetivamente se tratava de infração de menor potencial ofensivo ou se havia crime hediondo de estupro. O art. 215-A sem dúvida contempla condutas semelhantes e lhes atribui punição intermediária. (CUNHA, 2018, WEB).

Da interpretação legal, percebe-se que a ação penal do crime em comento é de natureza pública incondicionada.

A Lei 13.718/18 trouxe vigência imediata à publicação quanto ao seu conteúdo, permitindo que juízes e tribunais julgassem e enquadrassem determinadas condutas nos novos tipos penais trazidos pela *novatio legis* desde a data de sua publicação.

Quanto ao crime de importunação sexual, sabe-se que sua previsão é expressamente subsidiária, razão pela qual os atos libidinosos previstos pelo tipo não podem ser perpetrados mediante violência ou grave ameaça, ou ainda, em face de vítima menor de 14 anos, ou que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, não possa oferecer resistência, sob pena de configurar o crime de estupro simples ou de vulnerável, conforme reforça o Cabette:

> Ora, o bem jurídico tutelado no seio da dignidade sexual é a liberdade sexual. Se a pessoa quer e consente que outrem pratique ato libidinoso, não se pode, inclusive, alegar que tal ato foi praticado “contra” a vítima, mas “com” ela, satisfazendo seu livre consentimento. Obviamente que este consentimento haverá de ser válido (não o poderá ser assim considerado aquele ofertado por vulnerável, nem obtido mediante violência, grave ameaça ou fraude), sob pena de configuração do crime de “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP), “Estupro” (artigo 213, CP) ou “Violação Sexual Mediante Fraude” (artigo 215, CP), tudo a depender da espécie de ato libidinoso praticado contra a vítima e da forma como tal suposto “consentimento” inválido foi obtido. (CABETTE, 2018, WEB).

É imprescindível esclarecer qual é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação aos crimes sexuais cometidos contra os menores. Isto porque tende a ser discutido na jurisprudência a adequação típica quando os atos forem perpetrados nestas circunstâncias. Salienta-se que o delito de importunação sexual é subsidiário, devendo incorrer neste, apenas quando não for possível o enquadramento em crime mais grave, como é o caso do estupro de vulnerável. Logo, será discutido nos tribunais, quais condutas deverão ser enquadradas no delito de estupro de vulnerável e quais serão no de importunação sexual. Entretanto, o atual entendimento do STJ, é de que basta que o ato libidinoso seja praticado em detrimento do menor para configurar o estupro de vulnerável. Assim foi materializado:

> Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ. (BRASIL, STJ, 2013, WEB).

É possível encontrar algumas decisões divergentes, como por exemplo desclassificando algumas condutas para o crime de importunação sexual em virtude da

desproporcionalidade apresentada pela pena do crime de estupro de vulnerável, como é o caso a seguir:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. ADMISSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. TESE NÃO DEDUZIDA EM PRIMEIRO GRAU. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO (CPP, ART. 617). 2. PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. PALAVRAS DA VÍTIMA. RELATÓRIO PSICOLÓGICO. DECLARAÇÕES DE TESTEMUNHAS E INFORMANTES. NEGATIVA ISOLADA. 3. TIPICIDADE. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. LESIVIDADE À DIGNIDADE SEXUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (CP, ART. 215-A). LEI PENAL BENÉFICA. TOQUE NA REGIÃO GENITAL, SOBRE AS VESTES. CARÁTER INVASIVO MENOS INTENSO. PROPORCIONALIDADE DA PENA. 1. O art. 617 do Código de Processo Penal admite que seja operada, inclusive de ofício, a adequação típica da conduta na esfera recursal, desde que respeitada a vedação a reformatio in pejus, razão pela qual a pretensão desclassificatória deve ser conhecida, a despeito de não ter sido objeto de discussão na origem. 2. As palavras da vítima criança, no sentido de que o agente ofereceu dinheiro para atraí-la até um quarto, onde ele passou as mãos na região genital dela, sobre as vestes; corroboradas pelas declarações de testemunhas e informantes; e pelas conclusões do relatório psicológico, que refutou a hipótese de induzimento, são suficientes para atestar a ocorrência do fato narrado na denúncia e sua autoria, mormente se a negativa do acusado encontra-se desamparada no feito. 3. Conquanto a conduta de passar as mãos na vagina de criança, sobre as vestes, não seja materialmente atípica, se amolda ao crime de importunação sexual (CP, art. 215-A), e não ao de estupro de vulnerável (CP, art. 217, caput). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, 2019, WEB).

Entretanto, é incabível a desclassificação para o crime de importunação sexual, quando se fizer presente vítima menor de quatorze anos ou pessoa de discernimento incapaz e o preenchimento dos demais requisitos para configurar o crime de estupro de vulnerável, pois trata-se de orientação já discutida em capítulo anterior. Assim, o Superior Tribunal de Justiça ratificou:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVO DESPROVIDO.** 1. Nos moldes do reconhecido na decisão ora combatida, se as instâncias ordinárias, após a análise dos elementos de convicção amealhados nos autos, reconheceram a autoria e materialidade delitivas, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do writ. 2. Para fins do art. 217-A do CP, como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual. Considerando os atos lascivos aos quais a vítima foi submetida, claramente atentatórios à sua dignidade sexual, resta consumado o crime de estupro de vulnerável, não havendo se falar, portanto, em tentativa. 3. Quanto ao pleito de desclassificação da conduta, "a Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. [...] Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal,

> independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes (BRASIL, STJ, 2019, WEB). (Grifamos).

Pelo fato da Lei 13.718/18 estar vigente há aproximadamente um ano apenas, e pelo fato de sua aplicação gerar pouca divergência tendo em vista a finalidade inequívoca do tipo penal já ter sido amplamente divulgada, poucos julgados são encontrados nos Tribunais discutindo seu cabimento. Entretanto, já é possível encontrar discussões quanto à possibilidade de decretar prisão cautelar nesta seara, conforme destaca o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. CONDUTA REALIZADA DENTRO DE TRANSPORTE PÚBLICO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. (...) Reitero os termos da decisão. Agravante, já agora denunciado como incurso nas penas do art. 215-A do CP, teve a sua prisão preventiva decretada porque, conforme registrado em sede de audiência de custódia, teria importunado sexualmente a vítima que estava no interior do BRT, tendo "esfregado" o pênis ereto contra o seu corpo por repetidas vezes durante o trajeto, mesmo após diversas tentativas de desvencilhar-se. Conduta altamente reprovável, amplamente denunciada pela imprensa, nos últimos tempos, sendo lamentável a iniciativa de aproveitadores em transportes públicos que, ante o grande número de passageiros e do pouco espaço físico dentro do coletivo, encostam propositalmente sua genitália no corpo de suas vítimas e, não raro, ejaculam. Decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva mostra-se bem fundamentada, circundando manifestação do MP. Há necessidade de evitar a reiteração delitiva de conduta tão nociva às mulheres que precisam fazer uso de transporte público, bem como de resguardar a conveniência da instrução criminal, eis que há testemunhas e vítima a serem ouvidas. Requisitos subjetivos favoráveis não são garantidores do direito de aguardar em liberdade a marcha processual. Denúncia já agora recebida, oportunidade em que restou indeferido o pleito de revogação da prisão preventiva. Questões relativas ao mérito da ação serão devidamente analisadas quando do julgamento, bastando neste momento indícios de materialidade e autoria suficiente a autorizar o início da ação penal. (...) NEGA-SE PROVIMENTO AO REGIMENTAL. (TJRJ, 2018, WEB).

No caso em tela, extrai-se que aconteceu exatamente o fato para o qual originou a existência do crime de importunação sexual, isto é, atos libidinosos não consentidos praticados em transporte público (no caso em tela, em um BRT – Bus Rapid Transit[9]). Portanto, a aplicação do tipo penal para tais casos resta cristalina, pois é um dos motivos que originou a existência desta lei.

O que tem sido pacificado nos tribunais também é a possibilidade de decretar prisão preventiva ao crime de importunação sexual. Portanto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que diante da inovação legislativa que instituiu uma pena em abstrato superior a 04 anos e preenchidos os demais requisitos legais cautelares, infere-se que é cabível a decretação de prisão preventiva a fim de evitar a reiteração delitiva, bem como de resguardar a conveniência da instrução criminal:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal

9. Ônibus de trânsito rápido

> medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do CPP. II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira inconteste a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, seja pela forma na qual o delito foi em tese cometido, consistente em importunação sexual, cometida dentro de comércio movimentado, tendo o ora recorrente praticado contra a vítima, sem a sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia, seja em razão de o recorrente ostentar maus antecedentes, já tendo sido processado por crime da mesma natureza, conforme consignado pelas instâncias originárias, circunstâncias que revelam a gravidade em concreto da conduta, a periculosidade do agente e a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas, tudo a justificar a indispensabilidade da imposição da segregação cautelar, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Precedentes. III - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, STJ, 2019, WEB).

Foi feliz o legislador em estabelecer pena de prisão a tais casos, pois se antes não se admitia uma sanção privativa de liberdade, seja cautelar ou definitiva, o cenário agora é outro.

Por fim, pretendendo consubstanciar a aplicabilidade do artigo 215-A do Código Penal, salienta-se que aos atos libidinosos perpetrados em transporte público após a vigência do referido dispositivo, não será mais aplicado a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, pois tal dispositivo já foi revogado. E as condutas sexuais apenas incorrerão no crime de estupro, quando estiverem acompanhadas de violência ou grave ameaça.

Portanto, conforme visto, o tipo penal de importunação sexual pelo fato de ser meramente subsidiário, embora tenha surgido para tratar condutas sexuais criminosas cometidas em transporte público e/ou coletivo, pode ter sua utilização expandida para outros casos. Isto é, sua figura como crime subsidiário garante ao ordenamento jurídico uma possibilidade de reprimenda de atos sexuais incompatíveis com outras figuras penais, suprindo a existência de uma omissão jurídica neste âmbito.

3. SUPRESSÃO DA BRECHA LEGISLATIVA

Como visto em capítulo anterior, a grande problemática que fez nascer a figura da importunação sexual, era a impossibilidade de estipular uma punição proporcional para condutas como “ejaculações”, “encoxadas”, “apalpadas”, ocorridas em transporte público e/ou coletivo, posto que o ordenamento jurídico ao não estipular uma pena privativa de liberdade permitia uma desenfreada incidência. Isso ocorria, devido ao brando tratamento dado pelo ordenamento jurídico, conforme visto em momento oportuno. Desse modo Tiago Araújo diz que:

> A punição diminuta da velha contravenção fazia com que os casos recaíssem no brando tratamento da Lei dos juizados especiais criminais (9.099, de 1995), ocasionando que o suspeito conduzido fosse posto em liberdade logo após o atendimento policial, ao assinar termo de compromisso de comparecimento posterior ao juízo. (ARAÚJO, 2018, WEB).

Para Bitencourt (2018, WEB) a implementação do tipo penal de Importunação Sexual é de extraordinária importância, pois preenche importantes lacunas em nosso sistema penal, como deixaram claro os graves fatos ocorridos no interior dos meios de transportes públicos de São Paulo, com criminosos ejaculando, impunemente, em mulheres indefesas e comprimidas nesses locais, sem chance de defesa.

Portanto, conforme visto, após a vigência da Lei nº 13.718/18, o réu que praticar essas e outras condutas, ainda que não cheguem a configurar crime mais grave como estupro (simples ou de vulnerável), diferente do que acontecia antes, poderá ser afastado da sociedade mediante prisão preventiva, ou ainda ser condenado em pena privativa de liberdade mediante decisão transitada em julgado.

A migração de tais condutas para outro dispositivo considerado crime, e o agravamento da pena, possibilitará algumas medidas que antes não podiam nem sequer ser cogitadas, como é o caso da prisão preventiva. Já é o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e assim exemplifica-se com a decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia:

> Habeas Corpus. Prisão preventiva. Importunação sexual. Prisão preventiva. Fundamentação idônea e concreta. Requisitos presentes. Medidas cautelares. Insuficiência. Eventuais condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada. 1. A custódia do paciente deve ser mantida quando presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como a presença dos fundamentos da preventiva, além da gravidade concreta do delito, quando o paciente demonstra periculosidade incompatível com o estado de liberdade por praticar crimes sexuais, sendo inviável a substituição por medidas cautelares diversas da prisão. 2. Eventuais condições pessoais favoráveis, por si sós, não são suficientes a autorizar a concessão de liberdade provisória, se presentes os motivos ensejadores do decreto de prisão preventiva. Precedentes. 3. Ordem denegada. (TJRO, 2019, WEB).

Portanto, agora a figura passou a pertencer ao rol de crimes e não mais de contravenções, que é um dos requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal, pois conforme visto em capítulo anterior, não era cabível a prisão preventiva quando os atos libidinosos não ultrapassassem a órbita da Contravenção Penal. Assim, preenchidos os requisitos cautelares exigidos pela prisão preventiva, será admissível sua decretação.

Trata-se, portanto, de *novatio legis in pejus*, isto é, lei que traz uma tratativa mais severa ao criminoso. Com o agravamento da pena, possibilitou a prisão cautelar e deixou de ser possível a concessão de Liberdade Provisória com fiança pelo Delegado de Polícia, conforme informa Cabette:

> O legislador se preocupou em prever uma pena máxima privativa de liberdade maior que quatro anos, com vistas ao disposto no artigo 322, CPP, impedindo, destarte, a liberdade provisória com fiança pelo Delegado de Polícia, o que conferiria uma sensação falsa de punição célere e praticamente imediata dos infratores. (CABETTE, 2018, WEB).

Além disso, percebe-se também, que a aplicação da importunação sexual é mais abrangente do que meramente para atender condutas perpetradas em transporte público e/ou coletivo, assim revela Cabette:

> Note-se ainda que o crime de “Importunação Sexual” não se restringe a atos praticados em locais públicos ou transportes coletivos. Os exemplos são dados nessas circunstâncias porque é o mais faticamente comum de ocorrer. Não

> obstante, o tipo penal não menciona em parte alguma que a conduta deva ser praticada em qualquer local específico, público ou privado. (CABETTE, 2018, WEB).

A figura das importunações sexuais cometidas em transporte coletivo passou a ter uma reprimenda mais severa, tornando-se infração penal de médio potencial ofensivo, conforme ratifica Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa:

> O crime em comento é infração penal de médio potencial ofensivo, isto é, a sua pena de reclusão é de 1 a 5 anos, o que impede o arbitramento de fiança em sede policial, mas admite a suspensão condicional do processo após oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. (MORAIS DA ROSA; LOPES JR., 2018, WEB).

Consequentemente, com a nova previsão legal trazida para tais condutas, a pena poderá ser aplicada de modo proporcional ao agravo praticado, restando reduzido o grande vão que antes permitia a aplicação de penas desproporcionais às condutas similares.

Em uma perspectiva otimista, percebe-se que a alteração legislativa é mais um avanço jurídico, pois ingressa no ordenamento jurídico visando combater a impunidade criminal e a desproporção de penas, assim confirma Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa:

> O que sublinhamos, no momento, é que caracteriza um avanço em um Direito Penal machista e que, em nome da ausência de proporcionalidade, implicava em situações de impunidade. Há um período de acomodação interpretativa em que se pode antecipar os méritos da Lei. 13.718/18. A cultura do estupro merece freios estatais sempre. (MORAIS DA ROSA; LOPES JR., 2018, WEB).

Muito se pediu pela criação de um tipo penal intermediário, entretanto, embora o legislador não tenha acrescentado um tipo penal intermediário entre estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, criou um novo tipo penal de importunação sexual, reduzindo o diâmetro desproporcional entre uma infração e outra, e revogando a anterior contravenção penal.

Assim, salienta Leitão Junior e Oliveira:

> Com a revogação da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, pergunta-se operou abolitio criminis?! Não. Na hipótese em análise operou aquilo que se chama de continuidade normativo-típica, isto é, a conduta migrou para outro dispositivo penal. Observe, inclusive, que o delito do art. 215-A do CP (importunação sexual) é mais abrangente que a antiga contravenção do art. 61 da LCP. Por fim, por se tratar de novatio legis incriminadora, não retroagirá, aplicando-se somente aos fatos futuros. (LEITÃO JUNIOR; OLIVEIRA, 2018, WEB).

Portanto, conforme visto, a importunação sexual será aplicada somente aos fatos praticados após o início de sua vigência, que se deu em 24 de setembro de 2018, regulamentando em continuidade os fatos compreendidos na antiga contravenção e sendo inclusive mais abrangente, porém tendo natureza de crime, punível com pena de reclusão de 1 a 5 anos.

Assim sendo, no tocante à importunação sexual, depreende-se da Lei nº 13.718/18, que é cristalina sua finalidade de atender aos anseios sociais e reprimir a impunidade que estava pairando sobre o ordenamento jurídico. Assim, pode-se dizer que

a brecha anteriormente existente foi devidamente suprida, restando à prática forense dizer se todos os efeitos surtirão conforme esperados.

CONCLUSÃO

Embora com algumas mudanças nominais, foi através de um processo gradativo entre os anos, que o bem jurídico da Dignidade Sexual começou a receber a devida importância, isto porque durante muito tempo, mínima atenção foi dada às vítimas das barbáries criminosas cometidas nesta seara.

Tratando-se da Dignidade Sexual como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, é possível identificar que é importante que a liberdade sexual esteja acompanhada da guarida estatal a fim de prevenir e reprimir qualquer conduta sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia sem consentimento, devendo, entretanto, tal intervenção estatal ser a mínima para consecução dos seus objetivos.

Foi possível perceber, que diante da adequação típica existente e apresentada para os crimes de conotação sexual cometidos no transporte coletivo, permitia-se a existência de um extenso vão jurídico, cujo conflito estava na punição desproporcional aplicada à algumas condutas, como beijo lascivo, apalpada e ejaculação, posto que tais atos, quando não estivessem acompanhados de outro mais grave como a conjunção carnal, restavam tipificados na contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, que tinha como sanção correspondente unicamente uma pena pecuniária. Não havendo um tipo penal específico para contemplar tais situações na devida proporção, e atendendo ao princípio da legalidade, não podiam os juízes criar uma figura criminosa a fim de punir os infratores à pena de prisão. Assim, em muitos casos, embora os infratores já tivessem diversos antecedentes por crimes da mesma natureza, eram soltos no dia seguinte, pois o ordenamento não permitia aplicar pena de prisão a tais casos, seja ela cautelar ou proveniente de decisão condenatória definitiva.

Em última análise, averiguou-se que o crime de importunação sexual é mais abrangente do que para finalidade que visou atender, isto é, terá aplicação nos crimes cometidos em transporte público, mas também servirá como crime subsidiário para outras condutais sexuais libidinosos que não configurem crime autônomo mais grave, suprimindo a existência de eventual lacuna neste âmbito.

A Lei 13.718/18 trouxe vigência imediata quanto ao seu conteúdo, permitindo que juízes e tribunais julguem e enquadrem fatos criminosos nos novos tipos penais trazidos pela referida lei, cometidos a partir da data de sua publicação. Assim, demonstrou-se cristalina a aplicação do crime de importunação sexual, não restando dúvidas quanto ao seu cabimento.

Foi possível identificar, em análise legal, doutrinária e jurisprudencial, que a tratativa trazida pelo ordenamento jurídico para crimes sexuais cometidos no transporte coletivo, é totalmente diferente. Assim, constatou-se que além da previsão da pena de 1 a 5 anos de reclusão, é também possível agora, que o juiz decrete prisão preventiva, caso presente os demais requisitos cautelares exigidos pelo Código de Processo Penal. Portanto, está consolidado o entendimento de que, a partir da vigência da Lei 13.718/18, o réu que praticar ato libidinoso, que não configure crime mais grave, diferente do que acontecia antes, poderá ser afastado da sociedade mediante prisão preventiva, ou ainda ser condenado em pena privativa de liberdade mediante decisão transitada em julgado.

Assim, embora o legislador não tenha criado um tipo penal intermediário entre estupro e importunação ofensiva ao pudor, como pediam alguns juristas, criou uma figura jurídico-penal, que reduziu o diâmetro desproporcional entre uma infração e outra. Sob

uma ótica otimista, trata-se de um progresso jurídico que visa combater a impunidade criminal e a desproporção entre penas. Portanto, atendendo ao clamor social por alterações legislativas, pode-se dizer que a brecha estudada anteriormente foi devidamente suprimida e a intercessão social restou sucessiva, ainda que tal resposta tenha sido vagarosamente conquistada.

Entretanto, sabe-se pela criminologia, que o que impedirá a prática de atos sexuais criminosos, não será o aumento substancial das penas, mas sim o implemento de políticas públicas movidas pela prevenção primária, que poderá atacar as causas iniciais do problema apresentado, que é a evidente incidência criminosa. Ainda assim, com a supressão da omissão legislativa alcançada, as vítimas de crimes sexuais cometidos em transporte coletivo poderão ao menos se sentir mais seguras, pois são merecedoras de amparo estatal, devendo os operadores do Direito encorajar a busca pela proteção frente ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **O novo crime de importunação sexual.** Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-novo-crime-de-importunacao-sexual> Acesso em: Nov/2019.

ARAUJO, Tiago Lustosa Luna de Araújo. **Importunação sexual deixou de ser contravenção e virou crime. Análise do delito criado pela Lei 13.718/2018**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5576, 7 out. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69232. Acesso em: Nov/2019.

ARCOVERDE, Léo; ARAÚJO, Paula. **Casos de abuso sexual no transporte público de SP crescem 35% em 2017.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/casos-de-abuso-sexual-no-transporte-publico-de-sp-crescem-35-em-2017-diz-ssp.ghtml> Acesso em: Nov/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual> Acesso em: Nov/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial** 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: Nov/2019.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, RJ, 3 de outubro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: Out/2019.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e

de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF, 24 de setembro. Disponível em < http://www. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm> Acesso em Out/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 279878/MG**, 5ª T., rel. Campos Marques, 04.04.2013, v.u. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096471/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-279878-mg-2013-0011190-6-stj?ref=juris-tabs> Acesso em Nov/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 490514/RS, Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, 04/06/2019. Disponível em <https://pt.scribd.com/doc/288470439/46-Crimes-Contra-a-Dignidade-Sexual-Guilherme-d> Acesso em Nov/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 437.535/SP, 6ª Turma, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 26/07/2018. Disponível em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608016688/habeas-corpus-hc-437535-sp-2018-0036864-5/inteiro-teor-608016706> Acesso em Nov/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 11092/MG, Min. Felix Fischer, Quinta turma, 28.05.2019. Disponível em <https://pt.scribd.com/doc/288470439/46-crimes-contra-a-dignidade-sexual-guilherme-d> Acesso em Out/2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18.** Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/11/b9efe85a-primeiras-impressoes-sobre-o-crime-de-importunacao-sexual-e-alteracoes-da-lei-13.pdf> Acesso em: Nov/2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização legislativa: Lei 13.718/2018.** Disponível em:<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf. Acesso em: Out/2019.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Ímpetus, 2017.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim Leitão Júnior Leitão; OLIVEIRA, Marcel Gomes de. **As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade: comentários à Lei n. 13.718/2018.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5579, 10 out. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69534. Acesso em: Nov/2019.

LOPES JR. Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118. Acesso em: Out/2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIO DE JANEIRO (Brasil). Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 0057839-51.2018.8.19.0000, des. Gizelda Leitão Teixeira, 13.11.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/213897388/djrj-ii-judicial-2a-instancia-19-10-2018-pg-185?ref=next_button> Acesso em Nov/2019.

RIO GRANDE DO SUL (Brasil). Tribunal de Justiça. **ACR: 70039792825** – rel. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, 19.01.2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21180296/apelacao-crime-acr-70039792825-rs-tjrs> Acesso em Out/2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Mudanças no Código Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5567, 28 set. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69247. Acesso em Nov/2019.

RONDÔNIA (Brasil). Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 0000731-46.2019.8.22.0000, des. José Antonio Robles, 14.03.2019. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/processos/217316723/processo-n-0000731-4620198220000-do-tjro> Acesso em Nov/2019.

SANTA CATARINA (Brasil). Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0003221-80.2015.8.24.0079**, de Videira, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 06-08-2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/255503848/djsc-jurisdicional-08-08-2019-pg-421?ref=next_button> Acesso em Nov/2019.

SÃO PAULO (Brasil). Foro Central Criminal Barra Funda, **Auto de Prisão em Flagrante – Estupro**. Audiência de custódia. Indiciado Diego Ferreira Novaes. Proc. nº 0076565-59.2017.80.26.0050. Juiz de Direito José Eugenio do Amaral Souza Neto, 30.08.2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/09/20170901185659616.pdf> Acesso em Nov/2019.

SÃO PAULO (Brasil). Tribunal de Justiça. **APL: 54537920098260286** SP 0005453-79.2009.8.26.0286, 16ª Câmara de Direito Criminal, rel. Souza Nucci, 17.04.2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21672960/apelacao-apl-54537920098260286-sp-0005453-7920098260286-tjsp/inteiro-teor-110429687> Acesso em Nov/2019.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TANFERRI, Andressa Silveira. CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena.** Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.1, p.47-74, jan./abr.2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA X ANONIMATO DO DOADOR

Dilaine Vegini[1]
Júlia Michels[2]

Resumo: A sociedade tem valorizado cada vez mais os laços afetivos, o conceito de família se amplia a todo momento, possuem várias composições, dentre elas podemos citar as monoparentais, as anaparentais, entre outras. Relações de afeto não estão diretamente relacionadas com vínculo sanguíneo, o inverso também é questionável. Ter conhecimento da origem biológica é um direito personalíssimo e tem respaldo na prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. No tocante da reprodução humana assistida, em que pese, quando o material biológico utilizado é proveniente de doação anônima, o impasse entre manter o anonimato, preservar a identidade ou garantir o direito à origem biológica passa a ser uma tarefa árdua de responsabilidade do judiciário.

Palavras-Chave: Afeto. Anonimato. Direito de Família.

INTRODUÇÃO

No filme “De repente pai”, dirigido por Ken Scott, um homem de meia idade David Wozniak (interpretado pelo ator Vince Vaughn), enfrenta um processo judicial movido por alguns de seus descendentes, a pretensão é conhecer o pai biológico. Ao todo são 533 filhos, concebidos em virtude da doação do material genético (espermatozoides) de David à uma clínica de fertilização.

Contextualizando, nota-se que a prática de inseminação heteróloga (técnica de reprodução humana assistida retratada no filme) é comum, isso se dá em razão dos avanços tecnológicos e da medicina.

Os métodos de reprodução humana assistida oportunizam a materialização do desejo de vivenciar a maternidade e/ou paternidade.

O presente artigo objetiva analisar as questões que envolvem o anonimato nas técnicas de inseminação artificial e os impasses gerados no âmbito jurídico, tendo em vista a ausência de previsão legal.

1. CONCEITO DE FAMÍLIA

Denota-se pelos avanços tecnológicos e científicos, que a modernidade está no século atual (XXI), a sociedade de tal maneira acompanha o ritmo acelerado, inova-se. Palavras, sentimentos, transmutam-se constantemente e por consequência reflete no âmbito jurídico. Novidades estas que têm atingido os mais diversos ramos do direito, os quais requerem atualizações, a fim de atender as novas contingências.

Em especial, o direito de família, vem passando por inúmeras transformações ao longo dos anos. A exemplo disso, seria inadmissível para os tempos atuais se falar em filhos legítimos e ilegítimos, termos estes que já foram utilizados e aceitos anteriormente para distinguir filhos concebidos na constância do casamento ou havidos fora do casamento.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, no artigo 227, § 6º, proíbe a distinção entre os filhos: “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”.

1. Advogada. E-mail: dilaine.veginii@gmail.com.
2. Advogada. E-mail: jumichels1@hotmail.com.

Como se vê, a Constituição vigente sustenta-se em alguns princípios basilares, dentre eles, o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, ao trazer em seu texto de forma taxativa a proibição da distinção entre os filhos, Gonçalves aponta em seu estudo:

> O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; **proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação** (GONÇALVES, 2012, p.28, grifo nosso).

Assim, é facilmente verificável que, a Carta Magna buscou garantir os direitos e deveres, e minimizar hipóteses de supressão de direitos por conta de discriminação.

Ainda, ampliando a discussão, elucida-se a definição de filiação por Lôbo:

> Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga (LÔBO,2009, p.195).

Nota-se que ao trazer a definição, Lôbo reforça o princípio da igualdade jurídica de todos os filho, o mesmo acontece na afirmação de Maria Helena Diniz:

> Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda [...] ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotivo ou **advindo de inseminação artificial heteróloga**. (DINIZ, 2004, p. 436-437, grifo nosso).

Dessa revisão teórica, concluiu-se que, para além de obstar a distinção entre filhos, passou-se a valorizar as relações de afeto.

Ainda, sobre as inovações trazidas pela atual Constituição, constata-se em seu texto a ampliação da constituição do núcleo familiar:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [3](CRFB, 1988).

Tem-se, a partir do que foi exposto acima, a percepção de que o texto constitucional cuidou de resguardar o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, sobre o princípio ora mencionando, Maria Helena Diniz (2012, p. 37) destaca que, "constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo como parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente".

Frente a isso, ratifica-se que é dever da família assegurar os direitos fundamentais dos seus, primando pela saúde, educação, alimentação, convivência familiar e livrar toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CRFB, art. 227).

3. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Pode-se afirmar então, que a atual Carta Magna, revogou dispositivos de leis que não estavam de acordo com o novo Estado Democrático de Direito, valorizando assim a dignidade da pessoa humana.

Tomando como válida essa informação, e corroborando com o entendimento, Nicodemos (2014) afirma: “a Constituição de 1988 inaugura o Estado Democrático de Direito, influenciada pelas constituições europeias, no qual o valor maior é a dignidade da pessoa humana”, ou seja, a dignidade da pessoa humana, torna-se o bem maior a ser tutelado.

É importante dispor, neste ponto, acerca das atuais formações de famílias evidenciadas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de elucidação, apropria-se da classificação apresentada pelo Magistrado Maurício Cavallazzi Póvoas, quais sejam:

> **Matrimonial**: fruto do casamento civil, decorrente do matrimônio, era única reconhecida na legislação brasileira, até a constituição de 88; **Informal:** decorre de uma união estável, ou seja, não um matrimônio formal. Já na união estável formada por pessoas do mesmo sexo, é chamada de família **homoafetiva**; **Paralela ou Simultânea**: formada por aquele(s) que já possui (em) outro relacionamento, seja por meio de união estável ou casamento. O relacionamento decorrente da união paralela é chamado concubinato; **Poliafetiva:** formada por mais de um homem e/ou mais de uma mulher; **Monoparental:** formada por um dos genitores e sua prole; **Pluriparental:** formada por um casal e os filhos que ambos tiveram nos casamentos (uniões estáveis) anteriores e ainda os filhos que tiveram em comum; **Anaparental** é aquela em que duas ou mais pessoas vivem como família afetiva, sem interesse sexual e sem que haja figura paterna/materna (PÓVOAS, 2015, comunicação oral, grifo nosso).

Ao longo do que tem sido analisado, percebe-se nitidamente que, outras formas de família integram a sociedade atual e consequentemente, o ambiente jurídico.

Há que se citar também outra peculiaridade, o vínculo afetivo, elemento estruturante presente nas relações e legitimador ao reconhecer formas diferentes de composição de famílias.

Ademais, faz-se oportuna a definição de afeto pela perspectiva do estudioso Antonio Jorge Pereira Jr:

> O afeto é fator de aproximação de pessoas, e, logo, de constituição de relações familiares entre homem e mulher. Mas não é suficiente para consolidar uma autêntica estrutura familiar. Construir uma relação que se pretende perdurável sobre afetos é erguer um edifício sobre areia movediça. Para uma família prosperar, os responsáveis precisam aprender a se amar. Amar, mais que sentir-se bem, é dar-se e doar-se. Para dar-se e doar-se, ou seja, para transcender-se, a pessoa necessita desenvolver virtudes que façam possível o amor (JÚNIOR, 2009, p. 69).

Nota-se que, identificar o afeto nas relações é no mínimo complexo, por se tratar de sentimento é envolto de subjetividade.

Como se vê, o conceito de família diversificou muito no decorrer dos anos, de modo que o afeto passa a ser um dos elementos principais responsável pela constituição da família.

Dessa maneira, é confirmado a ideia apresentada por Nicodemos (2014) “com a evolução dos tempos, a família perdeu diversas de suas funções iniciais, como a religiosa e a defensiva. Diante disto, o único verdadeiro elemento formador da família, na pós-modernidade, é o afeto”.

Dito de outra forma, o afeto é o liame que caracteriza as famílias reconhecidas nos dias atuais, famílias que por vezes, iniciam com auxílio de métodos alternativos, a título de exemplo, a reprodução humana assistida, tema que será explanado na sequência.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Como se observa, os avanços tecnológicos nas questões de reprodução assistida refletem diretamente ao ordenamento jurídico, no entanto, até o momento não há regulamentação específica, o entendimento se ratifica com a afirmação de Caroline Araújo:

> Inquestionavelmente estes avanços médicos e novas tecnologias implicam em inúmeras consequências na esfera jurídica, seja para regular o procedimento adequado para lidar com os embriões não utilizados no processo de FIV – Fecundação in Vitro, ou seja, para lidar com as questões de filiação, sucessão ou patrimoniais oriundas da reprodução assistida. Esta situação culmina justamente na discussão dos direitos e deveres daqueles envolvidos no processo de reprodução assistida, como os médicos, pacientes ou as próprias clínicas (2015, ARAÚJO).

Esclarecido esse aspecto, volta-se outra vez à questão, a mulher no cenário, o que se observa é que, há alguns séculos a mulher era única figura responsável pela infertilidade, tempos estes, em que era vista apenas como ser reprodutor.

Aquela que não podia conceber filhos era rejeitada, todavia, conforme a ciência, a tecnologia e também a sociedade foram evoluindo, constatou-se que os homens também tinha a possibilidade de ser inférteis, dessa maneira a reprodução assistida passou a ser destaque nas novas técnicas, ajudando assim nos casos de infertilidade, a respeito Balan discorre:

> [...] a reprodução assistida surgiu para solucionar os casos de infertilidade (incapacidade causada por disfunções orgânicas ou funcionais que atuam na fecundação impossibilitando a produção de descendentes) e esterilidade (incapacidade de um dos cônjuges, ou de ambos, de fecundarem por um período superior a um ano, quando da não utilização de nenhum método contraceptivo e com vida sexual normal, seja por causas orgânicas ou funcionais) conjugal, provocando a gestação através da facilitação ou da substituição de alguma das etapas do ciclo reprodutivo, possibilitando que os casais estéreis ou inférteis venham a ter filhos.[4]

Atualmente é bastante frequente a procura por tratamentos para fertilidade, e também as chamadas inseminações artificiais, as quais podem utilizar o material genético do casal, ou ainda o material genético de um doador.

Embora pareça unicamente extraordinário o que a ciência tem possibilitado àqueles que desejam ter seus filhos biológicos, Suter aponta:

> Se por um lado, a evolução da ciência possibilitou o processo da criação humana através da reprodução humana assistida (RHA), permitindo com isto que muitos casais concretizassem o sonho de serem pais, de outro, gerou polêmicas na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro.[5]

4. BALAN, Fernanda de Fraga. A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética.
5. SUTER, José Ricardo. Direito à identidade genética mediante inseminação heteróloga e o princípio da dignidade humana.

Excluídas as as polêmicas advindas de diferenças culturais ou religiosas, o fato é que o assunto encontra lacunas dentro do ordenamento jurídico.

Ainda, ampliando a discussão quando fala-se de reprodução assistida optada por casais, Caroline Araújo (2015) acrescenta:

> O procedimento é realizado com a coleta dos espermatozóides, os quais são inseridos diretamente no útero da mulher para que então possa ocorrer a fecundação. Também vale ressaltar que por se tratar de um procedimento delicado, o casal deve preencher alguns requisitos básicos para que a inseminação possa ser realizada, sendo necessária a comprovação de impossibilidade de outro tratamento mais simples que possa solucionar a infertilidade (ARAÚJO, 2015).

Neste ponto, ressalta-se a necessidade da diferenciação dos tipos de inseminação, há a inseminação homóloga e a heteróloga, de acordo com o estudioso Venosa (2006, p. 240): “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho”.

Dito de outra forma, a inseminação homóloga é realizada com material genético de ambos os genitores, não há envolvimento de um terceiro, enquanto a inseminação heteróloga é concebida a partir de material genético de um doador (tutelado pelo sigilo). Consequentemente as demandas judiciais decorrem dos casos resultantes da inseminação heteróloga.

É importante dispor neste momento, que deve haver consentimento do cônjuge/parceiro, em casos de inseminação utilizando o material genético de um doador, conforme exposto no código civil no artigo 1.597, inciso V: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...] havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Observa-se que o código civil não dispôs a respeito de outras vertentes relacionadas à matéria, deixando assim lacunas, como o autor Venosa (2005, p.256) acrescenta:

> Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema.

Frente a isso, encontra-se o operador do Direito desamparado, buscando interpretações que permitam solucionar possíveis lides de forma plausível.

Contudo, ainda que não existam normas capazes de dirimir todas as demandas que possam surgir ao entorno de inseminações do tipo heterólogas, vale ressaltar que ao doador do material genético é garantido o sigilo de identidade.

2.1 DIREITOS DO DOADOR

O doador não tem interesse em ser pai, muito menos ter responsabilidades para com essa criança que ainda irá nascer, ele apenas pratica um ato de solidariedade.

O Conselho Federal de Medicina na resolução de nº. 1.358/92, ao tratar do anonimato, preserva tanto o sigilo da identidade dos doadores quanto dos receptores, menciona que a doação de gametas e embriões será anônima, a clínica fará apenas um

cadastro das informações genéticas do doador, mas manterá em sigilo sua identidade civil, acerca dessa prerrogativa do sigilo:

> Os fundamentos para a proteção do anonimato dos doadores estão em considerar que a existência de um projeto parental para o embrião formado com os gametas de um doador, insere a criança em uma família. A proteção ao interesse superior da criança estaria assegurada na medida em que ela fará parte de uma família tanto de modelo biparental ou monoparental, o que, para tanto, não necessitaria conhecer o seu doador.[6]

Trazendo a discussão para o contexto atual, vale dizer que há entendimentos contrários no que diz respeito a manter o anonimato do doador.

Nesse sentido Suter ressalta a importância de conhecer a origem do material genético, "a descoberta da origem genética de uma criança poderá auxiliar em vários sentidos, a exemplo da solução de algum problema de saúde, com o transplante de medula óssea.".[7]

Conforme se verificou até aqui, há várias questões a serem discutidas e a abrangência implicará em direitos e garantias de todos os envolvidos.

2.2 DAS GARANTIAS À CRIANÇA

Ter conhecimento a origem biológica é um direito fundamental de caráter personalíssimo de todo ser humano, e uma vez que é permitido o anonimato para preservar a identidade do doador de material genético, esse direito fica obstruído, criando assim um conflito, ficando a justiça diante um impasse.

Há que se citar, também, o art. 27 do Estatuto da Criança e Adolescente: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça"[8].

No entanto, na percepção de Coutinho e Vesiani:

> O nascido por técnica de heteroinseminação não apenas faz jus ao acesso à identidade civil do doador, como também pode reivindicar-lhe o nome de família e os direitos de sucessão. Admitir o anonimato da origem genética é negar à pessoa de sua história e sua própria identidade. É negar-lhe o direito fundamental à filiação integral.[9]

Observa-se nitidamente que são assegurados os direitos da criança ao reconhecimento da sua identidade e o conhecimento da sua real origem, porém, assegurando estes direitos, certamente implicará nos direitos de outrem.

Ainda, de acordo com o propósito de reconhecimento da filiação, Balan reitera:

---

6. ENEIAS, Miria Soares; SILVA, Priscilla Alves. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: o reconhecimento da origem genética à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.
7. SUTER, José Ricardo. Direito à identidade genética mediante inseminação heteróloga e o princípio da dignidade humana. É partindo dessa possibilidade, do reconhecimento de direitos não previstos xpressamente no texto constitucional ou outra legislação infraconstitucional, que se pretende identificar o direito à identidade genética como direito fundamental inerente ao ser humano e, portanto, merecedor da proteção do Estado, a fim de que se possa adotar meios eficazes capazes de efetivá-lo. Seria, portanto, primeiro um direito humano, mas também um direito fundamental.
8. BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.
9. COUTINHO, Luciano Andrade; VERSIANI, Tátilla Gomes. Conduta Médica na Heteroinseminação – Um impasse ético e jurídico.

> Por mais que o vínculo de filiação existente entre a criança gerada e os receptores das técnicas de reprodução heteróloga já esteja definido pela filiação civil, desconsiderando os fatores biológicos, isso não deve impedir que, posteriormente, diante de real necessidade, a pessoa venha a conhecer sua origem biológica.

Assim, acrescenta-se à discussão a possibilidade de reconhecimento dos filhos "havidos fora do casamento", segundo o entendimento de Araújo (2015):

> É partindo dessa possibilidade, do reconhecimento de direitos não previstos expressamente no texto constitucional ou outra legislação infraconstitucional, que se pretende identificar o direito à identidade genética como direito fundamental inerente ao ser humano e, portanto, merecedor da proteção do Estado, a fim de que se possa adotar meios eficazes capazes de efetivá-lo. Seria, portanto, primeiro um direito humano, mas também um direito fundamental.

Nessa perspectiva, deve-se levar em consideração que ao ser revelado a identidade do doador o filho poderá reivindicar os seus direitos, acerca disso Silva discorre:

> Da mesma forma que o doador ou doadora não poderá posteriormente reivindicar direitos inerentes à paternidade/maternidade, estes também não poderão arcar com os deveres impostos a figura do pai e/ou mãe, ou seja, os filhos gerados com gametas de doadores anônimos, não poderão exigir de seu genitor/genitora a satisfação de suas necessidades de filho, tais como: alimentação, educação, vestuário, entre outras necessidades que geralmente supridas pelos pais, nem pleitear participação na sucessão de seus bens, uma vez que, não são os doadores pais, apenas genitores do ser concebido por meio de inseminação heteróloga.[10]

Acredita-se, face ao que foi exposto, que há direitos e garantias a serem assegurados, e um grande conflito em questão. Caberá ao magistrado recorrer aos princípios gerais do direito, a sua discricionariedade para dar solução à lide, sempre prezando pela justiça e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Este presente artigo teve por objetivo apresentar a problemática que surge ao optar por inseminação artificial. Inúmeras são as perguntas que por ora ainda não temos as respostas, não a respeito das técnicas, da ética, estas são muito bem estabelecidas e regulamentadas, mas sim ao que concernem os direitos que surgem com essa opção e até mesmo se haverá deveres por parte do doador.

Assim também foi verificável que as famílias ao longo dos tempos passaram por diversas transformações e seu significado ampliou. Hoje no atual cenário temos inúmeras possibilidades que são caracterizadas como famílias. Vale ressaltar um importante aspecto apontado para a constituição da família, o afeto.

Com a entrada da atual Constituição Federal, primou a dignidade da pessoa humana, garantindo e assegurando direitos fundamentais e inerentes a todos.

O assunto tratado é novo ainda no que diz respeito às normas que o regulam, o ordenamento jurídico ainda carece de adaptação para estas questões. Afirmando assim o

10. SILVA, Jackeline de Melo da. Inseminação Heteróloga: Direito a identidade genética x Direito ao Sigilo do doador.

que já era sabido, o direito surge a partir da evolução da sociedade, há então a necessidade de complementar essas lacunas.

Com o desenvolver deste artigo é possível notar que as novidades científicas acabam por envolver questões jurídicas, buscando amparo legal nestas prerrogativas.

O posicionamento a respeito do sigilo é bastante complexo, ao mesmo tempo em que trata da dignidade da pessoa humana, assegurando o direito da criança de conhecer a sua real origem, impacta com os direitos do doador. Sendo assim, seria necessário a obstrução de um direito para salvaguardar um outro.

Com tantos questionamentos sem uma resposta definida, fica o operador do direito num impasse, motivo pelo qual o presente assunto é relevante e carece de discussão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Caroline. **Da Responsabilidade Civil das Clínicas de Reprodução Assistida no Direito Brasileiro**. JUSBRASIL. Disponível em: https://carolineanj.jusbrasil.com.br/artigos/335487227/da-responsabilidade-civil-das-clinicas-de-reproducao-assistida-no-direito-brasileiro. Acesso em 30 nov. 2019.

BALAN, Fernanda de Fraga. **A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética.** DIREITONET. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/Areproducaoassistidaheterologaeodireitodapessoageradaaoconhecimentodesuaorigemgenetica. Acesso em: 5 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: 05 jun. 2015.

COUTINHO, Luciano Andrade; VERSIANI, Tátilla Gomes. **Conduta Médica na Heteroinseminação – Um impasse ético e jurídico.**Revista Jurídica Consulex, ano XVI,n.371, p.16-18. 1 jul. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**.19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ENEIAS, Miria Soares; SILVA, Priscilla Alves. **INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: o reconhecimento da origem genética à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: http://www.imepac.edu.br. Acesso em: 05 jun. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** v. 6. Saraiva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012..

NICODEMOS, Erika Cassandra de. **Direito de família contemporâneo: conceito de família e nova filiação.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 16 jan. 2014. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46727&seo=1. Acesso em: 05 jun. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Jackeline de Melo da. **Inseminação Heteróloga: Direito a identidade genética x Direito ao Sigilo do doador.** JurisWay. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13192.Acesso em: 05 jun. 2015.

SUTER, José Ricardo. **Direito à identidade genética mediante inseminação heteróloga e o princípio da dignidade humana.** Bonijuris, ano XXVI, n.602, v.26, p.39 - 45. jan.2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. Coleção direito civil; v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 5. ed. v.6. São Paulo: Atlas, 2005.

PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE AOS PROCESSOS DE TOMBAMENTO HISTÓRICO EM JOINVILLE

Douglas Merlini[1]
Luana de Carvalho Silva Gusso[2]

Resumo: O objeto de estudo do presente artigo é o Patrimônio Cultural e Direitos Humanos Fundamentais. Este estudo é importante para o reconhecimento do patrimônio histórico cultural como direito fundamental e para buscar a sua melhor proteção, traçando diretrizes para encontrar outras ferramentas de proteção e conservação mais eficazes, além daquelas já existentes em nosso país. O objetivo geral consiste em perscrutar ainda mais o patrimônio cultural para afirmá-lo como direito da coletividade, para que seja não apenas protegido e conservado, mas também reconhecido como um direito inerente a sociedade. A metodologia utilizada foi a qualitativa através do método dedutivo, utilizando-se da técnica bibliográfica investigativa e realização de pesquisa de campo onde se entrevistou pessoas que moram em monumentos históricos. Assim, a análise da possibilidade da caracterização do mesmo como direito fundamental é o foco do presente trabalho o qual pretende fornecer pistas para sua melhor proteção e conservação para as próximas gerações. Os resultados encontrados demonstram a necessidade urgente da inserção do Patrimônio histórico Cultural como direito fundamental, podendo ser a solução para a preservação nosso legado cultural de maneira mais eficaz, perdurando-o para as próximas gerações.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Monumentos Históricos. Patrimônio cultural.

INTRODUÇÃO

O Tema do presente estudo é o Patrimônio cultural e direitos humanos fundamentais: uma análise dos processos de tombamento histórico em Joinville. Este estudo é importante para o reconhecimento do patrimônio histórico como direito fundamental e para buscar a sua proteção através de mecanismos novos de ordem pública.

O pesquisador Dutra aponta a importância da abordagem do tema como sendo de suma importância para a preservação do nosso legado cultural. Nas suas palavras:

> [...] o reconhecimento e a preservação da cultura, história e identidade dos povos, responsável pela formação do meio ambiente cultural mostra-se de grande relevância, e assim como os aspectos naturais, tornam-se essenciais para a manutenção e formação da vida humana [...] (DUTRA, 2018, WEB)

O campo do patrimônio cultural em Joinville, ainda pouco se explora nas relações entre as políticas de segurança e o patrimônio em risco como um campo de pesquisa.

Neste viés, surge a necessidade de ser tratado com mais importância devido à grande quantidade de monumentos tombados existentes na atualidade em Joinville, e muitos que ainda estão em processo de tombamento.

Aliás, é de suma importância para a proteção daqueles que nem sequer passaram pelos processos existentes de Registro, Arquivo ou Tombamento, pois com o passar dos anos podem se perder, ser demolidos ou destruídos devido ao grande crescimento populacional e imobiliário de Joinville.

A problematização em torno da segurança e do patrimônio, nesse sentido, também se encontra eivada de ações, sentidos, discursos e poderes a ser desvelados, pois ainda

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: merlinidouglas@gmail.com.
2. Professora Doutora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: lu_anacarvalho@yahoo.com.br.

há uma grande separação entre as práticas institucionais (estatais e privadas) e as exigências de uma sociedade democrática baseada nos princípios dos direitos humanos.

É fato que o Patrimônio histórico de Joinville tem sido deixado de lado por décadas, muitos dos monumentos já se perderam, outros estão sumindo com o passar dos anos sem que nada seja feito a respeito.

Nessa esteira o presente artigo buscará explorar ainda mais o patrimônio cultural Joinvillense para poder encontrar pistas para sua afirmação como um direito fundamental da coletividade, para que seja não apenas protegido e conservado, mas também reconhecido como um direito coletivo dos povos, da nossa cultura e legado social.

O direito ao patrimônio cultural não está expressamente colocado no Título II, da Constituição Federal, como direito fundamental. Há, porém, algumas alusões ao patrimônio histórico e cultural no art. 5º, inciso LXXIII, CF, e nos artigos 215 e 216 do texto constitucional conforme se abordará adiante.

Ao longo da história da humanidade, se buscou diversas formas de proteção do patrimônio cultural humanitário. A principal delas foi e ainda é o tombamento sendo a forma mais antiga e consolidada de preservação do patrimônio cultural.

No Brasil, o instrumento do tombamento foi criado em 1937 pelo Decreto-lei nº 25 (DL 25/37), e posteriormente recepcionado pela Constituição de 1988, na qual o conceito ampliado de patrimônio cultural insere esse instrumento como uma espécie dentre as diversas do gênero da preservação, dirigido a determinados tipos de bens.

No entanto, o patrimônio histórico cultural vai muito além de bens, podendo se caracterizar de forma material e imaterial. Assim, sem a devida proteção, ou ainda, buscando tão somente a proteção material através do tombamento, o patrimônio histórico e cultural de Joinville, e de todo o Brasil está claramente em risco.

Diante da mínima política de segurança e proteção e fomento do nosso patrimônio cultural, se busca demonstrar a possibilidade de sua inserção como direito fundamental da humanidade, para que sejam traçadas melhores políticas de segurança para sua proteção e afirmação conectado aos preceitos previstos no Art. 216 da Constituição Federal de 1988, imortalizando assim o patrimônio histórico da nossa cidade.

Desta maneira a estrutura do presente artigo se dividirá na explanação de conceitos inerentes ao entendimento do tema. Em seguida se buscará discursar sobre os atuais meios de preservação do Patrimônio Histórico Joinvillense, tentando entender e analisar sua eficácia através de questionamentos.

Logo, se analisará através da argumentação teórica a possibilidade de inserção do patrimônio cultural no rol de Direitos Fundamentais previstos em nossa Constituição.

Ademais, a partir da análise dos dados coletados na pesquisa de campo realizada com as pessoas que atualmente habitam em monumentos históricos tombados em Joinville, se buscará afirmar a possibilidade de traçar medidas mais eficazes para que o legado cultural de Joinville não se perca com o decorrer dos anos, estações e gerações.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DE CULTURA, TOMBAMENTO E PATRIMÔNIO CULTURAL ANTES E DEPOIS DA CONSTITUINTE DE 1988

A constituinte de 1988 certamente trouxe uma melhor interpretação dos conceitos de patrimônio cultural e dos meios de proteção atuais. No entanto, como marco fundamental dessa discussão é de suma importância destacar o conceito que se tinha antes de 1988 e após esse marco histórico, que recentemente se celebrou 30 desde sua instituição.

O conceito dado pelo Decreto lei 25, de 30 de novembro de 1937 era muito simples, um conjunto de bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação é de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O famoso e antigo dicionário de D'Aviler (1755, pag. 12) definia o monumento histórico como qualquer construção que serve para conservar a memória do tempo e de seu fabricante ou daquele para quem havia sido erguido, tal como um arco de triunfo, um mausoléu ou uma pirâmide.

Já na concepção do historiador Choay o monumento estava diretamente ligado a humanidade. Nas suas palavras:

> 'Monumento' todo artefato (túmulo, tumba, poste, totem, construção, inscrição...) ou conjunto de artefatos deliberadamente concebido e realizado por uma comunidade humana, independentemente da natureza e das dimensões (da família à nação, do clã à tribo, da comunidade de crentes àquela da cidade...), a fim de lembrar, para a memória viva, orgânica e afetiva dos seus membros, pessoas, acontecimentos, crenças, ritos ou regras sociais constitutivos de sua identidade.(CHOAY, 2011, pag. 23)

No entanto, a concepção primitiva de patrimônio cultural ligada tão somente ao bem físico, como um monumento, uma construção, sofreria mudanças drásticas no decorrer dos anos ao conectar os conceitos de cultura, bens materiais e imateriais.

Segundo o dicionário Michaelis (2018, WEB), cultura é o Conjunto de conhecimentos, costumes, crenças, padrões de comportamento, adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um grupo social.

A cultura para o famoso antropólogo e sociólogo Geertz (2003, pag. 45), era concebida como uma teia de significados produzidos pelos homens e que orienta a existência humana, e vista como lugar da realização da diferença.

A partir dessa concepção de cultura com o humano, Comparato (1936, 2003) une o conceito de direito humanos inerentemente à cultura propagada por valores universais alegando que os direitos humanos estariam pautados por uma agenda de igualdade, de liberdade e de fraternidade como herança do Iluminismo europeu, buscando a pacificação social por meio de princípios e de valores universais, construídos historicamente diante de opressões e de violações de direitos.

Por esta e outras afirmações, o elo indelével entre cultura e direitos humanos, e consequentemente todo o relacionado à cultura (Patrimônio Histórico, Monumentos) já era visto e tido como uma unidade, o mesmo é uma afirmação igualitária para vários doutrinadores, afirmando a sua colocação no rol de direitos humanitários fundamentais.

Assim, partindo-se do conceito de cultura, MIRANDA (2013, pag. 4) conceitua o direito do patrimônio cultural como sendo um conjunto de normas e princípios que protegem os valores dos diferentes grupos e classes sociais de todas as regiões, no que diz respeito a sua identidade, memória e ação.

Este argumento teórico enfrentou muitas críticas no decorrer das últimas décadas possibilitadas pelo tensionamento dos conceitos de cultura e de universalismo como, por exemplo, o adensamento dos debates em torno do multiculturalismo – como proposto por Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1997).

O conceito que veio com a constituinte de 1988 mudaria o rumo da história do patrimônio histórico em nosso País. A cultura foi consagrada como um direito de todos os cidadãos no artigo 215 da CFRB:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.
> § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:
> I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
> II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
> III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
> IV- democratização do acesso aos bens de cultura;(CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, WEB)

O direito ao patrimônio cultural não está, no entanto, expressamente colocado no Título II, da Constituição Federal, como direito fundamental, fato este que deixa em aberto a discussão cada vez maior de sua compatibilidade e inserção neste rol de forma indireta, porém não menos importante do que aqueles contidos no artigo 5º da CF/88.

Há, no entanto, algumas alusões ao patrimônio histórico e cultural no art. 5º, inciso LXXIII, CF, e no artigo 215 e 216 do nosso texto constitucional conforme já mencionado, o qual trouxe a nova concepção de patrimônio cultural, abrangendo não somente os bens físicos como era concebido em 1937, mas ampliando o seu significado e nos dando pistas para sua inserção como direito fundamental, vejamos:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (CONTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, WEB)

Desta maneira, após o advento da constituinte de 1988 a importância do Patrimônio histórico continuou viva, e suas diretrizes gerais serviriam para sua proteção e conservação.

No entanto, seriam os meios já existentes os mais eficazes para a sua proteção? Estão eles sendo cumpridos de tal forma que não haja percas culturais para as próximas gerações?

Inúmeras perguntas podem ser arguidas, como Gusso (2018) em seu copilado de Ensaios sobre Direito e Patrimônio Cultural na América Latina, ao falar sobre o tópico de alternativas sustentáveis de proteção do patrimônio cultural, em suas palavras:

> [...] qual a ferramenta mais adequada de proteção? Qual seria o âmbito dessa proteção: preservação, conservação, identitário coletivo, econômico? Como adequar a proteção à própria dinâmica da cultura? E os usos econômicos do

> patrimônio cultural, quais seriam as suas consequências? Estes usos podem ser ferramentas de preservação e proteção do patrimônio cultural? [...]

Essas perguntas nos devem levar a reflexão, e caso sejam negativas, a chegar à conclusão de qual seria o meio mais eficaz, propondo algo para que as próximas gerações possam entender de uma vez por todas a importância da preservação do legado cultural da nação.

2. A EFICÁCIA DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO ATUAIS

A humanidade buscou por diversos meios a proteção de seu patrimônio cultural ao longo da história das civilizações. O tombamento, como já dito, é o principal deles, sendo a forma mais antiga e consolidada de preservação do patrimônio cultural, instituído pelo Decreto lei 25, de 30 de novembro de 1937.

Vemos como mesmo antes de estar expressamente citado no texto constitucional, o patrimônio cultural e histórico já era discutido e levado em consideração devido sua importância.

A busca por sua proteção e conservação já possui um longo caminho percorrido através dos milênios afirmando mais uma vez que é um tema que não pode ser deixado de lado por sua importância e relevância jurídica e cultural para a presente e para as futuras gerações.

Neste viés, a Constituição reconhece nos artigos 215 e 216 a existência de bens culturais de natureza material e imaterial, e além do instituto do tombamento já discutido nesse artigo, nosso ordenamento conta com outras formas de preservação do patrimônio, sendo eles o registro e o inventário.

O Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial foi criado em 4 de agosto de 2000 pelo Decreto nº 3.551 e definiu um programa voltado especialmente para esses patrimônios.

O registro é um instrumento legal de preservação, reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial do Brasil, composto por bens que contribuíram para a formação da sociedade brasileira.

Yussef de Campos (2015) aponta que a inclusão da dimensão imaterial do patrimônio, a referência à identidade a partir da diversidade (ainda que seja uma expressão genérica), as referências culturais para além do patrimônio de pedra e cal, o registro como instrumento jurídico de proteção, a criminalização dos danos cometidos do patrimônio, o tombamento dos sítios quilombolas (muito embora equivocadamente intitulados como reminiscentes), colaboraram para as políticas públicas que surgiriam doravante.

Assim, podemos concluir que o registro é o instrumento aplicado àqueles bens que obedecem às categorias estabelecidas pelo Decreto e são registrados em 4 livros: celebrações, lugares, formas de expressão e saberes.

O Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC) é uma metodologia de pesquisa desenvolvida pelo Iphan para produzir conhecimento sobre os domínios da vida social aos quais são atribuídos sentidos e valores e que, portanto, constituem marcos e referências de identidade para determinado grupo social.

Contempla, além das categorias estabelecidas no Registro, edificações associadas a certos usos, a significações históricas e a imagens urbanas, independentemente de sua qualidade arquitetônica ou artística.

Todos os mecanismos foram impulsionados e são um esforço contínuo realizado pelo IPHAN desde sua criação também no ano de 1937. O Instituto do Patrimônio

Histórico e Artístico Nacional (Iphan) é uma autarquia federal vinculada ao antigo Ministério da Cultura que responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Desta maneira, fica claro que medidas de proteção existem, porém o que se questiona é a sua real eficácia, ainda mais diante dos acontecimentos trágicos ocorridos no Brasil e no mundo, como por exemplo, a destruição do Museu Nacional do Rio de Janeiro pelas chamas, ou o patrimônio histórico Universal que quase foi destruído também por chamas na França, a Catedral de Notre Dame.

Até quando teremos que conviver com o constante medo da destruição, deterioração e esquecimento de marcos históricos que formaram nossa humanidade, e em especial aqueles que fazem parte da bela história de nossa cidade, aguardando dia após dia as políticas existentes tomarem partido na sua proteção com morosidade e muitas vezes descaso?

3. BUSCA DE UM MEIO MAIS EFICAZ – POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Sendo assim, a pergunta que se levanta é se todos esses mecanismos de proteção tem sido e são suficientes para a proteção, preservação e incentivo do patrimônio cultural brasileiro e em específico na nossa cidade de Joinville, e claramente, a resposta é não!

A ampliação do catálogo de direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico poderia ser a solução para que, por exemplo, menos bens históricos se perdessem por incêndios como a catástrofe que ocorreu ano passado na cidade do Rio de Janeiro onde o Museu Nacional foi totalmente destruído (IPHAN, 2018, WEB) conforme já citado.

A tragédia do Museu no Rio de Janeiro não é a única, desde 2010 até 2018 ocorreram incêndios em patrimônios históricos levando a total destruição de um deles em cada ano, sem contar as inúmeras demolições que ocorrem no país todo, estes são incontáveis e são dados que o mesmo IPHAN não consegue demonstrar com propriedade.

Recentemente outra lastimável tragédia que ocorreu no âmbito internacional levou a comoção mundial após um incêndio que quase destruir a Catedral quase milenar de Notre Dame em Paris. A catedral foi construída em 1163, e em poucas horas quase foi devorada pelas chamas. (BBC, WEB, 2019).

Quantos monumentos históricos ainda terão que ser destruídos no Brasil e no mundo para que os legisladores, políticos e a população em geral se deem conta da importância da sua melhor proteção diante da consideração e inserção do Patrimônio histórico no âmbito dos direitos humanos fundamentais?

A investigação mais apurada dos textos jurídicos-constitucionais, dos documentos internacionais e, principalmente, das ações judiciais no Brasil, revelam a complexidade e morosidade do reconhecimento do patrimônio cultural como direito fundamental – nome dado aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso é consequência dos desdobramentos e dos efeitos jurídicos da efetivação e da concretização das diretrizes previstas no artigo 216 e 216-A da Constituição Federal de 1988 sobre o poder público, a sociedade e a iniciativa privada.

A aplicabilidade imediata do artigo 5º § 2 da Constituição Federal e a vedação de qualquer atentado contra direitos fundamentais contidos em seu texto não permitiram ainda a inserção do Patrimônio Histórico Cultural no seu rol.

Nesse sentido, a presente proposta busca investigar as ações, os discursos e as relações de poder e de saber que transitam e atravessam o direito do patrimônio cultural na atualidade, assim como os enfrentamentos teórico-jurídicos dos doutrinadores, dos

gestores e, em especial, dos cidadãos e dos patrimônios para seu derradeiro reconhecimento como direito fundamental inerente à sociedade.

Nessa linha, importantes documentos internacionais corroboram a perspectiva da integração/complementação/identificação entre direitos culturais e direitos humanos como a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO e a Declaração de Friburgo que, de maneira geral, afirmam a interdependência, universalidade e indivisibilidade entre os direitos culturais e os direitos humanos.

Os mesmos consideram os direitos culturais como a expressão a dignidade humana e fator determinante para o desenvolvimento sustentável dos povos e sua proteção frente as violações de diretos humanos oriundas de conflitos de identidade e cultura que constituem algumas das principais causas da violência, das guerras e do terrorismo, assim como a destruição do nosso patrimônio cultural, algo sumamente necessário e urgente na atualidade.

Abrigado pelos direitos culturais, o patrimônio cultural está inserido nestes documentos como uma criação das tradições culturais dos povos que se desenvolveram mediante o contato entre elas com o passar dos milênios.

Essa seria a razão pela qual o patrimônio, em todas suas formas, deve ser preservado, valorizado e transmitido às gerações atuais e futuras para fazer valer a diversidade e o diálogo entre as culturas buscando a preservação do nosso legado.

Todavia, tais argumentos são importantes, porém – aparentemente – insuficientes para o pleno reconhecimento do patrimônio cultural como direito fundamental no Brasil e em concreto na nossa cidade de Joinville.

Embora o Brasil seja signatário da Declaração da UNESCO, observamos uma inquietante lacuna na doutrina jurídica e nos tribunais pátrios sobre os efeitos e a eficácia jurídica do tratamento constitucional dado ao artigo 216 e 216-A.

Afinal, uma leitura do caput e dos incisos do artigo 216, como já foi visto, nos convida a reflexão sobre a intenção dos constituintes em reconhecer o patrimônio cultural brasileiro sob uma ótica humanitária, plural, diversificada e democrática, e desta forma como um direito fundamental do indivíduo.

Desta maneira, para Miranda (2013, p. 23), o constituinte optou pela proteção do patrimônio cultural, mesmo em face das atitudes do próprio titular, nos casos dos bens particulares, permitindo que se adotem os procedimentos que se mostrarem eficazes, uteis e necessários para proteger os bens culturais, ao estabelecer a necessidade de colaboração da comunidade.

A Professora Piovesan (2016, p.95) afirmava que a Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico que reflete tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser.

O futuro do patrimônio cultural está em nossas mãos, e o que fizermos daqui para frente irá determinar sua melhor proteção, para que perdure para as próximas gerações como legado que já vem sendo passado através dos séculos.

4. ANÁLISE EMPÍRICA DA PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NOS MONUMENTOS TOMBADOS QUE SERVEM DE RESIDÊNCIA EM JOINVILLE – A CASA ENXAIMEL

Ao total foram visitados 12 monumentos históricos espalhados nos bairros Anita Garibaldi, América, Pirabeiraba e Centro de Joinville, dos quais apenas 10 se enquadraram nos parâmetros de pesquisa aprovados pelo Comitê de Ética, consentindo

participar da pesquisa através do questionário formulado do presente artigo após autorização expressa firmada pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Foram entrevistadas pessoas que utilizam os monumentos tombados, seja de âmbito federal ou estadual, como moradia na atualidade. Através de um questionário com sete perguntas se buscou conhecer um pouco da história por trás da Residência tombada, assim como a opinião dos moradores acerca dos mecanismos já existentes de proteção do Patrimônio Cultural, sua eficácia e modos alternativos de proteção.

As perguntas de número um e dois do formulário eram referentes ao conhecimento pelos proprietários sobre a idade da residência/monumento, e sobre quantos anos o imóvel estava na família.

Em sua grande maioria as casas possuem mais de 120 anos, e quase todas foram construídas no modelo Enxaimel, típico da cultura germânio-europeia de nossa cidade. Segundo informativo do IPHAN (WEB, 2019) a cultura catarinense está repleta de influências trazidas pelos imigrantes que se instalaram em diferentes regiões do Estado, a partir do século XIX, e no tocante às casas Enxaimel explica:

> Em decorrência da imigração, é grande diversidade da arquitetura nos bens tombados pelo Iphan, como a estrutura enxaimel (madeira e tijolos aparentes) trazida pelos alemães que se instalaram na região, além da herança da colonização italiana, açoriana, polonesa, ucraniana e austríaca.

As perguntas três e quatro se referiam a concordância dos proprietários sobre o instituto do tombamento e se acreditavam que ele estivesse preservando as suas residências.

A discordância com as medidas impostas pelo instituto do tombamento era total, pois de acordo com os proprietários, a limitação e liberdade para realizar reformas necessárias, unida com a falta de condições financeiras muitas vezes não permite que sejam preservadas.

Durante as visitas às casas Enxaimel da Rua General Valgas Neves, no bairro Atiradores, a falta de auxílio do estado para a preservação dos monumentos tombados foi quase unânime, mais uma vez demonstrando que somente o simples fato de estarem tombadas não necessariamente significa que estão sendo conservadas e preservadas.

A história da casa de nº 281, sob o nº de processo de tombamento FCJ.CPC.2004-005, é um grito de socorro ao poder público e a população, de que se não fizermos algo para mudar o cenário atual de proteção e preservação dos monumentos tombados, em poucas décadas perderemos nossa história e legado.

A casinha Enxaimel de mais de 120 anos, que está na família por 4 gerações já chorou muito por seus telhados e paredes, juntamente com sua proprietária que habita na mesma a 56 anos, a Sra. Ângela.

As perguntas seguintes eram abertas, possibilitando os moradores a apontar possíveis alternativas para preservação de suas residências/monumentos históricos, e em todos a necessidade de ajuda do estado de forma de subsídio para restauração das mesmas foi apontada.

Após inúmeras tentativas de receber auxílio e subsídio do município, a Sra. Ângela se viu obrigada a colocar sua casa à venda para que não fosse destruída e desse lugar a algum prédio dos tantos em construção em Joinville na atualidade.

Durante uma noite de desespero, como um último grito de socorro valendo-se de sua voz e punho para expressar o que a casa sentia, escreveu o seguinte trecho:

> Muito prazer meu nome é (casa) Enxaimel, venho por meio desta, pedir SOCORRO a vocês. Vou lhes contar minha história com a minha dona, a Angela. É uma história sem dúvida nenhuma de AMOR, RESPEITO e ADMIRAÇÃO da Angela por mim (casa) Enxaimel. Eu e a Angela nos conhecemos a 49 anos apesar de eu Enxaimel já tenha mais de 100 anos de idade. Angela veio morar em minhas dependências com 1 ano de idade, e o tempo passou hoje ela quase com 50 anos e como não poderia ser diferente o tempo passou para mim também. Angela apesar de todas as dificuldades que ela tem, pois trabalha meio período na ACE, é solteira, tem uma filha de 15 anos mais nunca descuidou de mim também, sempre que preciso de algum reparo ela tenta me ajudar, mas de alguns anos para cá estou precisando mais que apenas reparo, e sim uma grande reforma, aliás uma RESTAURAÇÃO pois meu telhado está quase caindo, minhas madeiras foram atacadas por cupins e minha estrutura está com rachaduras. Enfim estou precisando de ajuda URGENTE para continuar em PÉ. Algum tempo atrás desconfiei do AMOR que Angela tinha por mim...Imagine vocês, me vi da noite para o dia com uma placa de VENDE-SE, fiquei arrasada. Depois Angela me explicou que era o melhor a fazer pois ela jamais teria condições de me RESTAURAR. Se isto não acontecesse o mais breve possível eu poderia RUIR. A Angela me falou tudo isso em lágrimas junto com a pequena Fê, que ficou inconsolada com a possibilidade de nós nos separar. E ficamos as 3 a espera de um MILAGRE. Como milagres existem, pois Deus é presente na vida da Angela e da Fê, surgiu uma luz no fundo do Túnel, e a Angela foi atrás. Hoje existe uma chance REAL, que eu (casa) Enxaimel consiga minha tão sonhada RESTAURAÇÃO. Tudo vai depender das pessoas que irão analisar o meu pedido de SOCORRO. Que Deus ilumine a cada um de vocês, que dispuseram alguns minutos do seu precioso tempo para ler esta história linda e real de luta para me manter em pé, para que eu (casa) Enxaimel possa permanecer mais 100, 200, 300 anos, para que seus filhos, netos, bisnetos possam saber da minha história, que graças a vocês pude ser RESTAURADA. (MARQUES, 2013).

Já se passaram mais de 6 anos desde aquela noite, mais de seis anos sem que a casa Enxaimel recebesse sua reforma, se deteriorando ainda mais com o passar dos anos.

Imagem 1 – Casa Enxaimel nº 281



Na mesma rua há outras residências tombadas na mesma situação, nos números 347, 389, 421, 449, 458, 489 e nº 70, algumas das quais, para que não fossem destruídas ou esquecidas pela falta de condições financeiras dos proprietários para realizar a

restauração, estes, serão obrigados a alugá-las para fins comerciais, para que os locatários pudessem ajudar com o valor das reformas.

Imagem 2 – Visão aérea Rua General Vargas Neves



É o caso das casas de nº 389, 458, 489 e 70, as quais respectivamente funcionam como um Restaurante, Escritório de Advocacia, Loja de materiais de pintura e Escola de Educação Básica Conselheiro Mafra.

Estas últimas citadas são as que estão em melhores condições, pois com a ajuda dos locatários e nas conformidades dos parâmetros permitidos de restauração pelo instituto do Tombamento, foram realizadas as reformas necessárias para sua conservação, para que não perdendo sua originalidade, também não se perdessem com o tempo.

No entanto, estas são poucas comparadas à lista incontável de monumentos tombados existentes em Joinville, assim como aqueles que ainda estão em processo de tombamento, sejam em âmbito Federal ou estadual.

A grande maioria das casas visitadas foi construída pela própria família dos atuais proprietários, e o valor emocional se une ao cultural sendo ainda maior o vínculo com o monumento tombado.

O futuro do patrimônio cultural está nas mãos de todos, e o que for feito daqui para frente irá determinar sua melhor proteção, para que perdure para as próximas gerações como legado que já vem sendo passado através dos séculos.

5. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa onde basicamente se buscou entender o fenômeno específico do patrimônio cultural em profundidade. Para isso, foram apresentados resultados através de percepções e análises concretas, descrevendo a complexidade do problema e a interação de variáveis para a afirmação e cumprimento do objetivo do projeto.

A pesquisa qualitativa não procura enumerar e/ou medir os eventos estudados, nem emprega instrumental estatístico na análise dos dados, envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares e processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a

perspectiva dos sujeitos, ou seja, dos participantes da situação em estudo (GODOY, 1995, p.58).

Ademais, por ser uma pesquisa de tipo bibliográfica, foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, artigos, teses acadêmicas, revistas e internet, bem como foi realizado uma pesquisa de campo com aplicação de questionário devidamente autorizado pelo Comitê de Ética, junto às pessoas que habitam atualmente em monumentos históricos tombados de Joinville, para buscar melhor compreender a inserção do Patrimônio histórico cultural no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da CF/88.

O método utilizado no presente artigo foi o da dedução. Em um trabalho científico é essencial definir uma metodologia a ser seguida pelo pesquisador. Assim como Descartes (2003), por meio do método dedutivo, se buscou apresentar uma nova forma de se realizar uma pesquisa científica, abstendo-se do sobrenatural e tentando, ao máximo, ater-se ao seu método, para, por meio da razão buscar um conhecimento que ele intitulou como verdadeiro, o mesmo foi feito nesta pesquisa, para chegar ao objetivo final.

Um dos princípios utilizado por Descartes em suas pesquisas qualitativas era repartir cada uma das dificuldades que se analisassem em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las, partindo do geral para o específico. Nas suas palavras:

> [...] conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de efetuar em toda a parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse a certeza de nada omitir (DESCARTES, 2003, p. 6).

Para tanto, além da parte bibliográfica qualitativa se levou a cabo uma série de entrevistas com pessoas que atualmente fazem de certos monumentos tombados de Joinville/SC as suas residências.

O presente projeto passou por todos os tramites do Comitê de Ética, cumprindo assim com todos os requisitos necessários para a realização da pesquisa de campo. Sua aprovação se deu em 21/05/2019 sob o nº de protocolo 12439019.7.0000.5366.

A pesquisa de campo foi realizada entre os meses de maio e junho de 2019 após o levantamento dos dados sobre os monumentos históricos tombados em Joinville no decorrer de julho de 2018 à abril de 2019 e serviu para melhor entender o objeto em questão do presente artigo, trazendo assim pistas para a possível inserção do Direito do Patrimônio Cultural como um Direito humano fundamental para nossa sociedade.

Assim, a metodologia utilizada durante todo o processo buscou o reconhecimento do direito patrimonial da contemporaneidade como direitos humanos, traçando caminhos a serem seguidos para uma melhor afirmação dos direitos humanos da quarta geração em Joinville e no Brasil, conectado aos preceitos previstos no Art. 216 da Constituição Federal de 1988.

6. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A hipótese da inserção do Patrimônio histórico cultural no Título II, da Constituição Federal, como direito fundamental é mais do que necessária diante do questionamento da eficácia dos meios de proteção já existentes em nosso ordenamento jurídico na atualidade.

Quando se trata de patrimônio cultural e sua proteção, inúmeras perguntas são levantadas. A mais importante delas se refere a qual é a ferramenta mais adequada para sua proteção.

Esta e muitos outros questionamentos foram objeto durante as visitas realizadas aos monumentos tombados de Joinville. Ao levar a cabo a pesquisa de campo, a qual como já exposto, foi devidamente aprovada pelo Comitê de Ética, se obteve a resposta negativa à pergunta suscitada sobre a eficácia dos meios de proteção existentes em sua grande maioria, sobretudo no que se refere ao instituto do Tombamento.

Desta maneira, se conclui que apenas os meios já existentes não estão preservando de todo os monumentos culturais existentes em nossa cidade, sendo muitas vezes até um empecilho para sua restauração e conservação, uma vez que os proprietários não possuem meios financeiros suficientes para realizar as reformas por si mesmos.

Todos os casos relatados no presente artigo e também aqueles que não relatados afirmam ainda mais a urgência da inserção do Patrimônio Histórico Cultural como direito Fundamental, para sua melhor proteção e preservação para as futuras gerações.

Talvez só assim a casinha Enxaimel da Sra. Angela receberá a tão sonhada restauração, assim como tantas outras em nossa cidade, perdurando o legado cultural de Joinville pelas gerações sem fim, prezando pela proteção dos direitos fundamentais da população, ao direito fundamental da cultura e da história da sociedade Joinvillense, do Brasil e do mundo.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo consistiu em perscrutar ainda mais o patrimônio cultural para afirmá-lo como direito da coletividade, mostrando a possibilidade da inserção do Patrimônio Histórico Cultural como direito Fundamental pelos argumentos jurídicos e pela pesquisa de campo realizada.

Se soubéssemos o exato momento em que estes e qualquer um dos outros monumentos de nossa cidade, estado, país, fosse ruir, ser destruído, não faríamos algo para protegê-los?

O direito ao patrimônio cultural mesmo não estando expressamente colocado no Título II, da Constituição Federal, como direito fundamental, deveria ser considerado um direito fundamental da nossa sociedade.

Restou claro como a cultura andou com a sociedade desde o começo da civilização, e como a sociedade criou as mais diferentes maneiras de tentativas de proteção do patrimônio cultural.

Ademais, concluindo-se da pesquisa de campo, se nota que estes mecanismos já existentes não funcionam de todo para preservá-los. A possibilidade da inserção no rol do artigo 5º da CF se vê mais que necessário para que a preservação destes bens ocorra.

Diante da política mínima de preservação e apoio do estado, a da triste realidade da comoção da sociedade tão somente diante de catástrofes que ocorrem, a busca de outros meios de proteção se vê necessária.

A discussão das possibilidades deve continuar para que a aplicabilidade dos direitos fundamentais se torne na prática políticas estatais e comunitárias voltadas a proteção do nosso patrimônio cultural em risco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição federal da república federativa do brasil, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 27 de dezembro de 2018.

CHOAY. Françoise. **O patrimônio em questão**: antologia para um combate. Belo Horizonte: Fino traço, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** (versão original 1936). III Edição em português. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'AVILER. Agustin-Charles. **Dictionnaired'architecturecivile et hydraulique et des arts qui endépendent**: comme la maçonnerie, la charpenterie, la menuiserie, la serrurerie, le jardinage, & la construction des ponts & chausses & de tous les ouvrages hydrauliques, des écluses. Paris: Libraire Du Roi, página 12, 1755.

DE CAMPOS. Yussef Daibert Salomão. **A Dimensão política do patrimônio cultural na Constituinte de 1987-1988**, 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal De Juiz De Fora Instituto De Ciências Humanas. Juiz de Fora. Minas Gerais.

DESCARTES, René. **Discurso do Método, 2003.** Disponível em: <http://ateus.net/artigos/filosofia/discurso-do-metodo/ >. Acessado em: 14 de novembro de 2018.

BBC, 2019. Disponivel em**<**https://www.bbc.com/portuguese/geral-47941953. >Acessado em 07 de junho de 2019.

BRASIL**, Declaração universal dos direitos humanos**. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423_por> Acessado em 13 de fevereiro de 2019.

BRASIL**, Declaração universal sobre a diversidade cultural**, 1998. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf. >. Acessado em 23 de novembro de 2018.

BRASIL**, Declaração de Friburgo**, disponível em:< http://direitoshumanos.gddc.pt/3_20/IIIPAG3_20_4.htm. > Acessado em 25 de novembro de 2018.

BRASIL**, Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. >. Acessado em: 09 de dezembro de 2018.

BRASIL**, Decreto-lei nº 3551**, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm. >. Acessado em: 09 de dezembro de 2018

DUTRA, Walter Veloso. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro:** direito e dever de todos. Artigo (mestrado), Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte. Minas Gerais.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das culturas.** São Paulo: LTC, pag. 45, 2003.

GODOY, A. S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. In: Revista de Administração de Empresas. São Paulo: v.35, n.2, p. 57-63, abril 1995.

GUSSO, Luana de Carvalho Silva. **Ensaios sobre direito e patrimônio cultural na América Latina.** Florianópolis: Emais, pag. 91, 2018.

BRASIL**,** Instrução normativa no. 001, de 2 de março de 2009**, Iphan:** disponível em < http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Instrucao_Normativa_001_2009(2).pdf > Acessado em: 17 de abril de 2019.

Portal do Iphan: Disponivel em**<**http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/4805/nota-oficial-incendio-no-museu-nacional. >Acessado em 5 de dezembro de 2018.

Portal do Iphan: Disponivel em**<**http://http://portal.iphan.gov.br/sc. >Acessado em 11 de junho de 2019.

MICHAELIS. **Dicionário online**. Disponível em: < http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cultura/ >. Acessado em: 23 de novembro de 2018.

MIRANDA. Marcos Paulo de Souza. **Patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, no. 48, Junho, 1997.

O RECONHECIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DO CONTEXTO SOCIAL À EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO ESTATAL

Flávia Balduino Brazzale[1]
Luciana Aparecida Heck Santos[2]

Resumo: O advento da Lei 13.146/2015 e a recepção da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas em 2008 pelo ordenamento jurídico brasileiro proporcionaram a desconstrução dos paradigmas que circunscreviam a conceituação legal e a percepção social da pessoa com deficiência. A instituição do modelo social de deficiência estabelecido contemporaneamente empodera a pessoa com deficiência em igualdade de condições com os demais e promove uma ruptura aos padrões estigmatizados que concebiam que a deficiência estava no indivíduo e não no entorno habitado por este. Logo, a transmutação de olhares imposta pelos referidos dispositivos legais, também implicaram inexoravelmente na imposição de exigências por ações públicas prestacionais que promovam a concretização dos direitos enunciados. Pela relevância exposta e utilizando-se do método dedutivo, o presente trabalho busca, a partir das inovações conquistadas, demonstrar a necessidade de uma Administração pública prestacional na sociedade atual.

Palavras-Chave: Pessoa com Deficiência. Sociedade Inclusiva. Estado Social.

INTRODUÇÃO

Representando merecida vitória conquistada pelas pessoas com deficiência o ordenamento brasileiro se enriquece com a instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência, ou simplesmente denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, sob nº 13.146/2015.

O importante grupo de pessoas que integram a condição de pessoas com deficiência e que atualmente, correspondem a 15% da população mundial e a 45 milhões de brasileiros,[3] restavam amparados por preceitos infraconstitucionais conflitantes aos ideários instituídos pela Convenção de Direitos da Pessoas com Deficiência que foi recepcionada pelo direito brasileiro no ano de 2008. Logo, acolher os preceitos emancipatórios e dignificantes albergados pela Convenção passou a ser questão de conferir atendimento aos clamores sociais e a necessidade de atualização do sistema legislativo brasileiro com leis esparsas que viessem assegurar as diretrizes enunciadas pelo referido tratado internacional.

Assim, o presente trabalho pretende demonstrar de que modo as percepções sobre a pessoa com deficiência foram amplamente modificadas pelas alterações no cenário jurídico e pela evolução da legislação referente ao tema.

Da condição de invisibilidade e desconsideração que se sobrepuseram às pessoas com deficiência até se chegar ao absoluto empoderamento enquanto sujeitos de direitos, diversas interpretações justificarão a variação de atuações estatais comissivas ou omissivas. Logo, o discurso que atualmente ganha força em relação à concepção de sociedade inclusiva, não pode vir dissociado da resposta sobre qual é o modelo de Estado ideal capaz de promovê-la.

---

1. Professora Doutoranda do Curso de Direito da Faculdade CNEC Joinville. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade CNEC Joinville. E-mail: flabrazzale@gmail.com.
2. Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade CNEC de Joinville. Graduada em Psicologia pela ACE - Faculdade Guilherme Guimbala, Pós-graduada em Neuropsicologia pela FAMEC/PR.
3. Cartilha do Censo 2010. *Pessoas com Deficiência.* Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficienciareduzido.pdf. Acesso em: 11 ago. 2015.

Para isto, o plano de trabalho foi dividido em três partes, sendo a primeira dedicada a analisar a concepção de pessoa com deficiência. A segunda dedicada ao modelo social de deficiência, delineado pela Convenção e pelo Estatuto. Posteriormente, procurar-se-á demonstrar a exigência conclamada no Estatuto da Pessoa com Deficiência ao proclamar a necessidade de uma atuação prestacional do Estado na concretização dos direitos legalmente amparados a partir da contemporânea definição da pessoa com deficiência.

1. PLURALIDADE DAS INTERPRETAÇÕES SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Identificar a concepção imposta à pessoa com deficiência ao longo dos períodos vivenciados pela humanidade se mostra fundamental para construção do entendimento sobre os preceitos legais que contemporaneamente buscam resguardar estes cidadãos.

Antes, porém, uma ressalva aos temerosos olhares e resistentes compreensões que possam circunscrever a utilização de fundamentos históricos para o desempenho de qualquer estudo.

A crítica no sentido de que as narrativas históricas são maculadas pelo subjetivismo de seu intérprete por impedirem-no de desatrelar-se "das imagens, preconceitos (pré-compreensões) do presente" [4], deverá ser revista a partir do relevante entendimento do historiador e jurista português, António Hespanha.

Para Hespanha, não há outra forma de se trilhar o caminho do conhecimento. Permitir enxergar o passado, a partir da "leitura atualizante da história", longe de estar limitada a concepções prévias e subjetivas é caminho obrigatório a ser percorrido como forma e "condição para que os factos históricos nos digam algo, sejam inteligíveis e úteis, permitam tirar lições" [5].

Nos dizeres de Souto Maior "a História não é apenas o conhecimento do passado. É a ciência que interpreta e localiza no tempo acontecimentos importantes da vida dos povos, dos homens e das ideias" [6].

Logo, é justamente nesse sentido que o presente artigo se pautará. Ressalvando-se a importância de que toda significação esteja atrelada às "conjunturas sociais"[7] adstritas a cada civilização, o estudo em torno do tratamento direcionado a pessoa com deficiência servirá de ferramenta estruturante para compreender o direito estabelecido.

Por Flávia Piovesan, a pessoa com deficiência pode ser compreendia em fases pontualmente identificadas:

> "a) uma fase da intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma "doença a ser curada", sendo o foco centrado no indivíduo "portador da enfermidade"; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humano, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere. (...)". [8]

4. HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina. 2012. p.22.
5. HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. p.22.
6. SOUTO MAIOR, Armando. História Geral. São Paulo: Editora Nacional. 1976. p. 1.
7. Nos dizeres de Hespanha: "O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência". HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. p.18.

Constata-se que a mutabilidade das compreensões sobre a pessoa com deficiência inseriram-na em diferentes “matrizes interpretativas” [9] responsabilizadoras pelo reconhecimento ou desconsideração destes indivíduos enquanto sujeito de direitos.

Assim, ao fazer uma reflexão sobre a forma como se constituem as relações humanas e o modo como a pessoa com deficiência assumiu historicamente diferentes estereótipos, José Pastore destaca que as relações humanas são permeadas e formadas tendo como ponto de partida a primeira impressão, portanto

> “(...) nesse caso, chamam mais atenção os atributos (as deformidades) do que os portadores desses atributos (seres humanos). Em outras palavras, as deformidades vêm antes das pessoas. A partir daí compõem-se uma visão desumana e estereotipada das pessoas”.

Nesta toada, cabe analisar quem é pessoa humana que vai além da deficiência?

A nomenclatura “pessoa com deficiência” foi recepcionada oficialmente por intermédio da Convenção da Pessoa com Deficiência, assinada em 30 de março de 2017 pela ONU e ratificada pelo ordenamento brasileiro com status de emenda constitucional. A referida convenção traz no bojo do seu preâmbulo que a deficiência abarca um conceito em evolução, promovendo assim um olhar não somente para os fatores intrínsecos à pessoa, mas sim levando em consideração também os fatores extrínsecos que resultam dos impedimentos naturais, institucionais e ambientais que acabam por dificultar a inclusão e a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência no contexto social.

Ao pensar na expressão “pessoa com deficiência” temos como figura central a “pessoa humana”. A concepção de “pessoa” nos remete a um ser singular, único, autônomo e dotado de subjetividade, no contexto da pessoa com deficiência percebe-se, portanto, que o desafio da sociedade como um todo é de reconhecer que as potencialidades e que a capacidade de autonomia ultrapassa os impedimentos. Neste viés, pode-se ressaltar a importância de um olhar humanizado para com a pessoa que possui um impedimento de longo prazo, conforme prevê o art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência[7].

A concepção da Psicologia dentro da abordagem da Gestalt dispõe que o homem é mais do que a soma das suas partes, ressaltando a relevância de olhar a pessoa humana na sua totalidade e dentro do contexto social em que está inserida , dessa forma Aguiar salienta a importância de se ter uma “visão integral e não fragmentada do homem e da realidade que nos cerca”[10].

Ao contemplar a pessoa com deficiência dentro da sua totalidade e singularidade, se observa que deficiência por sua vez, não é o indivíduo que a “possui” e sim o meio ambiente socialmente habitável. Por esta razão, são as deficiências do entorno representada pelas barreiras sociais e atitudinais que promoverão a exclusão social sempre que se fizerem intransponíveis a pessoa com impedimentos. No tocante a barreiras atitudinais e sob o viés da Psicologia, temos de acordo com Bock que a maneira pela qual o indivíduo percebe o meio social e o outro, está intrinsicamente relacionado com a organização interna de afetos (positivos e negativos), implicando assim no

8. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.296.

9. BRASIL.. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília. Presidência da República do Brasil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: Setembro/2019

10. AGUIAR,L. Gestalt-terapia Com Crianças: Teoria e Prática. São Paulo: Smmus, p.41.

desenvolvimento de “uma predisposição para agir (favorável ou desfavoravelmente) em relação às pessoas ou objetos presentes no meio social”.[11]

Percebe-se, portanto, que com a evolução da legislação referente a pessoa com deficiência surge um novo olhar para as questões relacionadas à deficiência, e em especial no tocante a acessibilidade e as barreiras que dificultam a participação efetiva e plena da pessoa com deficiência na sociedade, implicando na adequação do meio social, para reconhecer as potencialidades da pessoa com deficiência. Ademais, conforme Lilia Pinto Martins que: “uma sociedade, portanto, é menos excludente, e consequentemente, mais inclusiva, quando reconhece a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários segmentos sociais”[12], assegurando de forma efetiva e plena o reconhecimento da dignidade intrínseca a todos os indivíduos e a possibilidade de exercer seus direitos e liberdades fundamentais.

No cenário jurídico o conceito de “pessoa humana” ocupa uma função nuclear, uma vez que, as normas jurídicas são criadas visando regular as relações sociais estabelecidas entre elas. Para Maria Helena Diniz o conceito de pessoa é sinônimo de sujeito de direito[13], por conseguinte, a pessoa humana passa a ocupar a condição de sujeito de direitos e obrigações.

Com o intuito de comedir a vida em sociedade surge a necessidade das normas jurídicas, sendo que ao passo que as legislações emergem, acabam por produzir reflexos e impactos nas diferentes áreas de conhecimento e no exercício das demais profissões, neste sentido as disposições do Estatuto da Pessoa com deficiência produziram efeitos diretos no campo de outros saberes. À vista disso, em consonância com a previsão do art. 3° do Estatuto da Pessoa com Deficiência, temos como exemplo a Nota Técnica 04/2019 do Conselho Regional de Psicologia dispondo que com o objetivo de favorecer a acessibilidade os materiais dos testes para pessoas com deficiência, a construção/adaptação de testes psicológicos pode requerer a utilização de modificações e alguns recursos adicionais, como, por exemplo, as tecnologias assistidas.[14]

O marco legal refletido com a Constituição de 1988, merecidamente denominada por Constituição Cidadã, trouxe para pessoa com deficiência a superação do ideal integrador pela nova forma de compreensão: *a inclusão como matriz de interpretação.*[15]

O ideal inclusivo anunciado constitucionalmente passa reger que a inserção social da pessoa com deficiência seja uma obrigação coletiva, de forma especial, pela atuação do poder público. Isto diferencia drasticamente o modelo integrador. Enquanto a

---

11. BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia. São Paulo: Saraiva, p.181.

12. MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2: Definições. In: RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.). A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

13. BRASIL.. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília. Presidência da República do Brasil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: Setembro/2019

14. Conselho Federal de Psicologia. Nota Técnica CFP 04/2019. Disponível em: https://transparencia.cfp.org.br/legislacao/nota-tecnica-cfp-04-2019/. Acesso em: Outubro/2019.

15. *2008. p. 28.* Disponível em: https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf. Acesso em: Outubro/2019, p.28. [11]DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume1: Teoria Geral do Direito Civil.* 31. ed., São Paulo: Saraiva, p.129.

integração traduz-se num mandamento permissivo para inserção daqueles que consigam por si próprios incorporar-se ao ambiente social; a inclusão traduz-se num mandamento obrigacional de criação de meios estruturais; educacionais; morais; dentre outros, que garantam a não exclusão pela concretização das condições necessárias de inserção para todos.

Assim, são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, enunciados no artigo 3º, da CF/1988, que obrigam para implementação do princípio da igualdade, o reconhecimento da diferença através de atuações estatais que promovam a inclusão social em uma sociedade livre, justa e solidária cujas desigualdades sociais possam ser reduzidas e livre de preconceitos.

Esta nova diretriz obrigacional responsabilizou-se por reconhecer nas pessoas com deficiência um grupo de necessária especial proteção estatal e legislativa. Com isso, o novo olhar que se impôs para que universo legislativo refletisse os anseios contemporâneos foram determinantes para incorporação pelo ordenamento brasileiro de importantes convenções internacionais na linha da chamada Inclusão.

2. DETERMINAÇÕES LEGISLATIVAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO VINCULANTES DA ATUAÇÃO ESTATAL

Desatrelar a conceituação da deficiência sobre as condições estritamente físicas ou biológicas dos indivíduos para levá-la a percepção de que sua formação ou agravamento diz respeito ao ambiente socialmente habitável é algo que ainda causa estranheza e muito debate em torno do assunto.

Fruto de um árduo e lento processo de compreensão, a deficiência, conforme contexto histórico já abordado, sempre esteve atribuída a razões estritamente pessoais. Ainda que fosse concebida a partir de justificativas espirituais ou, pelas razões físicas ou biológicas desencadeadoras, importa que até muito recentemente a condição de deficiente esteve cingida ao olhar estritamente limitativo ao indivíduo.

Esta percepção, individualmente sobreposta à pessoa com deficiência, também perdurou por muito tempo no contexto brasileiro através dos padrões médicos que intitulavam um conceito fechado de deficiência. Enquanto as legislações constitucionais se abstinham de definir quem seriam as pessoas com deficiência, coube inicialmente à legislação infraconstitucional apresentar sua conceituação por meio do Dec. 914/1993, regulamentador da Lei 7.853/1989, que definia:

> Art. 3º Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, *dentro do padrão considerado normal para o ser humano.*

Posteriormente, o Dec. 3.298/1999 (regulamentador das Leis 10.048/2000 e 10.098/2000), surge no cenário jurídico revogando o acima mencionado Dec. 914/1993 e consolidando o modelo medicalizado ao passar a instituir um rol taxativo de quesitos médicos cujo enquadramento classificaria o indivíduo como pessoa com deficiência. Pode-se citar, a título de exemplo, a previsão intitulada no artigo 4º, inc. II para o qual se enquadrava como deficiência auditiva somente o sujeito que possuísse “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz”.

Inquestionavelmente a segurança de interpretação que este sistema fechado trazia a seu interprete afastava a existência de dúvidas sobre sua incidência sendo, esta, uma

das razões que o fez permanecer até recentemente aplicável jurídica e administrativamente. Porém, um sistema como este possui uma linha muito tênue para ocorrência de injustiças. O grau de objetivismo que se impunha poderia resultar na desconsideração de situações que merecessem a proteção legal, mas, por não atenderem os parâmetros preceituados, estariam desamparadas. [16]

Além do mais, o caráter responsabilizador que se sobrepunha ao indivíduo com deficiência por sua própria condição, segundo Ferraz, era permissivo para que o Estado e sociedade resumisse sua atuação nas "práticas assistencialistas e de caridade" que afastavam o dever obrigacional de adaptação do entorno e promoviam a consequencial segregação e preconceito entre as pessoas.[17]

Legalmente o início da modificação deste conceito ocorre quando o Brasil torna-se signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (OEA ou conhecida por Convenção da Guatemala), promulgada pelo Dec. 3.956/2001.

A definição que surge neste primeiro momento pela OEA, conforme David Araújo "já não permite ao administrador a fixação de um rol taxativo de 'restrições'" [18] como até então se aplicava ao modelo médico, dizendo em seu art.1º:

> "O termo 'deficiência' significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, *causada ou agravada pelo ambiente econômico e social".*

A percepção trazida por esta definição refletiu o "ambiente social como fator de limitação pessoal" e inaugurou a nova compreensão que veio a ser incorporada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em 2006, com a intitulação do *modelo social de deficiência.*

Dois anos mais tarde, em 2008, o Brasil recepciona referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, com status de norma constitucional conforme art. 5º, §3º, da CF/88 (Dec. Leg. 186/2008 e Dec. 6.949/2009), passando a definir a pessoa com deficiência, segundo art. 1º:

> "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

Verifica-se de pronto que o modelo de deficiência aqui preceituado desatrela-se da consideração dos quesitos médicos até então prevalecentes para identificar a deficiência como questão relativa à sociedade, daí se justificando a nomenclatura por *modelo social da deficiência.* Assim, para compreensão das mudanças proporcionadas há de se dizer que deficiência já não pode mais ser compreendida como ordem de limitações individuais.

16. ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 22. n.86. Jan/Mar. 2014. p.173.
17. FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão (orgs.). Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas. 2015. p.95-96.
18. ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. p.172.

De acordo com Ferraz há de ser distinguido que as limitações pessoais de cada indivíduo correspondem aos seus respectivos atributos físicos, psíquicos ou biológicos formadores de sua própria identidade e criadores de diferentes modos de vida, mas, que não dizem respeito ao conceito de deficiência. [19]

Neste sentido, identificar a deficiência está em identificar os fatores impeditivos extrínsecos que criem, por exemplo, a impossibilidade para que uma pessoa com limitações físicas de locomoção deixe de circular pela inexistência de acessos adaptados, ou seja, a deficiência aqui está em retirar a chance de ir desta pessoa quando, em que pese suas próprias limitações, poderia ter o feito. Nisto se traduz que os fatores impeditivos que possuem força de opressão e exclusão não são os intrínsecos aos sujeitos e sim aqueles que se constroem pelos mais variados obstáculos exteriorizados, dentre outros, no aspecto físico, social ou moral. [20]

Por esta razão Diniz define que a deficiência deve ser traduzida como a "opressão ao corpo com impedimentos" o que justifica que a pessoa com deficiência passe a ser entendida em termos políticos pela conclusão de que "deficiência não se resume ao catálogo de doenças e lesões de uma perícia biomédica do corpo é um conceito que denuncia a relação de desigualdade imposta por ambientes com barreiras a um corpo com impedimentos".

Atualmente, estes preceitos instituidores do modelo social da deficiência, que são assegurados pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, restam fidedignamente previstos no artigo 3º, da recente Lei nº 13.146/2015, promulgadora do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Disto decorre que as normativas ordinárias e a força constitucional assegurada à Convenção, instituem o paradigma pelo qual a deficiência passa a ser concebida como forma de "opressão social" [21] atribuidora de maior responsabilidade ao Estado e a sociedade para sua solução.

Neste modelo, a eliminação de toda e qualquer forma de opressão às pessoas com deficiência, passa a ser exigida diretamente do Estado por soluções políticas que promovam a remoção das barreiras sociais já existentes e a criação de nova compreensão social sobre os padrões estigmatizados de normalidade.

Há de se ressaltar que a crítica existente em torno do modelo social reside ao fato de ser inverídica a premissa pela qual a simples remoção dos obstáculos sociais asseguriam milagrosamente a inclusão de todas as pessoas com deficiência. De fato, não se podem aplicar compreensões generalizadas que deixem de reconhecer as situações pelas quais a própria condição particular do indivíduo o impossibilite de viver sem a intervenção de terceiros independente da inexistência de barreiras.

Porém, o objetivo aqui primado está em ressaltar a suprema importância que o Estado, por meio de sua atuação através das políticas públicas passou a assumir incondicionalmente por este modelo.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS: O CARÁTER PRESTACIONAL DA LEI Nº 13.146/2015

A contemporânea definição constitucional de pessoa com deficiência que o ordenamento brasileiro inseriu com a recepção da Convenção dos Direitos das Pessoas

19. FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. p. 96-97.
20. FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. p. 98.
21. FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. p. 98.

com Deficiência da ONU e a promulgação da Lei 13.146/2015 instituí, a partir do modelo social de deficiência, uma série de direitos consonantes à formação e perpetuação da sociedade inclusiva idealmente estabelecida.

Entretanto, o fato dos direitos sociais estarem legalmente positivados na ordem jurídica não promove a garantia de que sejam efetivamente aplicados, ao contrário, a implementação de determinadas disposições normativas só se mostra possível a partir da utilização de ferramentas próprias para sua efetivação como são, as políticas públicas.

Como mecanismo exteriorizador à pretensões estatais, estáticas e abstratas, predispostas em leis, decretos, portarias, resoluções, dentre outros[22], as políticas públicas se traduzem como meio capaz de concretizar as finalidades legais através da atuação dinâmica do poder público. Ou seja, se "políticas públicas são as decisões de governo que influenciam a vida de um conjunto de cidadãos" [23], estas medidas refletem o modo de gestão eleito por cada governo para dar atendimento aos ideários do Estado.

Conforme Dallari Bucci, o *"government by law"* ("governo por leis") para se desenvolver e concretizar cede espaço para atuação do *"government by policies"* ("governo por políticas") em atendimento à função prestacional inerente ao modelo de Estado Social que surge em superação aos padrões assistencialistas e omissivos do antigo Estado Liberal.[24] Logo, é possível concluir que as políticas públicas restam sustentadas em dois pilares justificadores: a existência de direitos sociais constitucionalmente assegurados e o dever estatal de promovê-los em igualdade de condições a todos os cidadãos.

Nesse sentido, o papel protagonista que passa a ser exigido do Estado assume real importância para o atual cenário da Pessoa com Deficiência. Em face da instituição do dever estatal em promover e assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades da pessoa com deficiência por meio de medidas legislativas e administrativas,[25] surge o questionamento: Quais são os aspectos administrativos que a Lei n. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) impõe ao poder público? Ou, o que a pessoa com deficiência (em sua maior ou menor vulnerabilidade) pode exigir do Estado a partir do paradigma inclusivo contemporaneamente estabelecido? Sem qualquer pretensão de exaurimento, há de se ressaltar importantes preceitos representativos às políticas públicas pelo dispositivo legal em comento.

A começar pela previsão de atendimento prioritário à pessoa com deficiência, o artigo 9º, da Lei 13.146/15, preceitua diretrizes estatais que deverão ser observadas em prol do oferecimento de um 'diferenciado tratamento' e do 'imediato atendimento' aos seus beneficiários. Nisto institui-se o dever de disponibilização de recursos facilitadores ao desempenho das atividades cotidianas da pessoa com deficiência em igualdade de condições as de qualquer outro indivíduo, como exemplo, pela disponibilização de caixas eletrônicos adaptados; mas, que de modo consonante, também assegurem seu atendimento preferencial.

22. BUCCI. Maria Paula Dallari, Políticas públicas e direito administrativo. Disponível em: < unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf>. Acesso em 21 jun. 2016. p.95
23. SILVA. Daniel Cavalcante, Contextualização: Políticas públicas no Brasil. Disponível em:< http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/contextualiza%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-no-brasil>. Acesso em 21 jun. 2016.
24. BUCCI. Maria Paula Dallari, Políticas públicas e direito administrativo. Disponível em: < unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf>. Acesso em 21 jun. 2016. p.90-91.
25. Artigo 4º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU: "Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência."

Promover o tratamento diferenciado das pessoas com deficiência é também atender ao princípio constitucional da Função Social das Cidades que preceitua, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal, o dever dos entes municipais empreenderem seu crescimento e desenvolvimento urbano de modo ordenado e planejado para realização do bem estar de todos os habitantes.[26] De modo consequencial, prover condições coletivas de acessibilidade importa na criação de obrigações que, atenta as mais variadas condições existenciais, imponham aos órgãos públicos e particulares a adaptação de suas instalações em atendimento aos direitos de mobilidade e acessibilidade estampados pela Lei. 13.146/15 e fundamentado nos artigos 220, 227, §1º e §2º, e 244 da Constituição Federal que buscam proporcionar a pessoa com deficiência condições de exercer direta e independentemente os direitos à cidadania e participação social pela garantia das condições de acessibilidade ao meio físico, ao transporte e à comunicação.[27]

A necessidade de implantação de políticas públicas que promovam a "valorização da autonomia"[28] da pessoa com deficiência também se tornou evidenciada no artigo 14º da Lei 13.146/15, ao prever sobre o direito à habilitação e à reabilitação destes indivíduos. Tendo por objetivo promover a autonomia e efetivar a inserção social das pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais, o poder público deverá por meio do processo de habilitação proporcionar a capacitação da pessoa com deficiência para o desempenho de sua capacidade física, mental, social e profissional; também, deverá por meio de mecanismos reabilitatórios suprir as habilidades pessoais que se fizeram enfraquecidas por qualquer circunstância.

Assim, o referido direito à habilitação e reabilitação, amparado no artigo 203 da Constituição Federal e reconhecido como mecanismo capaz de promover a inclusão das pessoas com deficiência à vida comunitária, implica na necessidade de desenvolvimento de ações intersetoriais que promovam no âmbito das três esferas de governo ações garantidoras ao acesso a diversas áreas: habitação, transporte, órteses e próteses, educação e trabalho.[29]

A Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência, instituída pela Portaria nº 1060/ GM de 05 de junho de 2002 [30], definiu por objetivo que a reabilitação da pessoa com deficiência deve propiciar o desenvolvimento de sua capacidade funcional e do desempenho humano por intermédio da atuação dos diversos setores do governo e da efetiva participação da sociedade.[31] Ademais, ao prever a possibilidade de controle social

---

26. SILVA, Lúcio Flávio de Faria., SILVA, Idari Alves. Acessibilidade como função social da cidade. In: ALMEIDA, gregório Assagra de., JUNIOR. Jarbas Soares., DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral. (coords.) Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 120.

27. BRASIL. 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - 2008-2010. Disponível em:< www.pessoacomdeficiencia.gov.br/.../%5Bfield_generico_imagens-filefield-descriptio> . Acesso em 09 jul. 2016.

28. BRASIL. Avanços das Políticas Públicas paras as pessoas com Deficiência: Uma análise a partir das Conferências Nacionais. 1 ed. 2012. Disponível em:< http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-avancos-politicas-publicas-pcd.pdf> Acesso em 09 jul.2016. p.18

29. BRASIL. 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - 2008-2010.

30. MINISTÉRIO DA SAÚDE: "Política Nacional de Saúde da Pessoa com deficiência". Disponível em:< http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt1060_05_06_2002.html> . Acesso em 09 jul. 2016.

31. Em complemento há que se falar da ocorrência da instituição da Política Nacional de Atenção à Saúde Auditiva, pela Portaria 2073/GM de 28 de setembro de 2004, com a determinação de que todas as unidades federadas, pelas Secretarias de Estado da Saúde, adotem as providências necessárias à organização e

para sua efetiva implantação, mencionada Política contribui para fomentar o dever de atuações públicas que promovam melhoria na qualidade de vida das pessoas com deficiência.[32]

Bem como, a Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência no âmbito do Sistema Único de Saúde, instituída pela Portaria nº 793/GM de 24 de abril de 2012, determina que; por meio da criação, ampliação e articulação de pontos de atenção à saúde, além de se promover o acesso e vinculação das pessoas com deficiência ao atendimento qualificado, também se concretizem processos reabilitatórios que garantam melhores condições existenciais aos beneficiários por meio de cuidados especiais a saúde, reinserção ao trabalho, informações acessíveis, oferta de órtese, prótese e meios auxiliares de locomoção, dentre outros. Para isso, a consecução desta política trouxe o dever de cada Estado instituir o Grupo Condutor de Cuidados à Pessoa com Deficiência para que desenvolvam um plano de ação que operacionalize suas atividades e garantam a concretização das metas propostas.[33]

Logo, não há que se desconsiderar a existência de preceitos instituidores de políticas públicas no âmbito das pessoas com deficiência. Porém, a questão que se forma circunda-se ao fato de que as políticas públicas que já restam preceituadas deverão ser revistas sob o olhar retratado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que impõe uma administração pública prestacional. Isto significa que, embora possa haver discricionariedade do poder público para escolha dos meios que promovam a aplicabilidade real das políticas públicas enunciadas, estas não poderão passar a ser "transformadas em promessas ineficazes".[34]

No âmbito do direito à educação incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar mecanismos formadores de um sistema educacional inclusivo. Logo, a instituição de políticas públicas de educação em prol das pessoas com deficiência se traduz como forma concretizadora do direito assegurado pelo artigo 27 da Lei 13.146/2015 e artigos 205, 206, inciso I, 208 e 214 da Constituição Federal.[35]

Os deveres impostos à comunidade escolar para oferta e aplicação de educação com qualidade a pessoa com deficiência surge a partir do contexto social que se responsabiliza pela compreensão coletiva do dever que tem a sociedade de se adaptar as pessoas. Segundo Romeu Sassaki "educação inclusiva é o conjunto de princípios e procedimentos implementados pelos sistemas de ensino para adequar a realidade das escolas à realidade do alunado que, por sua vez, deve representar a diversidade humana". [36]

---

implantação das Redes Estaduais de Atenção à Saúde Auditiva de modo a desenvolver estratégias que primem pelas ações de promoção, prevenção e recuperação das pessoas com deficiência auditiva por meio do oferecimento de atenção diagnostica e terapêutica especializada. MINISTÉRIO DA SAÚDE: "Política Nacional de Atenção à Saúde Auditiva". Disponível em:< http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2073_28_09_2004.html>. Acesso em 09. Jul 2016.

32. BRASIL. 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - 2008-2010.

33. MINISTÉRIO DA SAÚDE: "Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência no âmbito do Sistema Único de Saúde". Disponível em:< bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0793_24_04_2012.html>. Acessso em 09 jul. 2016.

34. SILVA, Lúcio Flávio de Faria., SILVA, Idari Alves. Acessibilidade como função social da cidade. p.119.

35. BRASIL. 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - 2008-2010.

36. SASSAKI, Romeu Kazumi. Artigo 24-Educação. In: Novos comentários a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/.../convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf > Acesso em 04 jul 2016. p.84.

Assim, atender ao direito à educação é conferir de modo consequencial o atendimento a outros direitos preceituados pelo Estatuto. Promover inclusão educacional na escola pública ou privada é também garantir acessibilidade para que as pessoas com deficiência consigam adentrar a um ambiente escolar estruturalmente adaptado que os levem a encontrar um sistema de ensino preparado para auxilia-los no aprendizado com profissionais capacitados e materiais apropriados.

Conforme Felipe Fonte é imprescindível que haja o fornecimento dos elementos necessários que promovam condições de todos os indivíduos desenvolverem sua personalidade humana a partir das mesmas bases educacionais. Complementando ao dizer que "o direito à educação emerge como elemento necessário à formação da autoimagem do indivíduo, à estabilização das aspirações e preferências, em suma, ao desabrochar das características que vão conferir ao ser humano a individualidade que é inerente a personalidade". [37]

Levando-se em conta que no ano de 2014, segundo o Censo Escolar/INEP, do universo de 188.673 escolas públicas e privadas de educação básica, somente 24% (44.453 escolas) possuíam dependências acessíveis as pessoas com deficiência,[38] torna-se claro a necessidade de uma administração pública interventiva que implemente os avanços necessários para concretização do estado social. Isto porque, não basta à positivação dos direitos sociais albergados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência se não forem promovidas as condições que levem seus beneficiários ao usufruí-los.

É por esta razão que a instituição de marco legal relativo ao controle social das políticas públicas voltadas as pessoas com deficiência e o seu empoderamento nos espaços de participação, decisão e construção destas políticas, consoante à 4ª Conferência Nacional da Pessoa com Deficiência, passam a serem mecanismos indispensáveis para concretização dos preceitos instituídos pela Lei 13.146/15. [39]

Logo, acordando-se ao entendimento que "o primeiro e fundamental método de controle e avaliação de políticas públicas é o político, que se desenrola no espaço público"[40], há de se reconhecer a condição de essencialidade que, antes da implementação sejam as políticas públicas amplamente debatidas e, durante sua efetivação, não haja a desconsideração da voz de seus beneficiários.

CONCLUSÃO

A partir da interpretação desenvolvida é possível concluir que a forma pela qual se reconhece a pessoa com deficiência será determinante para os ditames sobre qual deverá ser a postura estatal e socialmente obrigatória.

Enquanto a deficiência esteve pautada no modelo médico ou da biomédica constatou-se uma dupla penalização a estes indivíduos. Primeiramente, o fato da deficiência ser concebida como infortúnio de responsabilidade individual impunha que seus detentores se conformassem com as dificuldades que naturalmente possuíssem e,

37. FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013. p.211.

38. Censo Escolar/ INEP. 2014. Disponível em: http://www.qedu.org.br/brasil/censo-escolar?year=2014&localization=0&dependence=0&education_stage=0&item=acessibilidade>. Acesso em 02 jul 2016.

39. 4ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Maio -2016). Disponível em:<http://www.sedese.mg.gov.br/conped/images/conferencias/Anais_confrencia.pdf>.Acesso em 09 jul. 2016.

40. FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. p.257.

de modo consequencial, também convivessem com os obstáculos criados pelo meio ambiente habitado. Nessa oportunidade torna-se notório de que modo tudo o que se coloca a margem das importâncias sociais sofreria com as penalidades de abandono e indiferença.

No reconhecimento de que não há uma só identidade dentro das sociedades pautadas pelo pluralismo surge à necessidade de um Estado que promova o dever prestacional de beneficiar a realidade vivida por todos que se inserem em seu contexto. Nesta percepção a Lei 13.146/2015 surge recentemente no Estado brasileiro, recepcionando a referida Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, para proclamar direitos das pessoas com deficiência que, consonantes à Constituição Federal, enunciam a obrigatoriedade de serem reconhecidos e respeitados em sua singularidade.

As mudanças paradigmáticas que surgem com a instituição do modelo social de deficiência se tornam sustentadores na concretização dos preceitos inclusivos. De todo modo, reconhecer a proteção destes direitos implica necessariamente em promover a sua realização.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, "o *âmbito de proteção* de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*"[41], ou seja, no âmbito da Lei 13.146/2015, os direitos enunciados às pessoas com deficiência devem ser reconhecidos enquanto sinônimos de proteção e garantia de melhor qualidade de vida a seus beneficiários desde que, se concretizem pela implementação das ações públicas reclamadas ao Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR,L. *Gestalt-terapia Com Crianças: Teoria e Prática.* São Paulo: Smmus, 2014.

ARANHA. Maria Salete Fábio, *Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência.* Disponível em:< http://devotuporanga.educacao.sp.gov.br/SiteAssets/Paginas/Institucional/Educa%C3%A7%C3%A3oEspecial/Educa%C3%A7%C3%A3oEspecial_PARADIGMAS_DA_RELA%C3%87%C3%83O_DA%20SOCIEDADE_COM%20_AS_PESSOAS_COM_DEFICI%C3%8ANCIA_19abril_2012.pdf>. Acesso em 16 mai. 16

ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. *O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 22. n.86. Jan/Mar. 2014.

ARISTÓTELES. *Poética; Organon; Política; Constituição de Atenas.* Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

BIANCHETTI. Lucídio; FREIRE. Ida Mara. *Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania.* 10. ed. São Paulo: Papirus. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social.* 11.ed. São Paulo: Malheiros,2013.

41. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia. São Paulo: Malheiros. 2009. p.77.

BRASIL. Avanços das Políticas Públicas paras as pessoas com Deficiência: Uma análise a partir das Conferências Nacionais. 1 ed. 2012. Disponível em:< http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-avancos-politicas-publicas-pcd.pdf> Acesso em 09 jul.2016.

BRASIL. *1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* - 2008-2010. Disponível em:< www.pessoacomdeficiencia.gov.br/.../%5Bfield_generico_imagens-filefield-descriptio> . Acesso em 09 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº7.853, de 24 out. 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração sócia e da outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em 27 mai. 2016.

BRASIL.. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília. Presidência da República do Brasil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: Setembro/2019.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia.* São Paulo: Saraiva, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo.* Disponível em: < unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf>. Acesso em 21 jun. 2016.

CARVALHO- FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz. *A diversidade através da história: a inserção no trabalho de pessoas com deficiência.* Salvador: Org. Soc. v.14. n.41. abr/jun 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302007000200003>. Acesso em 01 mai 2016.

Censo Escolar/ INEP. 2014. Disponível em: http://www.qedu.org.br/brasil/censo-escolar?year=2014&localization=0&dependence=0&education_stage=0&item=acessibilidade>. Acesso em 02 jul 2016.

Conselho Federal de Psicologia. *Nota Técnica CFP 04/2019.* Disponível em: https://transparencia.cfp.org.br/legislacao/nota-tecnica-cfp-04-2019/. Acesso em: Outubro/2019.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume1: Teoria Geral do Direito Civil.* 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência:* garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. *A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos.* In: FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão (orgs.). Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas. 2015.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência.* In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. v. 7, 2001. p. 267-275. Disponível em: < http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/764>. Acesso em 09 mai 16.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito.* São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes. 2002.

FRANCO, Roberto João; DIAS, Tárcia Regina da Silveira. *A pessoa cega no processo histórico: um breve percurso.* Revista Beijamin Constant. ed.30. Abr.2005. Disponível em: < http://www.ibc.gov.br/?catid=4&itemid=10028>. Acesso em 09 jul.2016.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* 4. ed. Rio de Janeiro: LTC. 1988.

GUGEL. Maria Aparecida, *A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.* Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em 17 mai. 2016.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio.* Coimbra: Almedina. 2012.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein.* 13 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2: Definições. In: RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 28.* Disponível em: https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf. Acesso em: Outubro/2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de Direito.* Coimbra: Coimbra, 1987.

PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. 1ed. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. *A República de Platão.* Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

ROHRMANN, Carlos Alberto., RÊGO, Cristiane. *O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada.* Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. v. 27, 2013, p.119-140. Disponível em: <http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/34>. Acesso em 02 fev 16.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SASSAKI, Romeu Kazumi. Artigo 24-Educação. *In: Novos comentários a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/.../convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf > Acesso em 04 jul 2016. p.84.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Lúcio Flávio de Faria., SILVA, Idari Alves. Acessibilidade como função social da cidade. In: ALMEIDA, gregório Assagra de., JUNIOR. Jarbas Soares., DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral. (coords.) *Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Otto Marques da. *A Epopeia Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje.* São Paulo: CEDAS, 1987, s/p. Disponível em:< https://pt.scribd.com/doc/130604275/A-Epopeia-Ignorada-Oto-Marques-da-Silva-corrigido>. Acesso em 09 jul. 2016.

SILVA, Daniel Cavalcante. *Contextualização: Políticas públicas no Brasil.* Disponível em:< http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/contextualiza%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-no-brasil>. Acesso em 21 jun. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia.* São Paulo: Malheiros. 2009.

SOUTO MAIOR, Armando. *História Geral.* São Paulo: Editora Nacional. 1976.

TEIXEIRA, Marina Codo Andrade. *Políticas Públicas para pessoas com deficiência.* 2010. 131f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em:< http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4778/61080100037.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 jul. 2016.

DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DIANTE DA NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS

Francine Stüpp[1]

Resumo: O presente estudo trata da responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social por dano moral causado aos segurados da previdência. A pesquisa busca investigar se a indenização por danos morais pleiteada em face do Instituto Nacional do Seguro Social, por ato ilícito ou omissivo que cause prejuízos aos seus segurados, é aplicada integralmente pelos tribunais brasileiros e se na jurisprudência brasileira, a função punitiva e pedagógica decorrente da indenização por danos morais existe ou atende apenas a função reparatória do dano. Dos dados levantados, conclui-se que há resistência dos tribunais brasileiros na aplicação de indenização por danos morais contra atos ou omissões do Instituto Nacional do Seguro Social, sobretudo com a alegação da ausência de ato ilícito, omissão, ou dano, o que de certa forma, protege o Estado de seus próprios atos lesivos. Trata-se de pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo.

Palavras-chave: INSS. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Direito Previdenciário.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante ao indivíduo o direito à indenização por danos sofridos, sejam eles de ordem patrimonial ou apenas moral. Por sua vez, o Código de Processo Civil disciplina a responsabilidade civil daquele que por ação, omissão, negligência ou imprudência causar dano a outrem, e determina que nestes casos o indivíduo comete ato ilício e se sujeita à reparação dos danos causados, ainda que exclusivamente morais.

Considerando que a previdência é um direito social previsto na Constituição Federal, que tem como objetivo assegurar a subsistência e a dignidade da pessoa humana nos casos de riscos sociais como doença, invalidez, morte, velhice, entre outros, os serviços da previdência social, prestados pelo Instituto Nacional do Seguro Social, devem ser eficientes e não causar danos àqueles que os utilizam.

A suspensão indevida ou a não concessão de benefício previdenciário quando flagrantemente devido traz diversos danos ao segurado, tendo em vista que o benefício substitui sua remuneração, garantindo sua alimentação, higiene, moradia e, por vezes, seu tratamento médico. Logo, se a suspensão ou indeferimento indevido do benefício se trata de um ato ilícito ou omissivo da autarquia previdenciária, que por sua vez causa prejuízos ao segurado, existe a obrigação de repará-los.

Contudo, percebe-se que há certa resistência de aceitação pelos tribunais brasileiros de ações que buscam indenização por danos morais contra o Instituto Nacional do Seguro Social. Ocorre que, a responsabilidade civil não é compreendida apenas como forma de reparar os danos causados a alguém, mas possui função punitiva e pedagógica.

Desta forma, o tema é discutido pela doutrina com as mais diversas fundamentações e embasamentos jurídicos, bem como é divergido entre as opiniões, o que torna o tema de extrema relevância aos juristas brasileiros.

O objetivo geral da presente pesquisa é, em conformidade com as disposições legais e os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência dos tribunais brasileiros, averiguar a possibilidade ou não de responsabilização do Instituto Nacional do Seguro Social por dano de ordem moral causado aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, sujeitos aos atos e às omissões da autarquia previdenciária.

1. Especialista em Direito e Processo Previdenciário pela Faculdade Damásio e em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogada. E-mail: francinestupp.adv@gmail.com.

Ainda, objetiva-se especificamente no primeiro capítulo explanar acerca da importância dos benefícios previdenciários, e analisar o direito previdenciário como um direito fundamental. O segundo capítulo versará sobre o conceito de responsabilidade civil e seus elementos; a definição da responsabilidade civil do Estado; e o conceito e denominação do dano moral.

Ao passo que, o terceiro capítulo tem por objetivo identificar as hipóteses de cabimento do dano moral previdenciário; realizar um estudo acerca do caráter alimentar dos benefícios previdenciários; explanar acerca da função punitiva, pedagógica e reparatória do dano moral; e analisar as decisões dos tribunais brasileiros relacionadas ao presente tema.

A justificativa central da investigação é a possibilidade de responsabilização do Estado por danos morais causados aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, além dos diversos entraves enfrentados pelos segurados que ingressam com ações de indenização contra o Instituto Nacional do Seguro Social.

Neste sentido, será analisado se a indenização por danos morais pleiteada em face do Instituto Nacional do Seguro Social, por ato ilícito ou omissivo que cause prejuízos aos seus segurados, é aplicada integralmente pelos tribunais brasileiros, considerando a natureza alimentar do benefício? Na jurisprudência brasileira, a função punitiva e pedagógica decorrente da indenização por danos morais existe ou atende apenas a função reparatória do dano?

Por fim, tem como hipótese a resistência dos tribunais brasileiros na aplicação de indenização por danos morais contra atos ou omissões do Instituto Nacional do Seguro Social, sobretudo com a alegação da ausência de ato ilícito, omissão ou dano. Assim, parcela dos magistrados entende que a compensação por danos morais ao segurado acarretaria um enriquecimento ilícito, pois além do recebimento em atraso do benefício, também estaria recebendo uma indenização, conflitando com o disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, a natureza alimentar do benefício previdenciário demonstra presunção de prejuízo advindo de sua suspensão indevida ou não concessão quando notoriamente devido. Pois, não se trata de mero aborrecimento, mas de uma perda de ordem material e moral, em que o segurado permanece sem receber a renda necessária à preservação da sua dignidade, tendo em vista o benefício ser sua única fonte de renda para prover seu sustento e de sua família ou, ainda, para realizar tratamento médico quando se tratar de benefício por incapacidade.

1. PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a instituir no Brasil o sistema da seguridade social, abrangendo a previdência, a assistência e a saúde, prevista nos artigos 194 a 204 da Carta Magna, com um orçamento específico na lei orçamentária anual. Salienta-se que dentro da seguridade social coexiste o subsistema contributivo, formado apenas pela previdência social, que pressupõe o pagamento de contribuições dos segurados para a sua cobertura previdenciária e dos seus dependentes.

Ademais, entre os direitos sociais expressamente previstos no artigo 6º da Constituição Federal, encontram-se a assistência, a saúde e a previdência, confirmando a sua natureza de direito fundamental.

Segundo Amado (2015, p. 22)

> No Brasil, a seguridade social é um sistema instituído pela Constituição Federal de 1988 para a proteção do povo brasileiro (e estrangeiros em determinadas

> hipóteses) contra riscos sociais que podem gerar a miséria e a intranquilidade social, sendo uma conquista do Estado Social de Direito, que deverá intervir para realizar direitos fundamentais de 2ª dimensão.

Portanto, deve-se analisar a previdência social conforme a evolução lenta e progressiva dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista estar inserida na Constituição Federal no rol de direitos sociais, que são prestações positivas a serem implementadas pelo Estado, o qual deve agir para suprir as necessidades dos indivíduos e atender as desigualdades.

1.1 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E SUA IMPORTÂNCIA

O artigo 201 da Constituição Federal de 1988 prevê que a previdência social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, será organizada sob a forma de regime geral, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Além do mais, atenderá a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, nos termos da lei.

Neste sentido, o objetivo da previdência social é a proteção do indivíduo, que possua atividade remunerada, referente aos riscos decorrentes da perda ou redução das condições de obter seu próprio sustento, quando estes se depararem com eventos, previamente selecionados pela legislação previdenciária, e que os coloquem em situação de necessidade social. Não por outra razão, o vínculo estabelecido entre o segurado e a previdência social denomina-se seguro social.

O seguro social, instituído por normas estatais, caracteriza uma intervenção do Estado na economia e na relação entre os particulares, com a função de assegurar o bem comum da sociedade. Pois, na ausência da previdência social e de um benefício que substitua a renda do trabalhador, na hipótese de incapacidade laborativa, este seria colocado à margem da sociedade, e ignorado pelos detentores dos meios de produção, sem direito a qualquer prestação por parte do empregador.

Assim, a previdência é de suma importância para o atendimento das necessidades básicas da população, principalmente na velhice ou no caso de enfermidade, período em que o indivíduo se encontra incapaz de trabalhar e auferir renda. Portanto, pode-se afirmar que os benefícios previdenciários possuem a função social de reduzir a miséria e a pobreza do país, bem como são responsáveis pela redução da desigualdade da concentração de renda.

1.2 DIREITO PREVIDENCIÁRIO COO DIREITO FUNDAMENTAL

Após a Revolução Industrial, em que o proletariado lutava por melhores condições de vida e trabalho, houve a criação dos primeiros modelos de seguro social, como forma de amparar o trabalhador incapacitado de exercer sua atividade laboral e, posteriormente, a instituição das políticas de seguridade social, intentando a uma melhor redistribuição de renda e condições sociais.

Por conseguinte, o desenvolvimento da atuação do Estado no âmbito da proteção social culmina na obtenção da justiça social, já que a redução das desigualdades sociais torna uma sociedade mais justa.

De acordo com Castro e Lazzari (2017, p. 43)

> [...] uma das características do Estado Contemporâneo é a inclusão, no rol de direitos fundamentais, dos chamados Direitos Sociais, de proteção quanto às vicissitudes causadoras de uma perda, ou uma diminuição, da condição de subsistência, a partir da concepção de um Estado intervencionista, capaz de não só regular, mas também impor determinadas obrigações, com a finalidade de amparar as pessoas, tendo por objetivo garantir a todos uma vida com dignidade.

Neste sentido, pode-se afirmar que a principal finalidade da previdência social é a proteção à dignidade da pessoa humana e o alcance da justiça social. Assim, por meio do sistema previdenciário é possível amparar o indivíduo, segurado ou dependente, quando este se deparar com eventos que o coloquem em situação de necessidade social, sem meios de obter renda para a própria subsistência.

Desta forma, a partir do entendimento de que o Estado não deve se manter inerte diante dos problemas decorrentes da desigualdade econômica e social, é que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais.

Nos termos da norma do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, a previdência social é um direito social, que por sua vez, é um direito fundamental, sem o qual a própria existência do indivíduo estaria comprometida. No Brasil, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, dada a sua importância e capacidade de trazer bem-estar à sociedade. Consequentemente, os direitos previdenciários, na condição de direitos sociais e fundamentais, têm aplicação imediata.

Deste modo, o direito previdenciário, previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito social e, portanto, um direito fundamental, deve ser tratado como tal, atribuindo-se a ele os conceitos, as características e a forma de aplicação das liberdades fundamentais.

Por fim, após a averiguação da finalidade da previdência social, seu enquadramento como direito fundamental e a aferição da importância dos benefícios previdenciários, o segundo capítulo tratará do conceito e elementos da responsabilidade civil, da verificação da responsabilidade civil do Estado e da indenização por dano moral.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão responsabilidade civil pode ser compreendida, em sentido amplo, como uma situação jurídica em que um indivíduo deve indenizar outro, como a obrigação dela decorrente, ou ainda, como o instituto jurídico que a disciplina. Por sua vez, em sentido estrito, refere-se ao específico dever de indenizar, advindo do ato lesivo praticado por determinado indivíduo.

Para que haja responsabilidade no âmbito jurídico, pressupõe-se que um indivíduo tenha realizado uma atividade ilícita, e que esta tenha causado um dano a alguém por violação de uma norma jurídica, legal ou contratual, preexistente. Desta forma, o indivíduo deverá responder pelas consequências do seu ato e possui a obrigação de reparar o dano.

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 858) conceituam a responsabilidade civil

> [...] diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Desta forma, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Para que ocorra a responsabilidade civil contratual, faz-se necessário que a vítima e o autor do dano tenham se vinculado para o cumprimento de uma prestação, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, ou seja, cumprir o negócio jurídico pactuado. Por outro lado, a culpa extracontratual decorre da violação de um dever negativo, isto é, da obrigação de não causar dano a outrem.

A norma do artigo 186 do Código Civil dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Nota-se que o referido artigo exige, para a configuração de ato ilícito, a lesão de um direito e um dano ou prejuízo. E, a consequência do ato ilícito é a obrigação de reparar o dano, conforme prevê a parte final do artigo 927 do Código Civil.

A ilicitude cominada no artigo supracitado diz respeito ao descumprimento de norma legal e à violação de um dever de conduta, que por dolo ou culpa, tenha causado prejuízo a outrem. Além do mais, o artigo menciona tanto o dolo como a culpa, assim considerados no campo penal.

Cumpre consignar, que o Código Penal define dolo como a situação em que o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. A culpa, por outro lado, se estabelece por um ato voluntário determinante de um resultado involuntário, pois o agente não prevê o resultado, mesmo sendo objetivamente previsível.

Desta forma há, contudo, requisitos para a aplicação da responsabilidade civil, extraídos da própria legislação, quais sejam: dano, conduta humana, nexo de causalidade e dolo ou culpa estrita. No entanto, a responsabilidade civil objetiva dispensa a comprovação de culpa do agente causador do dano.

Por sua vez, o artigo 187 do Código Civil aduz que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". O referido artigo consagra a teoria do abuso de direito, ampliando a noção de ato ilícito, adentrando à esfera da responsabilidade civil o ato praticado em exercício irregular de direitos, isto é, aquele ato originariamente lícito, mas exercido fora dos limites impostos.

Portanto, pode-se concluir que o titular de um direito subjetivo, que atua de modo que a sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre em ato abusivo. Diante disso, o ato é contrário ao ordenamento jurídico e ocasiona responsabilidade civil do agente pelos danos causados.

2.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil subjetiva constitui regra geral no ordenamento jurídico brasileiro e, é baseada na teoria da culpa, ou seja, para que o agente responda por eventual abalo material ou moral, é necessária a comprovação da sua culpa, além dos demais requisitos caracterizadores da responsabilidade civil - conduta humana, dano e nexo de causalidade.

Ocorre que, a necessidade de demonstrar a culpa do agente, deixava, por vezes, o dano sem reparação. Assim, passou-se a dar importância à causalidade e a reparação do dano, sem se cogitar da culpabilidade do agente causador do prejuízo, cumprindo melhor função da justiça social.

Portanto, em se tratando da responsabilidade civil do Estado, a Constituição de 1946 adotou o princípio da responsabilidade objetiva, com a possibilidade de ação regressiva contra o servidor público em caso de culpa. Teoria, esta, adotada até hoje.

Salienta-se que, a obrigação do Estado de indenizar pode ser contratual ou extracontratual. A responsabilidade civil contratual deriva da vontade das partes e decorre dos contratos de direito privado, já os contratos administrativos, de caráter institucional, dependem da vontade da coletividade e se referem à responsabilidade civil extracontratual. Neste sentido, pode-se afirmar que na concessão de benefícios previdenciários a responsabilidade civil do Estado é extracontratual, pois advém de uma imposição de uma instituição aceita pela coletividade.

Cumpre mencionar que o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, estabelece a obrigação de reparar o dano por conduta decorrente de ato ilícito, ao dispor que "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

A norma do artigo supracitado abre caminho para, no caso concreto, o juiz definir a responsabilidade de acordo com o risco e suprimir a discussão sobre a culpa. Assim, por meio da teoria do risco administrativo, em que o Estado deve ser responsabilizado pelo risco criado pela sua atividade administrativa, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, pois independe da prova de culpa.

Para Farineli e Maschieto (2013, p. 77)

> Se o dano foi causado pelos Estado, e este atua em nome da sociedade, então a responsabilidade acaba sendo desta, que deve suportar os custos dos prejuízos, que, por conseguinte, serão distribuídos, indiretamente, a cada indivíduo. Assim, a justiça fica restabelecida, uma vez que o dano causado a um terceiro será absorvido por toda a sociedade.

Portanto, pode-se dizer que não responsabilizar o Estado em qualquer de seus atos que causem danos a terceiros, é afastar do poder público a sua função primária de tutelar o direito. Ademais, o Estado age em função do bem comum e, tendo em vista que seus atos trazem benefícios sociais, as obrigações decorrentes deles devem ser coletivizadas.

2.2 DANO MORAL

A reparação decorrente de danos morais é relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido trazida pela Constituição Federal de 1988, que assegura a referida indenização em seu artigo 5º, considerado um direito fundamental.

O Código Civil de 1916 não se referia expressamente à indenização por dano moral, no entanto admitia em vários artigos a indenização de dano de caráter moral. Por outro lado, o Código Civil de 2002 admite expressamente a reparação do dano moral, no artigo 186, ao dispor que aquele que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e, portanto, possui o dever de reparação.

Na doutrina brasileira, o dano moral consiste na lesão de direitos imateriais, que são aqueles que não possuem conteúdo pecuniário. Nesta linha, pode-se afirmar que o dano moral é aquele que lesiona direitos da personalidade, por exemplo a intimidade, vida privada, honra e imagem e, sua reparação não requer a determinação de um valor para a dor ou o sofrimento, mas serve como meio para atenuar as consequências do prejuízo imaterial. Neste sentido, pode-se dizer que os danos morais devem ser reparados e não ressarcidos.

A reparação por dano moral reside no pagamento de uma quantia arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar à vítima uma compensação pelo dano sofrido

e, por conseguinte, atenuação das consequências da lesão. Neste sentido, a quantia monetária não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, função satisfatória.

Ressalta-se que a indenização por dano moral não significa o preço da dor, mas uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do dano sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante. Desta forma, pode-se afirmar que a compensação material do dano moral possui natureza sancionadora, como consequência de um ato ilícito, sem prejuízo das outras funções acessórias da reparação civil.

Assim, a indenização por dano moral, pela teoria da responsabilidade civil, é sanção aplicável a quem viola interesses privados e, neste ponto, diferencia-se da pena propriamente dita, uma vez que esta corresponde à sujeição pessoal e física do indivíduo, para restauração da normalidade social afetada pelo ato ilícito, porquanto viola interesses da coletividade. Ademais, quanto à punição do agente causador do dano, a condenação deve levar em consideração sua condição econômica e social, bem como, se ele obteve eventual vantagem, além da gravidade do dano.

Segundo Farineli e Maschieto (2013, p. 101) "*A fixação do valor do dano moral deve ser de caráter punitivo, sendo maior a sua fixação em casos de reincidência*." Neste sentido, pode-se afirmar que a quantia indenizatória possui caráter pedagógico, para que o agente não volte a cometer atos que acarretem lesão a outrem. No entanto, doutrina e jurisprudência possuem dificuldade de encontrar um índice que oriente a fixação do montante da indenização.

Cumpre mencionar que a indenização por dano moral, ainda que pecuniária, não repara satisfatoriamente o dano íntimo sofrido pela vítima, o sentimento de angústia causado pelo não recebimento de benefício previdenciário, por exemplo, quando o segurado está doente e impossibilitado de trabalhar, com risco, inclusive, de passar forme. Portanto, a indenização não compensa, nem faz desaparecer a dor da vítima, nem compreende uma avaliação da dor, mas representa uma forma de tutelar o bem extrapatrimonial, substituindo um bem jurídico por outro.

3. DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO

Na condição de fundamentais, os direitos previdenciários possuem aplicabilidade e concretização imediata, de modo a torná-los efetivos, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana. A realização desses direitos compõe o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, ao passo que fazem parte da seguridade social.

Assim, a proteção contra falhas decorrentes do ato administrativo de concessão de benefícios é considerada uma forma de efetivação dos direitos previdenciários, mediante a imposição de indenização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, aos segurados ou dependentes lesionados, pois os atos eivados de vícios ensejam a responsabilização do Estado e a consequente configuração de dano moral pelo abalo sofrido.

No entanto, a indenização decorrente de dano moral no âmbito do direito previdenciário é um tema recente, e um tanto quanto resistente nos tribunais brasileiros, porém, deve ser analisada a partir dos vícios detectados na concessão de benefícios previdenciários e a sua consequente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, na condição de essenciais para a subsistência da pessoa humana e com previsão constitucional de direito fundamental, os direitos previdenciários devem ser protegidos. Assim, não se pode admitir que os atos ilícitos, frequentemente praticados

pelo Instituto Nacional do Seguro Social, sejam vistos como atos permitidos, pois o hábito antijurídico deve ser impedido e não incentivado.

Visto que a previdência representa um seguro social, que deverá garantir a subsistência do segurado ou do dependente em situação de risco social, deve-se existir cautela na análise do requerimento administrativo de qualquer benefício previdenciário, visando evitar danos ao indivíduo e, com o intuito de cumprir a sua finalidade e não constituir mais um problema ao segurado.

Deste modo, nas situações de indeferimento indevido de benefício, o segurado se vê obrigado a sobreviver da caridade alheia ou de mendicância, isso porque está impossibilitado de trabalhar, bem como de efetuar atividades que possam perfazer seu sustento, ou seja, que possam lhe auferir renda, tendo que se submeter a situação degradante, pois ou há de trabalhar mesmo estando doente, ou passar a contar com a benevolência e caridade de outras pessoas para garantir sua subsistência. Em qualquer caso, há grave lesão à dignidade da pessoa humana.

Para Campos (2013, p. 88)

> [...] os vícios que impedem ao segurado ou ao dependente a concessão dos benefícios a que fazem jus constituem ofensa à sua necessidade de alimentos e refletem na sua órbita psicológica e psíquica, uma vez que causam fragilidade às suas necessidades vitais básicas, gerando, em consequência um dano moral, que deve ser reparado.

Sendo assim, os vícios na concessão de benefícios previdenciários podem ensejar reparação por dano moral e podem ocorrer tanto no processo quanto no ato administrativo de concessão do benefício, como em relação à análise dos requisitos para a sua concessão.

O Estado deve exercer sua função de amparo social aos segurados e dependentes em situação de risco social, tendo em vista que, a maioria dos indivíduos que buscam o auxílio da previdência social são pessoas de baixa renda e, quando o Estado as desampara, não lhes concedendo um benefício previdenciário, não está apenas agindo de forma contrária ao ordenamento jurídico, mas contra todo um fundamento constitucional, de forma a ferir o princípio da dignidade humana.

Por conseguinte, a dignidade humana, na condição de núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve ser inviolável. Assim, qualquer restrição a um direito fundamental que afete seu núcleo é desproporcional e intolerável, pois a dignidade da pessoa humana é a base dos direitos, das liberdades e das garantias individuais de todas as pessoas. Portanto, tem-se que, na impossibilidade de determinado direito fundamental alcançar sua finalidade, seu núcleo essencial certamente foi atingido.

Segundo Sarlet, citado por Renck (2012, p. 292) "*Dessa forma qualquer restrição de direito jamais poderá ultrapassar o limite imposto pela dignidade da pessoa humana, pois sem a dignidade que lhe é inerente o ser humano estaria desprovido da própria humanidade*."

Importa mencionar que os benefícios previdenciários, por substituírem a renda mensal do segurado, possuem natureza alimentar e, por isso, elevam o princípio da dignidade da pessoa humana do plano imaterial para o plano concreto, pois são os alimentos que possibilitam a efetivação da dignidade humana, não sendo a única, no entanto imprescindível.

Portanto, a responsabilidade civil do Estado por lesão a direito previdenciário, direito fundamental de caráter alimentar e essencial à manutenção da dignidade da

pessoa humana, não pode ser compreendida como o simples dever de concessão ou restabelecimento judicial do benefício previdenciário com o devido pagamento dos valores pretéritos, mas também deve ser analisada no aspecto do dano moral.

3.1 A NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

O artigo 100 da Constituição Federal, que trata do pagamento de precatórios pela Fazenda Pública, dispõe no parágrafo primeiro sobre os débitos que possuem natureza alimentícia, elencando como tais aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, devendo ocorrer o pagamento com preferência sobre todos os demais débitos.

Por conseguinte, verifica-se que a própria Carta Magna admite a natureza alimentar do benefício previdenciário, priorizando-o sobre outros recebimentos, pela urgência e indispensabilidade que o segurado tem de recebê-lo e, por ser um substituto da sua renda mensal.

Ademais, pode-se afirmar que o caráter alimentar do benefício previdenciário desempenha papel socioeconômico, pois sua prestação pecuniária, em regra, atende as necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e de sua família. No mesmo sentido Lazzari *et al* (2015, p. 1145) refere que “Os benefícios previdenciários possuem natureza alimentar, pois costumam ser a única fonte de renda do segurado e dos seus dependentes”

Ainda, Castro (2017, p. 121) afirma que

> Trata-se de direito de natureza eminentemente alimentar, gerador, no mais das vezes, da subsistência básica do ser humano, cuja demora ou indeferimento descabido podem causar danos irreparáveis à existência digna de quem dependa das prestações do seguro social.

Neste sentido, não há dúvidas da existência do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, tendo em vista que o segurado ou dependente utiliza os valores da aposentadoria, pensão ou auxílio para suprir suas necessidades primárias vitais e presumivelmente urgentes, tais como alimentação, higiene, saúde vestuário, moradia etc., essenciais para a manutenção da dignidade da pessoa humana - direito constitucional fundamental – que visa garantir o bem-estar das pessoas.

Então, tendo em vista a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, sempre que ocorrer a subtração de qualquer valor desta prestação social, significa retirar parte dos alimentos destinados ao segurado ou seu dependente e, consequentemente, reduzir sua capacidade de manter uma condição de vida digna. Assim, importa ressaltar que, sendo a única fonte de renda por eles auferida, a essencialidade do benefício previdenciário corresponde a um direito de relevância social fundamental.

A norma do artigo 833 do Código de Processo Civil prevê que são impenhoráveis todas as verbas recebidas a título de salário, e veda expressamente a penhora de proventos de aposentadoria e pensões, bem como qualquer quantia destinada à manutenção da subsistência do indivíduo e de seus familiares, exceto se a condenação se tratar do pagamento de pensão alimentícia aos seus dependentes, ou se o executado possuir renda mensal maior que cinquenta salários-mínimos.

Assim sendo, a impenhorabilidade das verbas salariais estabelecida pelo legislador se justifica pela natureza alimentar desse montante, inclusive dos benefícios

previdenciários, de forma que a incidência de penhora sobre estes valores significaria uma agressão à dignidade do devedor em relação às suas necessidades básicas de sobrevivência. Dessa forma, percebe-se que os benefícios previdenciários possuem como principal característica o caráter alimentar, que é tratado pelo legislador com prioridade e garantia possíveis.

Igualmente, a norma do artigo 114 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social veda expressamente a penhora, arresto ou sequestro de benefícios previdenciários, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre a aposentadoria, pensão ou auxílio, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento, salvo os descontos autorizados por lei.

Desta forma, percebe-se que o ordenamento jurídico como um todo atribui natureza alimentar aos benefícios previdenciários e, por isso, assegura sua plena proteção, da mesma maneira que garante o direito à sua concessão quando ocorrer os riscos sociais definidos pela legislação, de forma a garantir a subsistência dos segurados e seus dependentes.

3.2 A FUNÇÃO PUNITIVA, PEDAGÓGICA E REPARATÓRIA DO DANO MORAL

Ressalta-se que os excessos de poder do agente público implicam em prática de ato ilícito passível de causar dano, e consequentemente geram o dever de reparação civil. A responsabilidade objetiva do Estado se vincula ao risco administrativo, deste modo para que ocorra o dever de reparação do dano, é necessária a demonstração da conduta negativa ou positiva do ente público, o dano e o nexo de causalidade entre tais elementos.

Por outro lado, é adequado verificar se houve dolo ou culpa, pois, possibilita ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, a fim de cumprir o papel pedagógico e punitivo da responsabilização. Pois, segundo Campos (2013, p. 95) a responsabilidade civil "*visa através do caráter pedagógico e, por vezes, punitivo, em caso de excessos, coibir a prática abusiva de desrespeito a um ser humano em situações de contingências*."

A verificação de dolo ou culpa do agente também influenciará na fixação do valor da indenização do dano, que será mais elevado em caso de dolo, pois além de ter causado prejuízo ao segurado ou dependente, igualmente causou sérios danos ao funcionamento do sistema da previdência social. No entanto, o caráter punitivo e pedagógico da condenação por danos morais possui papel superior ao de compensação do prejuízo sofrido porquanto tem uma função social de desestimular as ofensas.

Conforme Agostinho e Salvador (2017, p. 35)

> Maior do que um benefício à vítima, a indenização devida pelo dano moral tem caráter punitivo ao ofensor, após o advento da Constituição Federal de 1988, visando ao desestímulo de atos semelhantes em proteção não apenas da vítima, mas de toda a coletividade. Indeniza-se o que significar que se terá de apagar, todas as circunstâncias decorrentes do ato lesivo.

A função do Instituto Nacional do Seguro Social é de proteção social e como tal deve promover a dignidade da pessoa humana. Logo, se a autarquia previdenciária deve proteger os segurados e dependentes dos riscos sociais, garantindo-lhes uma vida digna, verifica-se que a sua responsabilização pelos prejuízos de ordem moral causados a eles exerce relevante importância social, ao servir de desestímulo à repetição da ação ou

omissão lesiva, incentivando a eficiência do órgão previdenciário público, com o objetivo de melhorar os serviços prestados.

Ademais, Campos (2013, p. 128) afirma que "*diante da prática reiterada de atos antijurídicos por parte do INSS ou da União, a fixação do dano moral deve se converter para um caráter punitivo, gradualmente aumentado na proporção da reincidência das condutas nocivas*".

Por fim, verificando que o dano moral previdenciário constitui uma causa de aumento de um problema já existente, o valor da indenização à título de reparação pelo prejuízo causado deve ser considerável, a fim de evitar a repetição do ato lesivo por parte do ofensor. Assim, o segurado ou dependente que sofrer lesão de ordem moral na busca pelo exercício de um direito previdenciário, possui o direito de requerer a reparação dos danos sofridos, com base na natureza alimentar dos benefícios e, por conseguinte, no princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO

A atividade da autarquia previdenciária possui caráter essencial para toda a sociedade, pois objetiva prover a igualdade e a justiça social. Assim, tendo em vista a sua essencialidade, as falhas decorrentes dos serviços prestados podem gerar sérios danos aos segurados, que em situação de contingência social, dependem dos benefícios previdenciários para sobreviver.

Neste sentido, a doutrina elenca diversas hipóteses de incidência do dano moral previdenciário, tais como indeferimento e suspensão indevida do benefício previdenciário, demora injustificada na concessão do benefício, descontos indevidos nas parcelas mensais do benefício e extravio de documentos.

Cumpre mencionar que preenchidos os requisitos legais para a concessão de determinado benefício do seguro social, a autarquia previdenciária possui o dever de concedê-lo ao segurado ou seu dependente, pois se trata de ato administrativo de natureza vinculada.

Sabe-se que para que haja a concessão de um benefício por incapacidade, o segurado deve se submeter à perícia médica, a ser realizada por perito médico do Instituto Nacional do Seguro Social. Conforme Martinez (2009, p. 151) "*A prática diuturna mostra que, além da rapidez, da sumariedade e da singeleza dessas perícias, em alguns casos, são negados benefícios por julgar o perito estar o trabalhador apto*".

Assim, a doutrina aduz que se deve confrontar as declarações do médico assistente, com as decisões das perícias administrativa e judicial, a fim de verificar se houve equívocos médicos, além de constrangimento e humilhação ao segurado. Pois, as situações em que o segurado se encontra incapacitado para o labor, sem recursos, inclusive para eventual tratamento médico, causam-no transtornos de toda ordem, passível de reparação se confirmado o erro médico pericial.

Ademais, pode-se afirmar que um dos maiores problemas na execução dos serviços prestados pelo Instituto Nacional do Seguro Social é a frequente demora na análise da concessão dos benefícios previdenciários, em manifesto desrespeito aos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade nos procedimentos administrativos.

Ocorre que, este procedimento no âmbito previdenciário, seja pela insuficiência de servidores ou burocratização das etapas, tende a demorar. Assim, em situações de demora excessiva e injustificada na concessão do benefício previdenciário, além do pagamento das prestações atrasadas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais, o segurado deverá ser compensado por eventuais danos morais que tenha sofrido

pela privação da sua única fonte de renda, tendo em vista o caráter alimentar do benefício.

Segundo Martinez (2009, p. 130) "*A medida, contudo, tem caráter inibidor de demoras desnecessárias e funciona como regra sancionatória da inércia burocrática, demonstrando que a protelação na concessão causa sofrimentos ao segurado*". Portanto, demoras longas e injustificadas na concessão do benefício, causam sofrimento e angústia ao segurado ou dependente, ensejando a devida reparação pelos danos morais causados.

Cumpre consignar que o Instituto Nacional do Seguro Social é o responsável pelo pagamento dos benefícios previdenciários, podendo neles efetuar descontos. As deduções nas parcelas de benefícios podem se dar no interesse da autarquia ou como intermediário de relações externas ao Regime Geral da Previdência Social.

Acontece que, às vezes, o Instituto Nacional do Seguro Social efetua descontos indevidos no benefício do segurado ou dependente, por exemplo ao averbar um falso contrato de empréstimo consignado. Neste caso, a autarquia previdenciária deverá reparar os danos materiais e morais causados ao segurado, o qual é vulnerável e, tendo parte de seu benefício retido de forma indevida, corre o risco de ser privado do razoável sustento próprio e de sua família, causando flagrante violação dos seus direitos da personalidade.

Ademais, as provas materiais que instruem o processo administrativo previdenciário são extremamente importantes para a comprovação de que o segurado ou dependente preencheu os requisitos para a concessão de determinado benefício, e o seu extravio significa prejuízo incalculável e quase sempre insubstituível. Porém, quando a perda dos documentos ocorre por desídia da administração pública, esta deverá se responsabilizar pelos danos causados ao segurado ou dependente.

Neste sentido, a perda de documentos ou dos autos do processo administrativo previdenciário enseja responsabilização da autarquia e reparação pelos danos material e moral causados ao indivíduo, que se desdobra às tentativas de recuperação da documentação. Para Martinez (2009, p. 138) "*O extravio, ainda que momentâneo, sem sombra de dúvidas, é exemplo típico de dano moral causado à pessoa, e em algumas circunstâncias, configuradoras do dano moral compensável*."

Deste modo, verifica-se que as hipóteses de incidência da responsabilidade civil do Estado decorrente de danos morais causados aos seus segurados ou dependentes acarretam flagrante afronta à dignidade da pessoa humana ao impedir que o indivíduo tenha acesso a uma prestação pecuniária de seguro social necessária ao seu próprio sustento e de sua família.

3.4 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O presente estudo trata do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca da responsabilização do Instituto Nacional do Seguro Social pela reparação dos danos morais causados aos segurados ou dependentes do Regime Geral da Previdência Social.

Os julgados da Corte Superior tratam do indeferimento injustificado do benefício previdenciário, demora na concessão do benefício e descontos indevidos nas parcelas mensais do benefício, os quais acarretaram prejuízos de ordem material e moral ao segurado, ensejando a responsabilização do Instituto Nacional do Seguro Social pela reparação dos danos suportados pelo indivíduo.

O julgado referente ao Agravo Regimental no Recurso Especial 486.376/RJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, trata de ação de reparação por danos morais pela suspensão indevida de auxílio-doença em virtude da equivocada identificação de óbito, pois se tratava de pessoa homônima do segurado.

O entendimento do tribunal de origem foi de que a cessação indevida do benefício previdenciário implica dano moral *in re ipsa,* ou seja, presumido. Assim, a corte superior concluiu que sendo de tal natureza e intensidade a lesão à dignidade do segurado, nestes casos a configuração do dano moral é presumida, não sendo necessária extensa dilação probatória para demonstrar o sofrimento e a angústia a que é acometida pessoa que, de forma inesperada, fica privada da sua fonte de subsistência.

Nesta linha, o Agravo Regimental no Recurso Especial 193.163/SE, em que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho foi relator, refere-se à ação com pedido de danos morais pelo extenso período de 4 (quatro) anos que a autarquia previdenciária levou para apurar a manutenção da qualidade do segurado, causando demora injustificada na concessão do benefício.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça aduziu que o indeferimento de benefício previdenciário imotivado acarreta injusta privação de verba alimentar e coloca em risco a subsistência do segurado, principalmente quando for de baixa renda, como no caso concreto, portanto, devida a reparação por danos morais. Pois, mesmo comprovando a gravidade da moléstia que o acometia, o segurado teve seu benefício negado.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.228.224/RS, com base no voto do relator Ministro Herman Benjamin, a autarquia previdenciária foi condenada à reparação por danos morais e materiais por descontos indevidos no benefício de aposentadoria do segurado decorrentes de falsificação de contrato de empréstimo consignado.

Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Instituto Nacional do Seguro Social ao autorizar os descontos no benefício do segurado sem qualquer documento referente ao empréstimo consignado, agiu com desídia, ou seja, sem a diligência necessária. Neste sentido, sendo a conduta da autarquia federal totalmente omissiva, fez surgir sua responsabilidade pelos danos causados ao segurado.

Percebe-se que em casos pontuais o Superior Tribunal de Justiça se manifestou acerca do cabimento dos danos morais no âmbito previdenciário, tendo em vista a natureza alimentar do benefício, em que sua privação coloca em risco a subsistência do segurado, que por vezes é pessoa de baixa renda e possui a prestação previdenciária como única fonte de renda. Note-se, no entanto, que apenas em casos extremos de demora injustificada na concessão do benefício e de erro grosseiro da autarquia previdenciária é que se admite a condenação por danos morais.

Por sua vez, os julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região são mais abrangentes e tratam de outras hipóteses de cabimento de dano moral previdenciário, tendo-se analisado acórdãos publicados a partir do ano de 2016.

A Apelação Cível 5024348-68.2017.4.04.7108/RS, cuja relatora foi a Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, trata de descontos indevidos no benefício do segurado decorrente de contrato de empréstimo fraudulento.

Em seu voto, a relatora assevera que no caso concreto os descontos ocorreram sem autorização expressa do segurado, portanto, houve danos morais. Pois, os transtornos enfrentados pelo segurado não podem ser qualificados como mero incômodo, tendo em vista que a subsistência do segurado depende do benefício previdenciário, de

natureza eminentemente alimentar, provocando disfunções de ânimo que comportam reparação civil.

Em caso parecido, no julgamento de Embargos de Declaração em Apelação Civil 5010554-08.2016.4.04.7110/RS, de relatoria da Desembargadora supracitada, a ação trata de mudança indevida de titularidade de conta bancária do segurado, porquanto estelionatários utilizaram documentos falsos para trocar a conta de recebimento do benefício previdenciário e efetuar os saques.

Nos fundamentos do voto, a relatora aduziu que, em se tratando de omissão, o segurado deve demonstrar a falha na prestação do serviço, tendo em vista o entendimento predominante de que a responsabilidade estatal por omissão pressupõe culpa do Estado. Assim, é dever da autarquia federal evitar fraudes, averiguando a procedência dos pedidos de alteração cadastral ou exigindo confirmação por parte do segurado, e quando não o faz, a reparação dos danos morais é cabível, tendo em vista a gravidade das falhas, bem como a necessidade de impelir a autarquia a desenvolver práticas que evitem novas ocorrências.

Por sua vez, a Apelação Cível 5021862-12.2018.4.04.7000/PR, que teve como relatora a Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, trata de cessação e indeferimento indevido do benefício previdenciário de auxílio-doença, obrigando o segurado a ajuizar ação judicial para restabelecer o benefício.

No entendimento da relatora não houve evidências de que o indeferimento do benefício foi um ato abusivo por parte da autarquia previdenciária, tendo em vista estar baseado em um laudo médico realizado por um de seus peritos. Assim, o indeferimento do pedido de prorrogação do benefício, ainda que posteriormente venha a ser julgado equivocado, não pode gerar responsabilização civil da autarquia pelos danos que porventura foram causados ao segurado.

Em outro caso, na Apelação Cível 5006722-87.2018.4.04.7209/SC, o segurado teve seu benefício injustamente interrompido, o que ensejou o ajuizamento de ação previdenciária, sendo surpreendido com a informação de que seu benefício havia sido concedido pela autarquia com outro número, do qual nunca havia sido notificado, não tendo recebido por isso qualquer valor, acreditando que o pedido de prorrogação teria sido negado.

Nos fundamentos do voto, o relator Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia ressaltou que o indeferimento/cancelamento de benefício por incapacidade, por si só, não gera indenização por danos morais. Porém, como exceção à regra, admite-se a indenização quando se está diante de comprovada conduta dolosa e de má-fé da autarquia, verificados no caso concreto pela interrupção deliberada do pagamento de benefício por falha ou ineficiência dos serviços previdenciários.

Por sua vez, a Apelação/Reexame Necessário 5069716-37.2011.4.04.7100/RS, discutiu acerca do pagamento de indenização por danos materiais e morais em decorrência de atraso do agendamento da perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social, que teria resultado em dois meses sem remuneração ao segurado.

No entendimento do relator Desembargador Cândido Alfredo Silva Leal Junior, a autarquia previdenciária deveria ter mantido o benefício do auxílio-doença do segurado até a data da decisão da perícia médica sobre a prorrogação do benefício, tendo em vista, inclusive, que tal situação é assegurada pela Resolução INSS/PRES n. 97. Assim, asseverou que como o segurado não recebeu o valor devido, além de danos materiais, sofreu danos morais pela aflição e insegurança de ficar sem qualquer remuneração por sessenta dias.

Por seu turno, a Apelação Cível 5012355-97.2013.4.04.7001/PR, de relatoria do Desembargador Federal Rogerio Favreto, refere-se ao caso em que os valores referentes aos quatro primeiros meses de benefício previdenciário de pensão por morte reconhecido administrativamente não foram adimplidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Tendo em vista que, no caso concreto, a instauração do processo administrativo havia ocorrido há 11 anos, e que a autarquia federal ainda não tinha concretizado o pagamento dos valores atrasados, o relator entendeu se tratar de evidente afronta dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade, em virtude da longa espera do dependente para receber um crédito de natureza alimentar, e portanto, passível de condenação por danos morais.

Na Apelação Cível 5034900-18.2018.4.04.9999/SC, de relatoria da Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, o caso concreto se referia à extravio de documento do segurado, que foi devolvido após o ajuizamento da ação para reparação de danos morais.

Verificado que o segurado tentou por diversas formas reaver sua carteira de trabalho, sem êxito, a relatora considerou a conduta da autarquia abusiva e certamente geradora de dano moral. Ademais, asseverou que, no caso concreto, não havia necessidade de prova irrefutável quanto ao abalo sofrido, sendo suficiente a comprovada ilicitude do ato praticado pela autarquia previdenciária. Pois, o direito do indivíduo de manter consigo seus documentos é tutelado pela legislação.

A lide enfrentada na Apelação/Reexame Necessário 5000044-88.2011.4.04.7116/RS, de relatoria do Desembargador Federal Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, trata de indenização por danos materiais e morais, em face de equívoco no deferimento de benefício previdenciário menos vantajoso. Pois, o segurado obteve a concessão de benefício assistencial quando em verdade fazia jus à aposentadoria por idade.

No entendimento do relator do recurso para a caracterização do dever de reparar eventual dano moral é necessário que o indeferimento decorra de dolo ou erro grave por parte da administração, porém no caso concreto não houve extremo abuso de autoridade, visto que o ato de concessão/revisão do benefício é formalmente legal, baseado em interpretação administrativa do ente público e inerente à sua função de conceder ou negar benefícios de natureza previdenciária e, em alguns casos, assistencial.

Por todo o exposto, nota-se que o indeferimento ou cancelamento de benefício previdenciário não constitui causa de responsabilização por danos morais, desde que tenha seguido o devido processo legal, e que, apesar de a responsabilidade civil do Estado ser objetiva, nos casos de omissão da autarquia previdenciária, o segurado deve comprovar a existência de dolo ou culpa, ou seja, deve demonstrar a falha ou ineficiência na prestação do serviço. Neste sentido, nos casos de cessação indevida de benefício previdenciário por erro do Instituto Nacional do Seguro Social, o abalo moral é presumido, como também ocorre nas situações de extravio ou retenção indevida de documentos.

CONCLUSÃO

O primeiro capítulo tratou da previdência social no Brasil e da importância dos benefícios previdenciários, tendo em vista se tratar de direito fundamental. Assim, por fazer parte do rol dos direitos fundamentais, o direito previdenciário representa uma garantia ao segurado e seus dependentes na ocorrência de determinados riscos sociais previstos em lei, cabendo ao Estado, por meio da previdência social, amparar o indivíduo mediante a concessão de benefícios e serviços adequados.

O segundo capítulo trouxe o conceito de responsabilidade civil e os elementos necessários para a sua caracterização, os quais são: a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o prejuízo causado à vítima, e a comprovação de dolo ou culpa do agente. Além do mais, verificou que apesar da responsabilidade civil subjetiva ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1946, a responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva.

Analisou-se, ainda, o conceito de dano moral, que consiste na lesão a direitos imateriais, que são aqueles que não possuem conteúdo patrimonial, tendo em vista que o abalo moral lesiona direitos da personalidade como a intimidade, vida privada, honra e imagem. No entanto, verificou-se que a condenação para reparar danos morais não requer a determinação de um valor para a dor ou o sofrimento da vítima, mas serve como meio para atenuar as consequências do prejuízo imaterial, bem como possui caráter pedagógico e punitivo ao agente causador do dano, com o intuito de impelir novas práticas.

Neste sentido, fora analisado se a indenização por danos morais pleiteada em face do Instituto Nacional do Seguro Social, por ato ilícito ou omissivo que cause prejuízos aos seus segurados, é aplicada integralmente pelos tribunais brasileiros, tendo em vista a natureza alimentar dos benefícios? e, se, na jurisprudência brasileira a função punitiva e pedagógica decorrente da indenização por danos morais existe ou atende apenas a função reparatória do dano?

No decorrer da pesquisa, objetivou-se, em conformidade com as disposições legais e os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência, averiguar a responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social por dano moral causado aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, considerando a natureza alimentar dos benefícios, e as hipóteses de cabimento e aceitação pelos tribunais brasileiros, mais precisamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Observou-se que doutrina e jurisprudência possuem compreensão equânime acerca de algumas hipóteses de cabimento do dano moral no direito previdenciário, no entanto, contrária em outras. Assim, verificou-se que o entendimento não é pacífico, pois o tema ainda é recente no âmbito do direito previdenciário, inclusive com poucos julgados nos tribunais superiores e, portanto, continuará sendo objeto de discussões.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o cabimento da reparação por danos morais, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, quando ocorrer o indeferimento injustificado de benefício previdenciário, demora na concessão do benefício e descontos indevidos nas parcelas mensais do benefício, tendo em vista sua natureza alimentar e consequente lesão à dignidade do segurado. Porém, percebeu-se que apenas em casos extremos de demora injustificada na concessão do benefício e de erro grosseiro da autarquia previdenciária é que a corte superior admitiu a condenação por danos morais.

Cumpre consignar que as hipóteses de cabimento de danos morais previdenciários admitidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região foram acerca da suspensão ou indeferimento indevido do benefício, a demora injustificada para a sua concessão apenas em casos extremos, descontos mensais indevidos no benefício e não autorizados pelo segurado, e extravio ou retenção de documentos, pois acarretam flagrante afronta à dignidade da pessoa humana ao impedir que o indivíduo tenha acesso a uma prestação pecuniária de seguro social necessária ao seu próprio sustento e de sua família.

Verificou-se, inclusive, que apesar da Constituição Federal prever a responsabilidade objetiva do Estado, os tribunais possuem o entendimento de que nos casos de omissão, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva. Assim, os eventuais danos advindos de falha no serviço previdenciário dependem de comprovação de ato estatal, dano, nexo de causalidade e dolo ou culpa do agente, pois com exceção à regra, nestes casos a jurisprudência admite a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil.

Por sua vez, além das hipóteses de dano moral no âmbito do direito previdenciário já admitidas pelos tribunais brasileiros, a doutrina chama a atenção para a demora no procedimento administrativo de concessão do benefício, que, seja pela insuficiência de servidores ou burocratização das etapas, tende a demorar e, portanto, o segurado deveria ser compensado por eventuais danos morais que tenha sofrido pela privação da sua única fonte de renda, tendo em vista o caráter alimentar do benefício.

Ocorre que, os tribunais consideram normal e justificada a demora da autarquia previdenciária na prestação dos seus serviços, pois já houve diversas decisões que não consideraram o cabimento de dano moral em virtude do atraso na conclusão do procedimento administrativo pela demora na realização da perícia médica, tendo o segurado que provar que incorreu de fato em prejuízo, não lhe sendo suficiente a mera prova do fato danoso.

Da mesma forma, a doutrina entende que quando confrontadas as declarações do médico assistente com as decisões das perícias administrativa e judicial, verificando que houve equívocos médicos, e constrangimento e humilhação ao segurado, este faz jus a reparação por danos morais. No entanto, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o indeferimento de benefício previdenciário e o posterior restabelecimento judicial não é causa de incidência de indenização por danos morais.

Contudo, o panorama permite inferir que o pagamento corrigido das prestações do benefício que for restabelecido ou concedido tardiamente, não recompõe tudo o que se perdeu com a falta de recursos para a subsistência do segurado e de sua família, ou para eventual tratamento médico para a sua mais rápida recuperação, inclusive não se recupera a dignidade da pessoa humana. Desta forma, o dano moral previdenciário não pode ser desconsiderado em tais situações.

Salienta-se que o direito previdenciário possui a função de proteger o segurado dos riscos sociais, garantindo amparo no caso de iminente necessidade. No entanto, o que se percebe é que, muitas vezes, o segurado se depara com diversos obstáculos que dificultam a concessão de benefício ao qual possui direito. Neste sentido, a má prestação do serviço por parte da autarquia previdenciária, deve ser reparada por meio de indenização por dano moral.

Ademais, considerando o caráter alimentar dos benefícios previdenciários, o segurado não pode tê-lo indeferido por práticas abusivas ou vícios da autarquia previdenciária, visto que é destinado a prover sua própria subsistência e da sua família e, por conseguinte, garantir a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, por se tratar de garantia constitucional da manutenção dos direitos fundamentais, uma vez descumpridos, faz-se necessária a responsabilização do Estado pelos prejuízos causados.

Igualmente se inferiu que a doutrina e os tribunais brasileiros entendem que a condenação ao pagamento de danos morais, além de reparar os prejuízos de ordem moral causados ao segurado ou seu dependente, tem o intuito de coibir novas práticas abusivas no âmbito previdenciário, confirmando a função pedagógica e punitiva da medida. Assim, o segurado que se sentir lesionado deve buscar a efetivação de seus

direitos, pois apenas desta forma haverá maior transparência, eficiência e controle em todas as etapas do processo administrativo previdenciário.

Portanto, pode-se concluir que, tendo em vista que a previdência é um direito social, e que o benefício previdenciário possui natureza alimentar, por ser ele um substituto do salário e fonte de subsistência do segurado, sua não concessão quando flagrantemente devida afronta os princípios da proteção social garantidos pela Constituição Federal. Logo, a reparação por danos morais oriunda de problemas no procedimento administrativo de concessão dos benefícios é uma forma de garantir a efetivação dos direitos previdenciários, que além de serem considerados direitos sociais, possuem status de direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. **Dano moral previdenciário***:* um estudo teórico e prático com modelo de peças processuais. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 ago 2019.

BRASIL. Lei n.º 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: 27 set 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado. htm> Acesso em: 05 set 2019.

BRASIL. Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02 set 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planos de benefício da previdência social**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213 cons.htm> Acesso em: 06 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 486.376/RJ**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Paulo Roberto dos Santos. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 10 de junho de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 14 agosto 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 193.163/SE**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: José Anselmo Franco dos Santos. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 24 de abril de 2014. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 08 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.228.224/RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Norma Antônia Martins Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, 03 de maio de 2011. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 10 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5024348-68.2017.4.04.7108/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Samuel Helmuth Behling. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão. Porto Alegre, 21 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Embargos de Declaração em Apelação Cível 5010554-08.2016.4.04.7110/RS**. Apelação Cível 5024348-68.2017.4.04.7108/RS. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Interessado: Noris Regina da Silva Cunha. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão. Porto Alegre, 13 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5021862-12.2018.4.04.7000/PR**. Apelante: Cosme Arcanjo dos Santos. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 30 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5034900-18.2018.4.04.9999/SC**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social; Chrystian Cezar de Borba. Apelado: os mesmos. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão. Porto Alegre, 05 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5006722-87.2018.4.04.7209/SC**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Diego Stefanello Farias. Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 18 de setembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário 5069716-37.2011.4.04.7100/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Alexandre Gonçalves Santana. Relator: Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 26 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5012355-97.2013.4.04.7001/PR**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Ivonete Camargo do Nascimento. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. Porto Alegre, 17 de julho de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário 5000044-88.2011.4.04.7116/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social; Teresa Amaro Franca, Eva Cantalejo Munhoz. Apelado: os mesmos. Relator: Desembargador Federal Luíz Alberto d'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 14 de maio de 2016.

CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano moral no direito previdenciário**: doutrina, legislação, jurisprudência e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista**. Manual de direito previdenciário**. 20. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARINELI, Alexsandro Menezes; MASCHIETO, Fábia. **Dano moral previdenciário***:* teoria e prática. São Paulo: Mundo Jurídico, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

LAZZARI, João Batista *et al*. **Prática processual previdenciária***:* administrativa e judicial. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Dano moral no direito previdenciário. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

RENCK, Maria Helena Pinheiro. **Dignidade da pessoa humana e o dano moral no âmbito do direito a benefício previdenciário.** Chapecó: Unoesc, 2012. Disponível em <https://portal periodicos.unoesc.edu.br/simposiointernacionaldedireito/article/ view2247>. Acesso em 20 set 2019.

RODRIGUES, Liliam Goulart; GARCIA, Tonyel de Pádua. **O dano moral no âmbito previdenciário**: responsabilidade civil do estado e a garantia constitucional de manutenção da dignidade da pessoa humana. Minas Gerais: Unifor, 2015. Disponível em <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/ index.php/cursodireitouniformg /article/view/272>. Acesso em 14 ago 2019.

NORA, Anagley; MOREIRA, Nathan**. A (im)penhorabilidade do benefício previdenciário no âmbito trabalhista**. Pato Branco: FADEP, 2018. Disponível em <http:// revistajuridica. fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/68>. Acesso em 24 set 2019.

SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Alteridade, 2018

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BLOCOS ECONÔMICOS, DIREITO DA INTEGRAÇÃO E ARBITRAGEM

Giordani Flenik[1]

Resumo: O artigo apresenta uma visão contextualizada dos principais blocos econômicos e seus mecanismos de solução de conflitos, a partir da visão integratória. O estudo deste tema é relevante à medida que a globalização, a caminho da mundialização (uma expressão mais ampliada da globalização econômica), aproxima e integra os povos, confronta culturas e expande as economias, mas, ao mesmo tempo, é ambiente propício a conflitos de várias dimensões que podem desestabilizar as relações saudáveis que devem existir nas searas comerciais e nas relações internacionais. São abordados assim, aspectos relevantes de alguns dos blocos econômicos mais expressivos, seus integrantes, bem como o desenvolvimento do chamado Direito da Integração, que surge exatamente a partir da intensificação destes relacionamentos, e ainda os mecanismos de solução de conflitos que envolvem seus atores, evidenciando a similitude entre todos sobre o uso consolidado dos métodos extrajudiciais para solucionar conflitos de natureza comercial, em especial a arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Blocos Econômicos. Direito da Integração. Solução de Conflitos.

INTRODUÇÃO

É a partir do século XIX que se verificou a criação das significantes organizações internacionais, consequência da lenta e gradativa evolução das relações entre estados, cujos contornos contemporâneos se deram a partir de uma necessidade irreversível de convivência minimamente pacífica e ordenada.

A mais impactante destas instituições, por certo, é a Organização das Nações Unidas (ONU), criada após a Segunda Guerra Mundial, e proveniente de um ensaio anterior advindo após a Primeira Grande Guerra, a Sociedade – ou Liga – das Nações, criada em 1919 com o intuito de evitar um novo conflito mundial.

As Organizações Internacionais Intergovernamentais (ORGS), são pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, criadas por Estados, instituídas por tratados internacionais multilaterais, com capacidade civil e personalidade jurídica, que visam atingir interesses comuns a todos seus integrantes.

As suas normas e decisões impactam fortemente em todo o globo terrestre e, quiçá, no universo, posto que a ousadia humana, aliada a inesgotável busca de conhecimento e poder, já está rompendo fronteiras globais para lançar o ser humano a outros sistemas planetários.

Um outro fenômeno moderno, e não menos importante que tais ORGS, são os denominados blocos econômicos, provenientes de integrações econômicas, algumas regionais, outras não, mas com características fortemente embasadas na realização de grandes transações comerciais, bem como no fortalecimento do mercado interno de cada Estado.

Não é o objetivo deste estudo discorrer pormenorizadamente sobre os atuais blocos econômicos, mas tão somente trazer à baila alguns deles, com o fito de demonstrar que a forma de solução de conflitos é extremamente semelhante, e sempre passa, principalmente, pela arbitragem.

1. BLOCOS ECONÔMICOS

Característica incessante do atual século, a junção que vai desde empresas até países com a finalidade precípua de obtenção de robusteza financeira e ampliação do

1. Professora Mestre do Curso de Direito da Faculdade CNEC Joinville. Pós-graduada em Mediação e Arbitragem pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Advogada. E-mail: giordani@flenikadvogados.com.br.

poderio sócio econômico, os blocos comerciais ou econômicos decorrem da associação criada entre os países, para o estabelecimento de relações econômicas entre si.

Se, inicialmente a ideia era a associação dos países devastados pelas guerras em busca da reconstrução, logo evidenciou-se a manutenção destes grupos pelo reflexo da acelerada competição de economias. Além do que, desde cedo percebeu-se a vantagem de estar bem mais próximo do concorrente do que em posição antagônica, não sendo pego de surpresa nas grandes oscilações do mercado global.

Essa união surge, portanto, a partir de interesses mútuos e pela possibilidade real de um crescimento igualitário, ou ao menos proporcional aos demais países integrantes do bloco, fazendo com que a competição se transforme em cooperação. Tal fenômeno passou a ser bem-visto principalmente pelos países mais fragilizados, que dificilmente conseguiriam galgar um espaço no comércio internacional de forma isolada.

BENELUX foi o primeiro bloco econômico criado nos anos 40, formada por Bélgica, Holanda e Luxemburgo, que buscavam a recuperação pós-guerra. Inicialmente, era uma área de livre comércio entre estes três países, e depois, com a adesão da França, Itália e Alemanha, transformou-se na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Depois, com a entrada de mais países criou-se então a Comunidade Económica Europeia (CEE).

2. CLASSIFICAÇÃO DOS BLOCOS

A princípio, são fixados quatro estágios na formação dos blocos, a ver pelo desenvolvimento da União Européia, que atingiu o estágio máximo de integração, não só econômica e fiscal, mas também política. Contudo, não necessariamente estes estágios devem ocorrer nesta ordem:

- Área de Livre Comércio: caracteriza-se por ser uma área de livre comercialização, com isenção de taxas e burocracias afeitas a uma importação normal, onde produtos produzidos por um determinado país podem entrar em outros que firmaram esse acordo com ele;
- União Aduaneira: neste patamar estabelece-se uma amplitude de regras e condutas de práticas comerciais, até mesmo para países que não fazem parte desse acordo;
- Mercado Comum: neste estágio, ocorre a criação de um mercado comum, que exige dos participantes uma maior integração maior, tanto econômica quanto relacionadas às regras de comércio interno e externo, além de viabilizar a mobilidade de mercadorias, pessoas e capital entre esses países de forma livre;
- União Econômica e Monetária**:** neste tipo de bloco, tem-se o estágio mais avançado, pois ocorre a união econômica e a uniformização monetária, com a existência de uma moeda comum que circula entre os países que formam esta união.

A junção destes interesses não causa apenas consequências no campo econômico, mas exige de seus integrantes a formação de uma grande estrutura nas esferas política e jurídica, porque a partir desta plataforma comercial, decorrem conflitos, e, na acepção de Jorge Fontoura[2], “A litigiosidade comercial é, por assim dizer, sintoma da eficácia da integração.”

2. FONTOURA, Jorge. **Os Pressupostos da Arbitragem e a Solução de Controvérsias em Blocos Econômicos**. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem. Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, In memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 126.

Defende este autor que a operosidade dos blocos econômicos se mede pela extensão de seus embates comerciais, o que caracteriza uma forma positiva de crescimento e integração, pois demonstra que a parceria estabelecida entre os países aderentes está se movimentando, e tal como a Teoria Moderno do Conflito, mostra-se eficaz para o crescimento e consolidação do organismo.

Por isto é tão imprescindível um sistema efetivo e eficaz de solução de conflitos que possa ser manejado indistintamente por qualquer Estado, diante de um confronto comercial.

A neutralidade e imparcialidade dos julgadores e a correta aplicação da lei que atenda ao caso específico, não demonstrando tendenciosidade a nenhum dos lados envolvidos, é fator tranquilizante para as negociações que, diga-se, na maioria das vezes envolvem valores vultosos e causam frenesi no setor econômico. Um desacordo, uma sentença mal proferida, desacerta todo o conjunto.

3. MERCOSUL

Após uma tentativa fracassada de criação de um processo integratório, através da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC, 1960) e com o surgimento da Associação Latino-Americana de Desenvolvimento e Integração (ALADI, 1980), franqueou-se a regionalização de esforços comuns.

Assim, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado de Assunção, para a constituição de um Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), em vigor a partir de 29 de novembro de1991, consolidando um ideal de Simon Bolívar que, nos idos do século XIX, já disseminava este pensamento.

O artigo segundo deste Tratado afirma que o MERCOSUL[3] (...) está fundado na reciprocidade de direitos e ligações entre os Estados Partes" e entre seus propósitos está:

> (...) a livre circulação de bens e serviços (…) através da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias (…) e o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo integratório[4].

O mecanismo de resolução de controvérsias do MERCOSUL foi estabelecido provisoriamente pelo Protocolo de Brasília (1991), que elegeu a arbitragem como sua jurisdição obrigatória entre os Estados partes[5], porém, em relação a questões entre particulares, não trouxe nenhuma previsão expressa, a não ser no artigo 25.

Este artigo dispõe que em caso de "(...) sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das resoluções do Grupo Mercado Comum".

Posteriormente, o *Protocolo de Ouro Preto* (1994), reafirmando os propósitos do MERCOSUL, e tal como previsto no Tratado de Assunção, atualizou-o, ratificando de forma definitiva o *Protocolo de Brasília*, no que concerne à forma de solucionar conflitos.

---

3. Arts. 1º. e 2º. do Tratado de Assunção.
4. Arts. 1º. e 2º. do Tratado de Assunção.
5. Art. 8o: "Os Estados Partes declaram que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere o presente Protocolo".

Em 2002 foi firmado o *Protocolo de Olivos*, que especificamente trata da forma de solução de controvérsias no MERCOSUL, e também ratifica os protocolos anteriores, porém com algumas inovações: trouxe a previsão, ou possibilidade, de que as controvérsias pudessem ser submetidas à forma de solução pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e também um Tribunal de Revisão, através do qual sentenças arbitrais possam ser reavaliadas.

Avançando nesta linha, foi também aprovado pelo Conselho do Mercado Comum do Mercosul, em 16 de dezembro de 2004, as *Regras Modelo de Procedimento para os Tribunais Arbitrais Ad Hoc do MERCOSUL*, estabelecendo diretrizes do funcionamento e composição dos Tribunais *Ad Hoc*.

No que se refere às questões entre particulares, em 23 de julho de 1998 foi celebrado pelos quatro países integrantes, o *Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul*, através do qual se regulamentou a arbitragem[6] "como meio alternativo de solução de conflitos entre particulares, no âmbito do Mercosul. Atualmente, além destes países, Bolívia (em fase de incorporação ao Mercosul) e Chile (na condição de Estado associado) fizeram sua adesão ao acordo[7].

A bem da verdade, a existência deste acordo foi importante para reafirmar o propósito de estabelecer uma forma extrajudicial de solucionar conflitos tanto na esfera pública (*Protocolo de Brasília*) quanto na esfera privada, no âmbito do Mercosul.

Mas, paralelamente, esses países contam com legislações próprias de arbitragem e usam câmaras privadas para solucionar suas controvérsias. Desta forma, mesmo inexistindo uma estrutura permanente para atender com exclusividade as demandas arbitrais, pode-se considerar como eficiente e operante a arbitragem no contexto do MERCOSUL.

4. NAFTA

Nas palavras de Casella (1994), citado por Lemes:

> O NAFTA não constitui um projeto de *deed integration*, mas pode ser encarado como uma resposta defensiva ao movimento de formação do bloco econômico europeu, que teria a conveniência, segundo avaliação dos negociadores, de não gerar perda de soberania para as partes envolvidas[8].

Um Acordo de Livre-Comércio foi firmado inicialmente entre Canadá e Estados Unidos, em 1º. de janeiro de 1989, e em 8 de novembro de 1992, com a adesão do México instituiu-se definitivamente o *North American Free Trade Agreement*, NAFTA, passando a vigorar efetivamente em 1º de janeiro de 1994.

Embora tendo amplitude regional, sua concepção inicial de abarcar mais de 350 milhões de consumidores e ter uma capacidade produtiva de alguns trilhões de dólares

6. Art. 1: O presente acordo tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

7. Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre Mercosul, República da Bolívia e República do Chile. Disponível em:< http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=hI%2frGRiWQry2xGV5qmXo6g%3d%3d&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8%3d>. Acesso em: 06 abr 2019.

8. LEMES, Selma Ferreira. O sistema de Solução de Controvérsias no North American Free Trade Agreement" (NAFTA). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri26.pdf>. Acesso em: 05 abr 2019.

norte-americanos[9], tendo como objetivo inicial a eliminação de tarifas e barreiras ao livre comércio de produtos, serviços e investimentos, não deixa dúvidas quanto a sua expressão econômica mundial.

E mesmo não se tratando de uma organização supranacional, como é o caso da União Europeia[10], sua principal *concorrente*, é fato que o necessário equilíbrio nas negociações, reforçadas com mecanismos eficientes e céleres de solução de controvérsias, são fatores decisivos para o êxito da integração, conforme aduz Fontoura:

> (...) verifica-se que em espaços já integrados, ou que buscam a integração, pela força nem sempre bem-intencionada da abertura comercial, o *adensamento da juridicidade,* como quer Celso Lafer, é de importância capital. O sistema de solução de controvérsias e sua adequação à realidade do bloco que pretende servir é fato de primeira grandeza para o sucesso do projeto idealizado. A clara definição das regras do jogo, com a neutralização das imposições unilaterais *power oriented*, torna-se imprescindível. Daí ser a construção de blocos econômicos labor jurídico, como já enfatizamos, com aportes dos mais variados, mas sempre e, fundamentalmente, jurídico[11].

Como é de praxe, nos textos dos estatutos destas organizações, não fugindo à regra o NAFTA, estão previstos os diversos mecanismos de solução de conflitos, iniciando-se pelos consensuados, como as Consultas, Bons Ofícios, Negociação, Conciliação e Mediação, reservando, como última etapa, o *painel arbitral*[12].

Além disso, o artigo 2.022 estimula abertamente o uso da arbitragem, inclusive entre particulares, e enfatiza que:

> *Each party shall, to the maximum extent possible, encourage and facilitate the use of arbitration and other means of alternative dispute resolution for the settlement of international commercial disputes between private parties in the free trade area*[13].

---

9. SIQUEIROS, José Luís. La Resolución de Controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estado Unidos de America y Canada. Universidade Iberoamericana: DF, México. 1991, p. 7, *apud* LEMES, Selma Maria Ferreira. O sistema de solução de controvérsias no "North American free trade agreement" (NAFTA). Disponível em:<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri26.pdf>. Acesso em: 06 abr 2019.

10. Sobre este tema: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 657: "A União Européia é, atualmente, a única organização supranacional existente, o que é devido ao fato de estar dotada de um poder superior ao das autoridades estatais dos seus respectivos Estados-membros. Na supranacion20alidade, os Estados transferem parte de suas competências legislativas para um órgão supranacional que, de acordo com um princípio de competência por atribuição, aprova regulamentos e diretiva que se aplicam uniformemente em todo o espaço da União Europeia. Pode-se dizer que a característica mais marcante das organizações supranacionais é o poder que elas tem de criar seu próprio direito (suas próprias regras jurídicas) e de aplicá-lo direta e imediatamente aos seus Estados-membros, sem a necessidade de ser implementado internamente, por meio de espécies normativas conhecidas pelo Direito interno, como uma lei, um decreto, um regulamento etc."

11. FONTOURA, Jorge. A solução arbitral e as controvérsias em blocos econômicos. In: LEMES, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem. **Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam***. São Paulo: Atlas, 2007, p. 127.

12. Artigos 2008 a 2019 do Tratado Constitutivo do NAFTA.

13. Texto original: "As partes devem, tanto quanto possível, encorajar e facilitar o uso da arbitragem e outras formas alternativas de resolução de disputas para decidir controvérsias internacionais comerciais entre particulares na área de livre comércio".

E o mesmo artigo remete à *Convenção de Nova Iorque* e à *Convenção Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional*, sugerindo que sejam adotadas tais regras para se ter um procedimento uniforme.

A exemplo dos demais blocos, portanto, como o MERCOSUL, não existe uma norma específica de procedimento arbitral, mas há previsão regulatória no próprio Tratado, como a adesão nas convenções acima citadas, que proporcionam uma aparente uniformização, até porque os integrantes da NAFTA são aderentes àquelas.

Além disso, tais integrantes se servem das entidades privadas, como por exemplo o *Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas (CAMCA),* uma instituição privada, sem vínculo direto com a NAFTA, mas criada a partir da iniciativa de outras Câmaras, que se uniram e formaram um nova entidade para atender os Estados-membros e até mesmo outros Estados não integrantes desta organização.

5. OMC

A Organização Mundial do Comércio tem *status* de organismo internacional de cooperação econômica, conta com 164 membros[14] e tem como principal objetivo a eliminação final de tarifas alfandegárias que dificultam ou até mesmo obstaculizam as grandes transações comerciais internacionais. A entidade serve como uma plataforma de negociações e um referencial a tudo que se diz respeito ao comércio mundial.

Uma das primeiras tentativas de estabelecer este foro comercial foi em 1947, quando se iniciaram tratativas para criar a Organização Internacional do Comércio (OIC), por ocasião da Conferência de Havana. Contudo, sem o apoio e a adesão dos Estados Unidos, este projeto não se concretizou, mas pelo menos acabou sendo realizado o *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio* – GATT, que foi o início da construção das primeiras regras comerciais em nível internacional.

A partir deste acordo, várias reuniões e negociações foram realizadas, com a meta específica de incentivar o comércio através da redução tarifária, até que, no oitavo encontro, batizado como *Rodada Uruguai*, realizada em Punta Del Leste no ano de 1986, e cujas tratativas duraram até o ano de 1993, foi finalmente criada a OMC, a partir do *Protocolo de Marrakesh*, que finalizou o trabalho no ano de 1994, no Marrocos.

Mazzuoli[15], citando vários doutrinadores, defende que a OMC "(...) atualmente é o único organismo internacional que se ocupa das normas que regem o comércio entre os Estados, objetivando ajudar os produtores de bens e serviços, exportadores e importadores a desenvolverem e levar adiante suas atividades".

Por ocasião do GATT, foi estabelecido o *Entendimento relativo a Solução de Controvérsias (ESC)*, que previa as formas de solução de conflitos, mas que era tido como precário por suas lacunas e ausência de coercitividade, além de serem as normas facultativas.

Com a criação da OMC um novo sistema foi introduzido, então denominado *Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias*[16] (DSU), com a preocupação de oferecer aos seus Estados-membros uma forma efetiva de solucionar e eliminar conflitos, haja vista o imenso volume de operações comerciais que se tem no seu âmbito. É o que diz o artigo 3.2:

14. Organização Mundial do Comércio. Disponível em: < https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm >. Acesso em: 06 abr 2019.
15. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público, p. 647.
16. Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC.

> O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é elemento central para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que ele serve para preservar os direitos e as obrigações dos Membros sob os acordos abrangidos, e para esclarecer os dispositivos daqueles acordos existentes segundo as regras habituais de interpretação do direito internacional público. As recomendações e as decisões do OSC não podem aumentar ou diminuir os direitos e as obrigações estabelecidas nos acordos abrangidos.

Composto de 27 artigos, traz a previsão dos procedimentos, formas e etapas, proporcionando um cenário de mais segurança e amplitude jurídica, já que, de acordo com sua constituição:

> (...) é o foro exclusivo para solucionar as controvérsias relacionadas com qualquer acordo abrangido da OMC. Dessa forma, se houver qualquer desacordo entre os Países Membros da OMC, referente a algum acordo, esta divergência deve ser solucionada no âmbito da OMC.[17]

Porém, não há qualquer previsão para solução de controvérsias entre particulares, o que, neste aspecto, debilita este mecanismo de solução de conflitos.

A exemplo dos demais blocos anteriormente pesquisados, a OMC também traz no seu *Entendimento* diversas formas alternativas, como a mediação, a conciliação, bons ofícios e negociação, que estão previstos nos artigos 4 a 20 da referida norma (DSU).

Nela, a partir do artigo 25 está prevista a arbitragem expedita, onde, após definir especificamente que itens serão objetos da arbitragem, as partes também estabelecem como será o procedimento, estando cientes e acordes de que a sentença arbitral é vinculante. Além disso as sentenças devem sempre levar em consideração os acordos englobados pela OMC.

De acordo com o banco de decisões da OMC[18], já foram administradas 58 arbitragens, sendo a decisão mais recente datada de 15 de novembro de 2016.

Uma diferença expressiva entre a OMC e o MERCOSUL e NAFTA, é que naqueles organismos o manejo dos mecanismos de solução de conflitos no seu âmbito é opcional, enquanto que na OMC, é sempre obrigatório, existindo uma autêntica *jurisdição própria*, inclusive contando com o *Órgão de Solução de Controvérsias* e o *Órgão Permanente de Apelação.*

6. ALADI

Através do *Tratado de Montevidéu,* firmado em 12 de agosto de 1980, conhecido como TM80 foi constituída a *Associação Latino-americana de Integração*, atualmente formada por treze países-membros, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (Nicarágua em tramitação). Tais países constituem, em área, o maior grupo latino-americano, com 20 milhões de quilômetros quadrados e mais de 561 milhões de habitantes[19].

---

17. YOSHIURA, Jackson Apolinário. **O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC:** A aplicação coativa do Direito. Disponível em:<http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/jackson_yoshiura.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2019.

18. **Banco de decisões da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/databases/art25decisions.php>. Acesso em: 06 abr. 2019.

19. Indicadores socioeconômicos da ALADI. Disponível em:<http://www.aladi.org/nsfaladi/sitioAladi.nsf/indicadorEcDatos.xsp?databaseName=CN=websrv/O=ALADI!!NSFALADI\

Diferentemente dos demais blocos, onde os Estados-membros se integram e se obrigam todos entre si, a ALADI trouxe uma proposta bem mais flexível, embasada nos princípios do pluralismo político e econômico e na busca da convergência progressiva e parcial de criação de um mercado comum, considerando as assimetrias. Assim, com base nestas, busca soluções para estímulo do desenvolvimento dos países menores, sem, contudo, vulnerabilizar os mercados mais fortalecidos.[20]

Neste cenário, os acordos são estimulados, observadas as necessidades e peculiaridades de cada Estado-membro, sendo possível a realização de acordos de alcance regional (abrangendo todos os países-membros) e acordos de alcance parcial, com a participação de tantos países quanto forem seus interessados.

Além disso, está aberta para a celebração de acordos, com países integrantes de outros blocos e continentes. E ainda permite a "(...) cooperação horizontal com outros movimentos de integração do mundo e ações parciais com terceiros países em via de desenvolvimento ou suas respectivas área de integração"[21].

Verifica-se, pois, que o ambiente da *Associação Latino-americana de Integração* é um espaço democrático que busca oferecer acessibilidade a qualquer Estado, independentemente de sua efetiva adesão, desde que, obviamente, tenha a mesma filosofia de cooperação e seja estruturada nos mesmos princípios harmônicos propostos por este organismo.

De acordo com o Itamaraty:

> O TM80 está notificado junto à Organização Mundial do Comércio (OMC) sob a denominada "cláusula de habilitação", o que permite aos países-membros da ALADI estabelecer preferências tarifárias e compromissos em matéria de redução ou eliminação de medidas não tarifárias sem precisar estender esses benefícios aos demais membros da OMC – uma exceção, portanto, à cláusula da nação mais favorecida.
>
> Esse mecanismo jurídico para aceitação de exceções para países em desenvolvimento da ALADI é o amparo para os compromissos comerciais no âmbito do MERCOSUL, formalizados sob o Acordo de Complementação Econômica Nº 18 (ACE-18). Embora o Tratado constitutivo do MERCOSUL não tenha sido protocolizado na ALADI, muitas normas comerciais do MERCOSUL são registradas na ALADI, como Protocolos Adicionais ao ACE-18. As normas amparadas juridicamente no TM80 conformaram a zona de livre comércio e a união aduaneira no MERCOSUL. Como resultado, entre 1991 e 2012, o comércio intrabloco no MERCOSUL multiplicou em mais de dez vezes, saltando de US$ 5,1 bilhões para US$ 58,2 bilhões.
>
> Atualmente, cerca de 70% do comércio entre os países da ALADI é totalmente desgravado – ou seja, conta com 100% de preferência tarifária. Para o Brasil, o valor do comércio liberado é de aproximadamente 75% do total das nossas exportações e quase 90% do total das nossas importações. Graças à rede de

indicado.nsf&documentId=251AEB7DB8C1F624032567B4005CD7E6&action=editDocument>. Acesso em: 06 abr. 2019.

20. Indicadores socioeconômicos da ALADI. Disponível em:<http://www.aladi.org/nsfaladi/sitioAladi.nsf/indicadorEcDatos.xsp?databaseName=CN=websrv/O=ALADI!!NSFALADI\indicado.nsf&documentId=251AEB7DB8C1F624032567B4005CD7E6&action=editDocument>. Acesso em: 06 abr. 2019.

21. Art. 27 do Termo Constitutivo.

acordos da ALADI, prevê-se que a América do Sul se torne uma área de livre comércio em 2019[22].

Os mecanismos de solução de conflitos no âmbito da ALADI também são previstos de forma flexível e pontual, não havendo um Termo Constitutivo único para tal fim, de forma que os Estados-membros, entre si também firmam acordos de *Solução de Controvérsias*.

Nesse passo, podem ser citados: (i) o *Protocolo para a Solução de Controvérsias entre Bancos Centrais* participantes do Convênio de Pagamentos e Créditos recíprocos da ALADI, firmado através da Resolução n. 76, de 28 de setembro de 1994, pactuado entre Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, México, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (onde nem todos os países são integrantes da Associação); (ii) o *Regime de Solução de Controvérsias* firmado entre Chile e Peru; ou similar, entre México e Uruguai[23]; e (iii) o *Regime Transitório de Solução de Controvérsias*[24] realizado pelos países do MERCOSUL (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai), além da Colômbia, Equador e Venezuela.

Alguns países celebram acordos completos sobre o tema, enquanto outros optam por fazer remição ao próprio TM80, ou mesmo às regras da OMC, mas guardam, todos, grande semelhança, estabelecendo, sempre, as mesmas formas alternativas, como a Consulta, Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Tais regras, inserem ainda, a figura do *grupo de expertos*, equivalente a um Tribunal Arbitral, com a diferença que a decisão não é vinculante, dependendo do que for previamente avençado entre as partes.

Grande parte destes acordos ainda fazem referência à Convenção de Nova Iorque, à Lei Modelo e à Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Estrangeiros.

7. UNIÃO EUROPÉIA

Criada a partir do Tratado de Roma em 25 de março de 1957, foi finalmente consolidada com o Tratado de *Maastricht,* em 1º. de novembro de 1993, mas, foi a partir do Tratado de Lisboa[25] em 13 de dezembro de 2007, conhecido como Tratado Reformador, cuja vigência se deu dois anos depois, que este bloco consolidou suas diretrizes institucionais e reescreveu toda sua estrutura política, legislativa e econômica.

Firmada em três pilares básicos, quais sejam, a paz, a liberdade e a prosperidade, foi concebida para se tornar uma comunidade exclusiva de países europeus, e, na atualidade, é o maior bloco econômico mundial, muito embora em seus objetivos gerais instituído pelo referido Tratado conste inicialmente a singela intenção de promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.

22. Ministério das Relações Exteriores. Política Externa. ALADI. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/690-associacao-latino-americana-de-integracao-aladi>. Acesso em: 06 abr.19

23. Acuerdos de Alcance Parcial – Complementación Económica n 60. Capítulo XVIII. Disponível em: <http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/5e800d33de11b31203256a65006bcdd4/1861c0a2b59c6d3203256f500065b651?OpenDocument>. Acesso em: 06 abr. 2019.

24. Acuerdos de Alcance Parcial – Complementación Económica n. 59. Anexo VI. Disponível em: <http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/5e800d33de11b31203256a65006bcdd4/084fcb7ed837524703256f70005ddc06?OpenDocument>. Acesso em: 06 abr. 2019.

25. **Tratado de Lisboa**. Disponível em <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 13 abr.2019.

Chama a atenção a forma bem estruturada que foi concebida para coordenar este bloco, com a seguinte composição: (1) Parlamento Europeu; (2) Conselho Europeu; (3) Conselho; (4) Comissão Europeia; (5) Tribunal de Justiça da União Europeia; (6) Banco Central Europeu; (7) Tribunal de Contas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia assemelha-se ao órgão supremo de um Poder Judiciário, e tem a competência para garantir a observância da interpretação e aplicação dos Tratados que dizem respeito ao Bloco, julgando recursos de seus Estados-Membros que envolvam entes públicos ou privados, pessoas físicas ou jurídicas. Também pode ser acionado pelos estados membros para interpretar o direito da União Europeia sobre a a validade dos atos adotados pelas instituições[26].

Cada Estado-Membro mantém, portanto, sua autonomia e sua soberania, existindo normas supranacionais balizadoras da convivência entre si. Esta politica fica clara no artigo 81 do Tratado, ao prever a cooperação judiciária fundamentada no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais.

Quanto aos métodos alternativos de resolução de litígios, há menção breve no mesmo artigo, ressaltando apenas que deve ser assegurado o seu bom funcionamento.

No entanto, os artigos 272 e 273 fazem referência expressa à convenção de arbitragem, ao fixar a competência do Tribunal de Justiça para decidir com fundamento em cláusula compromissória constante de um contrato de direito público ou de direito privado, celebrado pela União ou por sua conta.

No entanto, é com base em Tratados e Acordos que a União Europeia assume sua forma institucional, justamente para preservar a soberania própria de cada Estado-membro. No Acordo de eleição do foro entre partes intervenientes em transações internacionais[27], por exemplo, “as empresas da União Europeia envolvidas em transações jurídicas internacionais devem ter garantias de que o seu acordo de eleição do foro será respeitado e de que a decisão proferida pelo tribunal eleito será reconhecida a nível internacional”.

Este acordo decorre da aprovação, pela União Europeia, da Convenção de Haia[28], de 30 de junho de 2005, que trata do reconhecimento e execução de decisões provenientes de questões comerciais, onde as partes elegem um tribunal para julgar o conflito, mas, excetua algumas questões, como a arbitragem e procedimentos alternativos de resolução de conflitos.

Em relação à arbitragem, nos termos do regulamento (UE) n.1215/2012[29] do Parlamento Europeu e do Conselho, determinou-se que:

> (12) O presente regulamento não deverá aplicar-se à arbitragem. Nada no presente regulamento deverá impedir que os tribunais de um Estado-Membro, caso lhes seja submetida uma ação numa matéria para a qual as partes celebraram um acordo de arbitragem, remetam as partes para a arbitragem, suspendam ou encerrem o processo ou examinem se a convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação nos termos da lei nacional.
> As decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros que determinam se uma convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação não

26. Art. 19º.3 e 263 do Tratado de Lisboa.
27. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32012R1215>. Acesso em 21 abr.2019.
28. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:l16016>. Acesso em 21 abr.2019.
29. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32012R1215>. Acesso em 21 abr.2019.

> deverão estar sujeitas às regras de reconhecimento e execução estabelecidas no presente regulamento, independentemente de o tribunal ter decidido destes aspetos a título principal ou incidental.
> Por outro lado, se um tribunal de um Estado-Membro, exercendo a sua competência por força do presente regulamento ou da lei nacional, determinar que uma convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação, tal não deverá impedir que a decisão do tribunal quanto ao mérito da questão seja reconhecida ou, consoante o caso, executada nos termos do presente regulamento. Tal não deverá prejudicar a competência dos tribunais dos Estados-Membros para decidirem do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais de acordo com a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Decisões Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958 (a «Convenção de Nova Iorque de 1958»), que prevalece sobre o presente regulamento.
> O presente regulamento não deverá aplicar-se a ações ou processos conexos relativos, nomeadamente, à criação de um tribunal arbitral, aos poderes dos árbitros, à condução do processo arbitral ou a quaisquer outros aspetos desse processo, nem a ações ou decisões em matéria de anulação, revisão, recurso, reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais."

Com coerência, portanto, manteve-se a prevalência da Convenção de Nova Iorque em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, sobre qualquer outro acordo ou convenção, evitando-se contradições ou choques de legislações, além de constituir um reconhecimento incensurável do instituto, o que proporciona segurança jurídica aos Estados-membros e usuários da arbitragem em geral.

Dos 28 países[30] que compõe atualmente a União europeia, todos possuem legislação específica sobre arbitragem e assim, de acordo com este regulamento estão obrigados a respeitar a Convenção de Nova Iorque, o que, aliás, já é procedimento universal adotado pela totalidade dos países.

8. DIREITO DA INTEGRAÇÃO E ARBITRAGEM

A fenomenologia do surgimento e consolidação dos blocos econômicos explicam o desenvolvimento do Direito da Integração Regional, à medida que, não somente por razões econômicas, mas também políticas, sociais e culturais os Estados vão se interagindo e formando novos grupos rumo a uma comunidade supranacional, exigindo novas formas de intergovernabilidade.

O conceito de Estado trazido originalmente por Maquiavel, vem se modificando ao longo dos tempos, principalmente no seu fundamento mais preponderante, o da soberania, que o liga à expressão do poder.

Diante das inovações tecnológicas, meios de comunicação mais velozes e relações cada vez mais dinâmicas, o termo soberania vem se transformando para adaptar-se às novas formas de organizações sociais e também para atender aos processos integratórios e comunitários, mas sem perder sua posição indispensável à caracterização do Estado Moderno.

A ideia de que o estabelecimento de parcerias dos Estados através da criação de blocos econômicos vem retirar este precioso fundamento não seria de toda equivocada, posto que uma nova forma institucional e até nova personalidade jurídica são criadas, se ao longo de todos estes anos tais comunidades econômicas não tivessem vingado, promovendo inclusive, o fortalecimento interno de cada um de seus integrantes.

30. Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia , Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia, Suécia.

Segundo Gomes[31], *"a formação dos blocos econômicos influencia, nitidamente, a mudança da alteração da concepção do conceito de soberania do Estado, à medida que passa a existir, cada vez mais, uma interdependência entre os Estados*."

Se a intenção inicial era apenas o fortalecimento econômico, com a livre circulação de bens, serviços e pessoas esta concepção se alargou para alcançar mais propósitos, como é o caso da União Europeia, revelando a efetivação de seus objetivos da subsidiariedade e da supranacionalidade.

Para a concretização dos objetivos propostos os membros de tais blocos são instados a subordinar-se voluntariamente em vários aspectos, que vai desde o econômico até o jurisdicional. Inicialmente, cada um deles traz a previsão das formas de solucionar os conflitos oriundos das questões comerciais no seu âmbito, estimulando sempre o uso das formas extrajudiciais, como a negociação, conciliação, bons ofícios, mediação e arbitragem.

À exceção da União Europeia, que criou seu próprio Tribunal Judicial, tornando-o obrigatório para todos seus integrantes, os demais blocos mantêm sua soberania individual no tocante aos assuntos judiciários, porém, quando o assunto envolve as questões comerciais e relacionais entre seus participantes, são acionados os mecanismos previstos em seus regulamentos.

Ao analisar o surgimento dos blocos, o Direito da Integração e até mesmo o Direito Comunitário que predominam na União Europeia, é possível constatar que a arbitragem veio se desenvolvendo no mesmo compasso, através da elaboração de diversos tratados e convenções, iniciando-se pelo Protocolo de Genebra e posteriormente pela Convenção de Nova Iorque, pela Lei Modelo UNCITRAL e vários outros que predominam de acordo com a região e o bloco.

Defendida por muitos como um sistema jurídico único, autônomo, independente, é inegável que a arbitragem atende de maneira satisfatória as várias e pontuais necessidades de cada Estado em relação ao seu bloco econômico e também àqueles que de nenhum fazem parte, sempre que se faz necessária a solução adjudicada.

A arbitragem tem como característica essencial constituir-se num foro neutro para a solução do litígio, possibilitando às partes o exercício da ampla autonomia, quer seja em relação à escolha da legislação a ser aplicada no julgamento, quer seja em relação à escolha do(s) árbitro(s) que irá(ão) julgar a causa e ainda em relação à entidade que irá administrar o procedimento.

De fundamental importância nas relações comerciais, a especialidade do julgador é outro componente do instituto da arbitragem que garante aos seus usuários decisões mais técnicas e centradas nas reais necessidades dos envolvidos, tendo em vista que os conflitos surgidos nesta seara muitas das vezes exigem conhecimento pleno das atividades, produtos e praxes do mercado, sendo a aplicação da lei fator meramente protocolar.

Ainda incentiva o uso da arbitragem a maior possibilidade de celebração de acordos, parciais ou totais, tornando-se as sessões, muitas vezes, rodadas de negociação em torno das questões debatidas, exercendo os árbitros, nestas ocasiões, mais a função de facilitadores do que de julgadores, e as suas expertises colaboram para o encontro de soluções dialogadas.

31. GOMES, Eduardo Biacchi. **A nova concepção do Estado perante o Direito da integração.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/728/R167-07.pdf?sequence=4>. Acesso em 21 abr 2019.

Ressalte-se também que a possibilidade de os árbitros serem de nacionalidades diversas das partes envolvidas (pelo menos é o que seria de mais recomendável), aufere uma visão mais sistêmica do conflito, trazendo à mesa do julgamento (ou da negociação), experiências diversas que podem contribuir para o repensar de cada uma das posições.

De outro norte, desafios ainda pendem de aprimoramento. Há quem sustente que um procedimento arbitral pode se tornar excessivamente oneroso, dependendo da entidade administradora que for eleita, do país onde correr o processo e dos árbitros que forem escolhidos. Além disso, embora ainda em grande vantagem ao Poder Judiciário, alguns processos arbitrais demoram mais do que o esperado, por razões diversas, o que, na visão econômica, é imperdoável.

Ainda, se diz que há um "clube fechado" de lista de árbitros, que por sua grande reputação e reconhecimento, acabam monopolizando o poder de escolha das partes, tolhendo-lhes sua autonomia e forçando o pagamento de honorários vultosos.

Há ainda, a questão tormentosa sobre o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras pelo foro judicial onde se promoverá a execução, em caso de inadimplemento. Mesmo com a prevalência da Convenção de Nova Iorque, que estimula os aderentes a adotar a teoria da eficácia máxima dos julgados arbitrais, é possível ocorrer, e de fato ocorre, e negativa da homologação, sob fundamentos diversos, ou, ao contrário, a recepção da sentença arbitral, quando esta, no país de origem, foi anteriormente anulada.

Mesmo assim, o instituto da arbitragem é, sem dúvida, a forma de solução de conflitos no âmbito comercial internacional por excelência, e dificilmente deixaria de ser usada, mesmo consideradas outras possibilidades, como a mediação, que a partir da era pós-moderna vem se revelando uma opção eficiente no mundo dos negócios.

Para equacionar os prós e contras da arbitragem, desponta o Direito da Integração, calcado em regras supranacionais, na *lex mercatória,* na observância da ordem pública, esta entendida como a internacional, e principalmente embasado no conceito de que a união dos Estados se forma a partir de ideais e necessidades comuns, mesmo estando à frente as práticas mercantilistas, que são o primeiro elo entre as diversas nações.

Para que a arbitragem se sustente como uma plataforma universal de solução de conflitos, e se estabeleça como um instituto próprio no âmbito do comercio internacional o compartilhamento da evolução do Direito Integratório pode ser fator preponderante para esta consolidação e para a equalização de divergências e contradições que ainda existem, decorrentes das próprias transformações que ocorrem nas relações internacionais.

CONCLUSÃO

A construção dos blocos econômicos decorre naturalmente da evolução das relações internacionais, tendenciando-se para abranger muito mais do que simplesmente as transações em área de livre comércio e isenção de taxas e procedimentos burocráticos, mas também para formar novas comunidades que tenham livre circulação entre diversos Estados, e possam compartilhar bens, serviços e culturas, em busca de uma melhor qualidade de vida.

Na esfera comercial, alguns dos blocos mais proeminentes, buscam se estruturar política e juridicamente, no sentido de ter mecanismos que atendam suas próprias necessidades, inclusive no que pertine à solução de conflitos, criando uma plataforma de mecanismos extrajudiciais que se mostre neutra, eficiente e eficaz, a fim que os litígios se

resolvam de forma célere e, principalmente, possam manter sólidas e contínuas as relações e a convivência pacífica entre os países integrantes.

Blocos econômicos como MERCOSUL, NAFTA, OMC, ALADI e União Europeia trazem em sua estrutura organizacional a previsão da arbitragem como forma de solução extrajudicial de conflitos, que é regulamentada por tratados e convenções, em especial a Convenção de Nova Iorque e a Lei Modelo UNCITRAL, formando assim um amplo sistema jurídico privado. São preservadas, no entanto, as legislações de arbitragens próprias de cada um dos Estados, não podendo ser desprezadas.

Neste contexto, a arbitragem revela-se o mecanismo mais eficiente para viabilizar a solução de conflitos no campo internacional, não só de assuntos referentes aos negócios comerciais que surgem a partir dos blocos, mas de todos aqueles que envolvem direito patrimonial disponível, tanto de entes públicos quanto de partes privadas.

Diante de suas características fundamentais, tal como a autonomia da vontade das partes, a especialidade do árbitro, maior possibilidade de acordos, o sigilo e a celeridade, a arbitragem proporciona aos seus usuários um campo neutro para a solução das disputas, fazendo com que estas sejam resolvidas de uma forma mais satisfatória e eficaz.

É necessário, no entanto, aprimoramentos no instituto, pois algumas questões carecem de uma melhor performance, como por exemplo os custos, o quadro estrito de árbitros e o fundamental reconhecimento das sentenças arbitrais no foro da execução.

Tais questões podem ser trabalhadas através do Direito da Integração, que, a exemplo das demais áreas, no campo jurídico é capaz de realizar uma maior aproximação entre as diversas normas, fazendo com que os Estados e seus respectivos blocos promovam uma unificação de procedimentos e criem princípios comuns, visando a minimização das disparidades e o melhor aproveitamento dos atos.

Com um sistema jurídico forte, onde as sentenças arbitrais ou acordos homologados possuam eficácia máxima, e que sejam efetivamente cumpridas, a fundamental segurança jurídica proporcionará, cada vez mais, Estados permanentemente integrados entre si, blocos econômicos mais desenvolvidos, e porque não um planeta com mais igualdades e oportunidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre Mercosul, República da Bolívia e República do Chile. Disponível em:< http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=hl%2frGRiWQry2xGV5qmXo6g%3d%3d&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8%3d>. Acesso em 06 abr. 2019.

Acuerdos de Alcance Parcial – Complementación Económica n. 59. Anexo VI. Disponível em: http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/5e800d33de11b31203256a65006bcdd4/084fcb7ed837524703256f70005ddc06?OpenDocument. Acesso em: 6 abr. 2019.

Acuerdos de Alcance Parcial – Complementación Económica n 60. Capítulo XVIII. Disponível em:

http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/5e800d33de11b31203256a65006bcdd4/1861c0a2b59c6d3203256f500065b651?OpenDocument. Acesso em 6 abr. 2019.

Acuerdo de Complementación Económica n. 38, Capítulo 16. Disponível em: http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/5e800d33de11b31203256a65006bcdd4/ccc3b421ea4cc58b03257a08005358c3?OpenDocument. Acesso em 6 abr. 2019.

ALADI. Disponível em:<http://www.aladi.org/sitioAladi/quienesSomosP.html>. Acesso em 6 abr 2019.

Banco de decisões da Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/databases/art25decisions.php>. Acesso em 6 abr. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Política Externa. ALADI. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/690-associacao-latino-americana-de-integracao-aladi. Acesso em 6 abr. 2019.

FONTOURA, Jorge. Os Pressupostos da Arbitragem e a Solução de Controvérsias em Blocos Econômicos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem. Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, *In memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Eduardo Biacchi. A nova concepção do Estado perante o Direito da integração. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/728/R167-07.pdf?sequence=4>. Acesso em 21 abr. 2019.

Indicadores socioeconômicos da ALADI. Disponível em:< http://www.aladi.org/nsfaladi/sitioAladi.nsf/indicadorEcDatos.xsp?databaseName=CN=websrv/O=ALADI!!NSFALADI\indicado.nsf&documentId=251AEB7DB8C1F624032567B4005CD7E6&action=editDocument>. Acesso em 6 abr. 2019.

LEMES, Selma Ferreira. O sistema de Solução de Controvérsias no North American Free Trade Agreement" (NAFTA). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri26.pdf>. Acesso em 06 abr. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Organização Mundial do Comércio. Disponível em:< https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm >. Acesso em: 06 abr. 2019.

PORTUGAL. Tratado de Lisboa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 13 abr.2019.

SIQUEIROS, José Luís. La Resolución de Controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estado Unidos de America y Canada. Universidade Iberoamericana: DF, México. 1991.

UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32012R1215. Acesso em 21 abr.2019.

UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:l16016. Acesso em 21 abr.2019.

UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex:32012R1215. Acesso em 21 abr.2019.

YOSHIURA, Jackson Apolinário. O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: A aplicação coativa do Direito. Disponível em:< http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/jackson_yoshiura.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2019.

DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS[1]

Gabriel Ribeiro[2]

Resumo: O tema do presente estudo foi instigado pelo escritório de advocacia Harger Advogados Associados, que promoveu, no ano de 2019, o III Concurso de Artigos Jurídicos. A importância do tema se justifica ao refletirmos acerca da complexidade e da alta carga tributária brasileira, o que faz com que muitas vezes, especialmente o setor empresarial, se torne inadimplente. Desse modo, se faz necessário entender quais são as consequências que o contribuinte, ou responsável tributário, estará sujeito enquanto estiver na situação de devedor tributário. O propósito do presente artigo é ser acessível a qualquer cidadão que tenha interesse na matéria e queira saber os riscos de eventual inadimplência tributária. Sendo assim, de forma objetiva, o artigo buscou explicar o conceito de tributo, o surgimento, o modo de cobrança e os meios que o Estado (credor tributário) detém para executar o seu crédito. Assim, após a leitura do presente artigo, o leitor será capaz de compreender as principais consequências aplicadas ao devedor de tributos.

Palavras-chave: Direito tributário. Dívidas tributárias. Consequências das dívidas tributárias.

INTRODUÇÃO

Considerando a complexidade do sistema tributário brasileiro, o estudo aprofundado, especificamente sobre dívidas tributárias e suas consequências, se mostra de grande valia tanto para o acadêmico e profissional de direito, quanto para a sociedade em geral, uma vez que todos estão, direta ou indiretamente, sujeitos ao pagamento de algum tipo de tributo.

Portanto, entender as consequências do não recolhimento desses tributos é essencial para a vida do cidadão brasileiro que, infelizmente, suporta uma alta carga tributária e que muitas vezes, especialmente a classe empresarial, não consegue suportar.

Desse modo, a proposta do presente artigo é trazer o conceito de tributo, o modo de surgimento das obrigações tributárias, bem como levantar as consequências das dívidas tributárias, tanto em âmbito administrativo, quanto em âmbito civil e penal.

Para tanto, serão utilizados para a elaboração da presente pesquisa, dados provenientes de livros jurídicos, legislação, jurisprudência, artigos acadêmicos e *sites* jurídicos.

1. CONCEITO DE TRIBUTO

Para que se possa adentrar ao tema proposto, se faz necessário conhecer os conceitos basilares dos elementos que o envolvem.

Sendo assim, importante analisar e entender o significado do núcleo do tema: tributo.

O conceito mais fiel de tributo é o conceito legal estabelecido no artigo 3º do Código Tributário Nacional Brasileiro (CTN), que dispõe o seguinte:

> Art. 3º tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Desse breve conceito, se lido com atenção, é possível extrair o necessário para que se tenha uma noção do que venha a ser tributo. Isso porque, o aludido dispositivo

1. Artigo vencedor do concurso de artigo jurídicos promovido pela Harger Advogados Associados em 2019.
2. Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade CNEC de Joinville – FCJ. Estagiário de Direito na BRJ Advogados. E-mail: 01gabrielribeiro@gmail.com.

legal traz consigo três principais características chaves de tributo: **a)** trata-se de uma prestação pecuniária compulsória; **b)** não pode constituir sanção de ato ilícito; e **c)** deve ser instituído por lei.

Pois bem, extraídas as principais características do conceito de tributo, é de suma importância esmiuçar cada uma delas e analisar o seu real significado.

1.1 PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA

Acerca da primeira característica de tributo (prestação pecuniária compulsória), conclui-se, apenas com a interpretação literal, que o pagamento do tributo é um valor pago em parcelas (prestação), em dinheiro (pecuniária), a qual o contribuinte está obrigado (compulsória).

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

> Prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro, afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias (que receberiam o influxo de outro modal- o "permitido"). Por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra seu interesse. Concretizado o fato previsto na norma jurídica, nasce, automática e infalivelmente, o elo mediante o qual alguém ficará adstrito ao comportamento obrigatório de uma prestação pecuniária.

Desse modo, conclui-se que nas obrigações tributárias, a vontade do contribuinte é irrelevante. Basta a existência de uma lei o caracterizando como sujeito passivo de determinada relação tributária, que surgirá para esse o dever de pagar, em parcelas e em dinheiro, determinado valor, no prazo que a lei instituir.

1.2 NÃO PODE CONSITUTIR EM SANÇÃO DE ATO ILÍCITO

Outro ponto crucial para definir tributo, está no fato de que a origem (hipótese de incidência ou fato gerador) de determinada obrigação tributária deverá ser sempre lícita.

Significa dizer, que o tributo não pode ser utilizado pelo Estado com a finalidade de punir o contribuinte por eventuais atos ilícitos que esse venha cometer.

Ainda que nas duas hipóteses exista uma obrigação de pagar, não se pode confundir tributo com multa tributária.

Esclarece Ricardo Cunha Chimenti:

> O tributo, portanto, não é multa. A multa tem por pressuposto o descumprimento de um dever jurídico e por finalidade evitar comportamentos nocivos à ordem jurídica, via sanção, enquanto o tributo tem por pressuposto um fato lícito.

Definido as características da obrigação do pagamento tributário e a do dever de licitude do fato gerador do tributo, deve-se analisar a questão da legalidade tributária.

1.3 DEVE SER INSTITUÍDO POR LEI

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB/88) assegura, em seu artigo 5º, inciso II, que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Adiante, em seu artigo 150, inciso I, a CFB/88 estabelece o que se denomina doutrinariamente como "princípio da legalidade tributária", vedando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de *"exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".*

Nesse sentido, acentua Paulo de Barros Carvalho:

> O primado da legalidade, que se irradia por todos os segmentos da ordem jurídica brasileira, alcança qualquer comportamento obrigatório, comissivo ou omissivo. E, se por acaso não fosse suficiente, haveria ainda o princípio específico, dirigido diretamente ao campo dos tributos. Sendo assim, não há de se imaginar obrigações, no direito brasileiro, que não sejam *ex lege.* Algumas requerem, de fato, a presença do elemento "vontade" na configuração típica do acontecimento, enquanto outras não. Entre as derradeiras estão os liames jurídico-tributários. (CARVALHO, 2014, p.53)

Portanto, em razão da Carta Maior trazer em seu texto o princípio da legalidade e, especificamente, o princípio da legalidade tributária, conclui-se que o texto legal-conceitual de tributo está totalmente em harmonia com o ordenamento constitucional brasileiro uma vez que expressa em seu artigo 3º que toda obrigação tributária deverá ser instituída por lei.

Conclui-se, desse modo, que não existe tributo sem lei anterior que o defina. O tributo sempre nascerá de uma lei. É requisito de existência e validade do tributo.

Agora que é possível uma compreensão básica, mas, suficiente sobre o que é e o que configura o tributo, necessário se faz a análise sobre o surgimento do vínculo da relação obrigacional tributária.

2. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

2.1 SURGIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Como dito acima, em respeito ao princípio da legalidade e ao princípio da legalidade tributária, princípios esses consagrados na CFB/88, a existência de todo e qualquer tributo precederá de uma lei.

A essa lei, que define que determinado tipo de pessoa deverá pagar (em dinheiro e de forma parcelada) determinado tipo de tributo, dá-se o nome de **fato gerador**.

Surgindo o fato gerador, ou seja, a norma que define a obrigação tributária e quem deverá cumprir essa obrigação, surge, por consequência, o sujeito ativo e o sujeito passivo.

Sujeito ativo é o Estado, ou seja, é a pessoa jurídica de direito público que detém a titularidade e, portanto, a competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária[3].

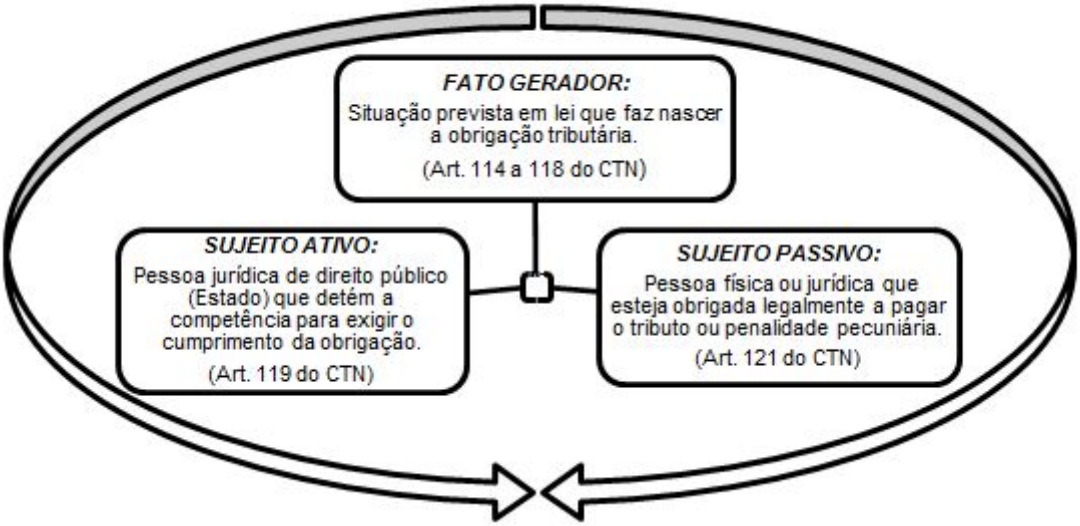
Sujeito passivo é toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) que esteja obrigada (na lei) ao pagamento do tributo[4].

Nesse sentido, dispõe a esclarecedora doutrina de Hugo de Brito Machado:

> A relação tributária, como qualquer outra relação jurídica, surge da ocorrência de um fato previsto em uma norma como capaz de produzir esse efeito. Em virtude do princípio da legalidade, essa norma há de ser uma lei em sentido restrito (...)
> A lei descreve um fato e atribui a este o efeito de criar uma relação entre alguém e o Estado. Ocorrido o fato, que em Direito Tributário denomina-se fato gerador, ou fato imponível, nasce a relação tributária, que compreende o dever de alguém (sujeito passivo da obrigação tributária) e o direito do Estado (sujeito ativo da obrigação tributária). (MACHADO, 2010, p.128).

3. CTN. Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.
4. CTN. Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Para facilitar a compreensão, interessante observar o infográfico abaixo na qual explica de forma simples a formação de uma relação obrigacional tributária compondo os principais elementos que acima foram explanados:



2.2 OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS PRINCIPAIS E ACESSÓRIAS

Existindo lei (fato gerador) definindo uma obrigação tributária, deve-se ter em mente que essa se divide em dois tipos: obrigação principal e obrigação acessória.

O CTN dispõe o seguinte sobre essa divisão obrigacional:

> Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
> §1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
> §2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
> §3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

A respeito, Ricardo Cunha Chimenti, sintetiza as principais diferenças entre ambas as modalidades obrigacionais:

> A obrigação tributária principal surge da ocorrência de um fato previsto (hipótese de incidência, fato tributável, fato gerador in abstrato) em lei como capaz de produzir este efeito. Ocorrido o fato gerador (fato imponível, fato gerador in concreto) previsto em lei, nasce a obrigação tributária principal, a obrigação patrimonial do sujeito passivo que tem por objeto o pagamento do tributo.
> A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer prevista em favor da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. (CHIMENTINI, 2012, p. 68)

Desse modo, é possível extrair algumas características que diferenciam a obrigação principal da acessória e vice e versa, que pode ser tabelada em um quadro comparativo da seguinte forma:

	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL	OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Surgimento	Fato previsto em lei (fato gerador)	Legislação tributária
Objeto	Pagamento do tributo ou penalidade tributária	Obrigação de fazer ou não fazer algo em favor do fisco

Portanto, eis as principais características para a diferenciação das duas modalidades de obrigações trazidas pelo CTN: A **obrigação principal** é instituída por uma lei (um fato gerador) em sentido amplo cujo objeto é o pagamento de tributo ou penalidade tributária, ou seja, uma prestação pecuniária (recolhimento do ICMS, por exemplo).

No tocante à **obrigação acessória**, conclui-se que essa surge de uma legislação tributária específica ao tipo de tributo na qual a obrigação será de fazer ou não fazer algo em favor do fisco (fiscalização, apresentação de documentos, emissão de notas fiscais dos produtos sujeitos ao ICMS, por exemplo).

Interessante observar, também, o disposto no §3º do artigo 113 do CTN: *"A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.*

No aludido parágrafo, o CTN permite a conversão de obrigação acessória (obrigação de fazer) em obrigação principal (obrigação de pagar) pelo simples fato da inobservância da obrigação acessória.

Conforme exemplo acima, a emissão de nota fiscal é uma obrigação acessória, uma vez que a obrigação é de fazer, ou seja, o contribuinte tem o dever emitir a nota fiscal.

Contudo, caso o contribuinte, sujeito passivo da obrigação, deixe de emitir a nota fiscal, essa obrigação, que era acessória, passará a ser uma obrigação principal em razão de uma multa (pecuniária) que será aplicada pela não emissão da nota fiscal, pois, conforme visto acima, obrigação principal pode ser tanto a cobrança de tributo quanto penalidade tributária (Art. 113, §1º do CTN).

3. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

De acordo com o que foi elucidado acima, a primeira das principais características de tributo é a *prestação pecuniária compulsória*, que, basicamente, significa que a pessoa vinculada a uma lei que o qualifique como sujeito passivo de uma obrigação tributária, tem o dever de cumprir tal obrigação, portanto, independe da sua vontade. Tem que pagar o tributo ou penalidade tributária ainda que não concorde com tal prestação.

Contudo, embora a lei seja clara no sentido da obrigatoriedade do adimplemento tributário, não raras vezes o contribuinte, ou o responsável tributário[5], não consegue cumprir com tal obrigação, ora por problemas financeiros, ora por tentar fraudar o fisco.

Nesse sentido, aduz Paulo de Barros Carvalho:

> Os seres humanos, exclusivos destinatários das regras jurídicas do Direito posto, encontram-se diante de diferentes caminhos no constante inter-relacionamento tecido pela vida em sociedade: ou cumprem os deveres estabelecidos nos dispositivos legais, ou não realizam tais comportamentos, incorrendo, por via de consequência, nas chamadas sanções. O ordenamento jurídico, como forma de tornar possível a coexistência do homem em comunidade, garante, efetivamente, o cumprimento de suas ordens, ainda que, para tanto, seja necessária a adoção

5. Art. 121, parágrafo único, inciso II do CTN.

> de medidas punitivas que afetem a propriedade ou a própria liberdade das pessoas. (CARVALHO, 2014, p.464)

Sendo assim, ocorrendo o inadimplemento, surge ao Estado, enquanto sujeito ativo da relação, o dever de cobrar o contribuinte ou o responsável tributário pelos débitos decorrentes da obrigação tributária, não podendo se desincumbir desse ônus, foras das exceções legais, sob pena de responsabilidade funcional:

> Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

3.1 SURGIMENTO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA

Ainda que o objetivo do presente artigo não seja o de detalhar o passo a passo dos tramites tributários, é preciso entender a fonte da dívida tributária.

Pois bem, importante ressaltar, que o fato de existir uma lei criando uma relação obrigacional tributária (fato gerador), não significa necessária dizer que o contribuinte ou o responsável tributário deve efetuar, de imediato, o pagamento do tributo, pois, ainda não fora constituindo o crédito tributário.

O modo de constituição do crédito trazido pelo CTN é denominado como "lançamento" que, nada mais é do que o procedimento administrativo realizado pela autoridade competente que visa liquidar o tributo:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Sendo assim, pode se afirmar que o crédito tributário só estará devidamente constituído quando houver um procedimento administrativo que determine a quantia da dívida tributária e a torne exigível.

Importante observar o que adverte o parágrafo único do artigo 142 do CTN: "*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória [...]".*

Ou seja, não havendo o lançamento não há que se falar em dívida tributária, sendo vedado ao fisco coagir o sujeito passivo ao pagamento da obrigação, uma vez que tal procedimento é obrigatório.

Nesse sentido, aduz Américo Masset Lacombe:

> Realmente, é só após o lançamento que surge a possibilidade de agressão ao patrimônio do sujeito passivo pelo sujeito ativo. É só após o lançamento que o credor (sujeito ativo, o Estado) poderá tomar do patrimônio do devedor (sujeito passivo) os bens suficientes para o pagamento. Enquanto a ocorrência do fato imponível, previsto na hipótese de incidência da lei, faz nascer um vínculo pessoal entre os sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional, o lançamento, constituindo o crédito tributário (*obligatio*, *Haftung*, relação de responsabilidade) faz nascer um vínculo patrimonial. (LACOMBE, 2013, pg. 350)

Importante dizer, que a justiça pode, e deve anular eventuais execuções fiscais que não tenham observados a fase administrativa de lançamento.

Nesse sentido, colhe-se da recentíssima decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) que tornou nula uma execução fiscal por falta do lançamento do débito tributário:

> EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - AUSÊNCIA DE PROVA - ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO – NULIDADE A constituição do crédito tributário (e multa por desatenção a obrigação acessória a tanto se equipara: art. 113, § 3º, do CTN) se faz pelo lançamento (art. 142), que assume eficácia quando notificado ao sujeito passivo (art. 145). A falta dessa formalidade vicia todos os atos subsequentes, inclusive a certidão de dívida ativa e a correspondente execução fiscal. O ônus da prova quanto à existência e validade da notificação é da Fazenda Pública. Situação concreta em que a Administração apenas alega a inviabilidade da comunicação pessoal, condicionante à notificação editalícia (também não revelada). Recurso desprovido, mantendo-se os modestos 10% a título de honorários advocatícios, ainda que majorados pela metade em razão do recurso. (TJSC, Apelação Cível n. 0301224-18.2016.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 02-05-2019).

4. CONSEQUÊNCIA DAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

Existente o fato gerador, realizado o lançamento tributário, com a devida notificação ao devedor (art. 145, *caput* do CTN), e, mesmo assim, não sendo pago o tributo, a dívida é inscrita na dívida ativa pelo órgão competente e, a partir desse momento, surge ao sujeito ativo diversos pressupostos legais, tanto em âmbito administrativo quando em âmbito judicial, para coagir o sujeito passivo da obrigação tributária a pagar a dívida.

4.1 CONSEQUÊNCIAS EM ÂMBITO ADMNISTRATIVO

Administrativamente, existem diversos meios de sanções que o legislador brasileiro atribui ao não recolhimento do tributo, tais como: penalidade tributária, multa de ofício, multa punitiva ou por infração, multa isolada, multa agravada, juros de mora, atualização monetária e até mesmo apreensão de mercadorias e documentos. Contudo, o presente artigo focará em dois principais meios de cobrança administrativa utilizada pelo sujeito ativo da relação tributária, penalidade tributária e o CADIN.

4.1.1 Das penalidades pecuniárias

As penalidades tributárias, segundo Paulo de Barros Carvalho, é uma das mais expressivas formas do desígnio punitivo que a ordem jurídica manifesta, diante do comportamento lesivo dos deveres que estipula.

Como exemplo, podemos citar o decreto n.º 7.212/10 que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que traz, em seu artigo 569, *caput*, a hipótese de imposição de multa de 75 % (setenta e cinco por cento) sobre o valor do imposto que não tenha sido recolhido.

Trata-se, portanto, de um dos meios mais comuns de coagir o devedor a pagar o tributo, uma vez que as imposições dessas multas costumam ser extremamente altas, como é o caso da penalidade pelo não recolhimento de IPI.

4.1.2 Inscrição no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN

Em se tratando de tributo devido à órgãos e entidades federais, o sujeito passivo tem os seus dados inscritos na Dívida Ativa da União (DAU) e abre ao sujeito ativo,

também, como meio de coagir o pagamento da obrigação, a prerrogativa legal de inscrever o nome do devedor no CADIN.

O CADIN é disciplinado pela lei 10.522/02 e traz diversas consequências tanto para pessoa física, quanto para a pessoa jurídica.

O artigo 6º da mencionada lei, por exemplo, impede que as pessoas cadastradas no CADIN realizem quaisquer operações de créditos com recursos públicos, se valham de quaisquer incentivos fiscais e financeiros, bem como celebrem quaisquer tipos de acordos que envolva recursos públicos:

> Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:
> I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos;
> II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;
> III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.
> [...]

Portanto, verifica-se que se trata de uma consequência drástica, principalmente para empresas que utilizam de incentivos fiscais ou de créditos advindos de recursos públicos para a manutenção de seus negócios.

Ainda, importante ressaltar, que diversas redes bancárias privadas também negam empréstimos à pessoas (físicas e jurídicas) que possuam débitos inscritos no CADIN.

4.2 CONSEQUÊNCIAS JUDICIAIS EM ÂMBITO CIVIL

Restando inexitosa a fase administrativa de cobrança, o sujeito ativo tem a prerrogativa de valer-se do poder judiciário para pleitear o pagamento do débito, podendo, por meio dessa instituição, utilizar de diversas garantias e privilégios, bem como diversas outras formas de coação que, obviamente, não poderão ser todas explanadas no presente artigo, devendo ser trazidas à baila as mais relevantes para o objetivo da pesquisa.

4.2.1 Execução fiscal e a presunção de fraude

O acesso do sujeito ativo da obrigação tributária ao poder judiciário, se dá, normalmente, por meio de uma ação denominada Execução Fiscal, que é regulada pela lei 6.830/80.

Nessa ação judicial, o sujeito ativo, apresenta a Certidão de inscrição na Dívida Ativa (CDA) e o sujeito passivo é intimado para pagar o débito em 5 (cinco) dias ou indicar bens à penhora (Art. 6º e 8º da lei 6.830/80).

Pois bem. A primeira garantia que o Estado terá na cobrança judicial (aplicando-se, nesse caso, também à esfera administrativa) é a presunção de fraude estabelecida no artigo 185 do CTN:

> Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

Desse modo, o sujeito passivo deve-se atentar, pois, assim que for inscrito na dívida ativa, (ou seja, não necessariamente precisa estar sendo cobrado judicialmente, basta a inscrição administrativa) alienar ou onerar os seus bens, de modo que não reserve bens o suficiente para a garantia do débito constante na dívida ativa, terá cometido fraude.

Importante observar, nesse aspecto, que inobstante o fato da súmula n.º 375 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) exigir a prova que o adquirente agiu de má-fé[6], essa não se aplica às execuções fiscais.

Segundo entendimento firmado pelo o STJ, (EDcl no REsp 1141990/PR, julgado em 14/11/2018), a finalidade da presunção de fraude não é resguardar o direito do terceiro de boa-fé, mas sim de proteger o interesse público contra atos de dilapidação patrimonial por parte do devedor, uma vez que o recolhimento de tributos serve a satisfação das necessidades coletivas.

4.2.2 Execução fiscal e a indisponibilidade de bens

Foi visto acima que, na Execução fiscal, o devedor é citado e intimado para efetuar o pagamento do débito ou indicar bens à penhora em 5 (cinco) dias.

Caso o sujeito passivo não proceda dessa forma, o CTN possibilita ao fisco um dos mais eficazes e temerosos (para os devedores) meios de coação para o pagamento da dívida: a penhora, ou, a indisponibilidade dos bens, por meio de determinação judicial.

O CTN aduz, em seu artigo 185-A, o seguinte:

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

Da leitura do dispositivo, depreende-se que a abrangência da determinação de indisponibilidade de bens e direitos não é nem um pouco modesta.

Ou seja, serão comunicados, sobre a ordem judicial de indisponibilidade de bens, os DETRANS, Cartórios, Registros de Imóveis, Bancos, e até mesmo as bolsas de capitais onde eventualmente o devedor possa ter algum tipo de investimento.

Sendo assim, dada a abrangência dos órgãos que serão comunicados sobre a indisponibilidade dos bens, aliado ao fato da presunção de fraude na alienação de bens após a inscrição na dívida ativa (ou seja, impedindo que o devedor venda ou transfira seus bens, ainda que para terceiro de boa-fé) conclui-se que os bens do devedor estarão, em sua totalidade (excetos os impenhoráveis, art. 833 do Código de Processo Civil) à inteira disposição do Estado, enquanto sujeito ativo da relação tributária.

4.3 CONSEQUÊNCIAS JUDICIAIS EM ÂMBITO PENAL

Propositalmente deixado por último, dada a relevância e gravidade do assunto, existe uma consequência da dívida tributária que causa arrepios ao acadêmico e ao operador de direito que, desde o seu ingresso na faculdade de direito, aprende ou aprendeu, que ninguém será preso por dívida. (Art. 5º, LXVII da CRFB/88).

6. STJ. Súmula n.º 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Isso porque, a lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, prevê expressamente, em seu artigo 2º inciso II, que o não recolhimento de tributo no prazo legal sujeita o infrator a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Diversos juristas entendem que a referida lei é inconstitucional, uma vez que, conforme antecipado acima, a CFB/88 expressamente proíbe a prisão por dívida e, além disso, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê expressamente que "ninguém deve ser detido por dívidas".

É o entendimento, também, de Hugo de Brito Machado:

> Realmente, a Constituição Federal estabelece que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel' (art. 5º, inciso LXVII). Como ensina Celso Ribeiro Bastos, nos tempos modernos já não se aceita mais prisão do devedor inadimplente, sendo cabível, em seu lugar, a execução do patrimônio do responsável por dívida (*Comentários à constituição do Brasil. São Paulo : Saraiva, 1989. 2 v., p.304*).
>
> Não se diga que a vedação constitucional, porque se reporta apenas à prisão civil por dívida, não se opõe à lei ordinária que define como crime o inadimplemento de dívida, para reprimi-lo com pena prisional. Não é assim. A lei ordinária que define como crime o simples inadimplemento de uma dívida, e comina para o que nele incorre pena prisional, conflita com a norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida. Há, na verdade, evidente antinomia entre a norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida, para viabilizar, dessa forma, a aplicação da pena prisional ao devedor inadimplente. (MACHADO, 2010, p. 517).

Contudo, apesar dos diversos entendimentos de inconstitucionalidade, a prisão por dívida tributária continua vigente em nosso país e sendo diariamente aplicada pelo poder judiciário, como se pode observar do recente julgado abaixo:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, EM CONTINUIDADE DELITIVA (LEI 8.137/90, ART. 2º, II, C/C O 71, CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TESE DE QUE O COMERCIANTE FIGURA NO PAPEL DE CONTRIBUINTE DIRETO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓPRIA E DE QUE NÃO HÁ APROPRIAÇÃO DE IMPOSTO COBRADO OU DESCONTADO DE TERCEIRO. O ICMS É TRIBUTO INDIRETO, UMA VEZ QUE É INCLUÍDO NO PREÇO COBRADO NA VENDA DE MERCADORIA OU NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, E É OBRIGAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA QUE O COBRA UNICAMENTE REMETER AO ERÁRIO O QUE FOI REPASSADO AO CONSUMIDOR. DECLARAÇÃO NAS DIMES E NÃO REPASSE QUE APERFEIÇOAM O DELITO. CRIMINALIZAÇÃO QUE NÃO SE ASSEMELHA À PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA PORQUANTO A CONDUTA É PENALMENTE RELEVANTE E NÃO SE EQUIPARA À MERA INADIMPLÊNCIA FISCAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> (TJSC, Apelação Criminal n. 0901220-21.2018.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 20-08-2019).

CONCLUSÃO

Ao deixarmos o que Hobbes chamou de estado natural, passamos a viver em sociedade por meio de um contrato social em que consentimos em estabelecer um ente (Estado) para criar regras de conduta visando regular a vida em sociedade.

Portanto, é próprio de qualquer Estado desenvolver instrumentos de arrecadações financeiras para alcançar os seus objetivos estabelecidos nessas regras de convivência social, sendo a tributação um desses meios.

Contudo, a inadimplência é um fator que sempre existiu, antes mesmo da adesão ao contrato social.

Porém, ao aderirmos determinadas regras, assumimos, também, a responsabilidade por eventual violação dessas regras, pois, é bem verdade que uma regra sem uma consequência (sanção) não tem efeito no mundo real. É esse, na verdade, o conceito base de coerção legal.

Sendo assim, foi visto no presente artigo que o devedor dívidas tributárias pode ter consequências em diferentes esferas, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial, podendo até mesmo ter a sua prisão decretada.

Nesse sentido, por meio da pesquisa realizada na doutrina, lei e jurisprudência, constataram-se as seguintes hipóteses de consequências por dívidas tributárias:

1) Administrativamente, o devedor poderá ter como consequência a aplicação de diversas formas de penalidades pecuniárias (multas, juros de mora, acréscimos legais etc.) além da inscrição no CADIN, o que impedirá que esse faça empréstimos, investimentos, negociações, contratações, adquira bens dentre outras restrições e, além disso, qualquer alienação ou oneração de bens após a inscrição do débito será considerada fraude.

2) No âmbito judicial civil, o devedor poderá ter como consequência a indisponibilidade de bens e de todas as espécies e formas de renda, além de, também, não poder alienar ou onerar quaisquer de seus bens sob pena de ser caracterizado fraude.

3) E por fim, como *ultima ratio*, o devedor de créditos tributários poderá ter como consequência, a sua liberdade privada que, apesar de toda a discussão acerca da inconstitucionalidade da medida, continua diariamente sendo aplicada pelo poder judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional.** Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm >.Acesso em 30 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n.º 7.212, de 15 de junho de 2010. **Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.** Brasília, DF, 11 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980.**
Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF, 22 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 28. Ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1141990/PR**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira seção, julgado em 14/11/2018, DJe publicado em 21/11/2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900998090&dt_publicacao=21/11/2018> Acesso em 30 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0301224-18.2016.8.24.0058**, de São Bento do Sul, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, quinta câmara de direito público, julgado em 02-05-2019, Dje publicado em 06/05/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=030122418.2016.8.24.0058&cdProcesso=P000190OP0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=1siCU1XeA2pmmHBmz8eHR3uN3atjMFObQgdStW3%2FkXBNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn15w4rB7Xm1IO9UNPzY6KSdfHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJGlQcvXEsXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FIpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv60IRWbosSAu7avZeQXyhOnF1bftRq3PIbYIBT2Fw3IUuiSbkSuX6L6uwL02w0ChJcZpx2sqNduM254Ld7FYhA3>. Acesso em 30 ago. 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 26. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática do direito tributário.** 3 ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Curso de direito tributário. Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. – 14. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 31. ed. – São Paulo : Malheiros editores, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (“PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA”), 1969.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – DIFERENCIAÇÃO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS PARA FINS SUCESSÓRIOS

Guilherme Luis Sauerbeck[1]
Anna Lethicia dos Santos[2]

Resumo: O presente estudo tem como objeto a análise da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que trata da diferenciação entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. O tema é importante pois em recente decisão o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil sob o fundamento de que a diferenciação entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios fere os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso. Seu principal objetivo é analisar como está regulamentada a sucessão do cônjuge e do companheiro e quais modificações ocorreram após a decisão referida. A metodologia possui abordagem qualitativa, do tipo bibliográfico. O método é dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. Com o presente estudo constatou-se que o Código Civil traz tratamento sucessório privilegiado ao cônjuge em detrimento do companheiro, ferindo dispositivos e princípios constitucionais.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Companheiro. Cônjuge. Sucessão.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como foco a análise de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro de 2002, tendo em vista que este dispositivo legal faz distinção entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios.

Muito embora cônjuges e companheiros sejam atualmente equiparados para todos os fins na legislação brasileira, uma das poucas diferenciações que ainda persistiam estava situada no tema das sucessões, isto porque o Código Civil no art. 1.790 regulamenta as regras de sucessão para os companheiros e o art. 1.829 regulamenta as regras para os cônjuges.

Durante anos foi debatido na doutrina e na jurisprudência quanto à constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, questionando-se sobre a possibilidade deste dispositivo estar ferindo princípios constitucionais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Menciona Tartuce (2019, p. 276) que “todas essas alegações e argumentações doutrinárias fizeram com que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse repercussão geral a respeito do tratamento sucessório distinto dado à união estável”.

O dispositivo legal quanto à sucessão dos cônjuges é claro e objetivo em todos os seus aspectos, uma vez que define a ordem de vocação hereditária, na qual descendentes poderão herdar primariamente, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, observado o regime de bens adotado. A sucessão dos companheiros foi colocada em dispositivo distinto, impossibilitando que estes pudessem concorrer com os ascendentes e descendentes nos bens particulares.

Diante destas diferenciações percebeu-se que a lei é discriminatória em relação ao companheiro, uma vez que não o considera como herdeiro necessário, por estar de fora da ordem de vocação hereditária do art. 1.829.

A questão envolvendo a inconstitucionalidade da diferenciação de regimes sucessórios e a necessidade de equiparação entre cônjuge e companheiro para todos os

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: sauerbeck013@gmail.com
2. Professora do curso de Direito Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: lethicia.anna@gmail.com.

fins de direito foi solucionada na decisão do Recurso Extraordinário de número 878.694 do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos da decisão, estabeleceu-se que “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição” (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 1).

Objetiva-se especificamente com este artigo, no âmbito do direito das sucessões, primeiramente discorrer acerca da evolução sucessória do cônjuge e do companheiro no ordenamento jurídico, apresentando as regras em vigor a respeito de ambas as hipóteses de sucessão. Posteriormente, será abordada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, com base em posicionamentos doutrinários e fundamentos do Recurso Extraordinário nº 878.694, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 10.05.2017.

1. A EVOLUÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A intensa busca por um parceiro para as situações cotidianas, contrair relações afetivas e gerar a prole são condutas naturais não somente da raça humana, mas também podem ser observadas no mundo animal com o acasalamento entre seres vivos, seja pela procriação da espécie, seja pela verdadeira aversão à solidão, como no caso do ser humano (DIAS, 2016).

Foi necessário então regulamentar a união entre dois seres humanos que tivessem o interesse de levar uma vida em comum, vindo a ser caracterizada, assim, a figura do casamento civil (GONÇALVES, 2018).

Criado pelo Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, o instituto do casamento civil foi regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que antes de sua implementação, havia tão-somente a figura do casamento religioso. Os conviventes desta união foram denominados cônjuges, portadores de direitos e deveres, sendo que entre estes direitos encontra-se a possibilidade de sucessão nos bens do *de cujos*, ou seja nos bens do cônjuge falecido (SCALQUETTE, 2014).

Scalquette (2014 *apud* RODRIGUES, 2002, p. 19) conceitua que “casamento é o contrato de Direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Esclarece Rosenvald (2010), que o casamento foi reconhecido pelo Estado e utilizado como base de conceituação da família.

Nas palavras de Gonçalves (2018, p. 18):

> [...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.

Em relação ao papel do cônjuge na relação sucessória, no ano de 1907 foi proposto que o cônjuge fosse posto na terceira posição na ordem de vocação hereditária, atrás apenas dos descendentes e dos ascendentes, bem como elevando-o à posição de herdeiro necessário. Este Decreto-Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, ficou conhecido como “Lei Feliciano Pena” (PEREIRA, 2017).

1.1 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E OS HERDEIROS NECESSÁRIOS

O art. 1.784 do Código Civil traz, *in verbis*: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

A sucessão hereditária inicia-se com a morte do falecido, comprovada por meio de certidão de óbito, quando um médico, ou na falta deste, duas pessoas qualificadas, atestam a presença do cadáver (arts. 9º, inciso I, do Código Civil e 77, *caput*, da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos), independente da abertura de procedimento judicial de inventário e partilha e até mesmo do conhecimento, por parte dos sucessores do falecido, de que a morte ocorreu (CARVALHO, 2017).

Com o falecimento, a sucessão é realizada em favor dos herdeiros. Os parentes, cônjuge e companheiro serão contemplados com direito de herança do patrimônio do *de cujos*, com isso transferindo-se a propriedade dos denominados bens, de forma igualitária a todos os herdeiros ou na sua integralidade para um sujeito apenas (RIZZARDO, 2018).

Pontua Pereira (2017, p. 69), que “denomina-se, então, sucessão legítima a que é deferida por determinação da lei”, ou seja, aquela que é supletiva da sucessão testamentária e se reveste de fundamental importância no direito. É organizada por uma divisão dos convocados em classes sucessórias, com critérios de preferência, pelo qual a lei determina o quinhão a ser destinado a cada herdeiro convocado. Esta ordem, na qual o legislador divide em classes os herdeiros legítimos, denomina-se ordem de vocação hereditária (CARVALHO, 2017).

Proclama o art. 1.845 do Código Civil que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Cita Faria (2017) que os herdeiros necessários, também chamados de reservatários, forçados ou legitimários, são aqueles aos quais pertence metade da herança que constitui a legítima. Em outras palavras, é o conjunto de pessoas, “[...] integrantes de classes sucessíveis, listadas em lei, inafastáveis da sucessão por disposição de última vontade. Compõem-se de membros da família com vínculos próximos ao *de cujus*” (NADER, 2016, p. 181).

O Código Civil de 2002 inseriu o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, sendo a estes garantida metade dos bens da herança, denominada legítima, de forma que “a outra metade fica livre para o testador dispor como lhe aprouver” (VENOSA, 2017, p. 168).

Faria (2017), em suas lições, demonstra que não é permitido por meio de testamento excluir herdeiros necessários como descendentes, ascendentes ou cônjuge.

1.2 O CÔNJUGE NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA PREVISTA NO ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL

A ordem de vocação hereditária foi implementada mediante lei a fim de beneficiar os membros da família, pois há uma presunção de que neste núcleo familiar residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança (VENOSA, 2017).

Leciona Rizzardo (2018), que a vocação dos herdeiros é repartida e entendida por classes, sendo essas dos descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais e por fim do Estado, sendo cada inciso do art. 1.829 referente a uma classe de herdeiros.

O diploma civil de 2002 define que as classes sucessórias sejam observadas hierárquica e taxativamente da seguinte forma:

> [...] em primeiro lugar os descendentes, em segundo lugar os ascendentes (dentro da preferência longeva e universalmente aceita de que, somente na falta dos descendentes, forças mais novas e, portanto, merecedoras de maior proteção e afeto do hereditando – dele carregando características genéticas e inclinações morais, é que os ascendentes recolherão a herança legal), em terceiro lugar o

> cônjuge supérstite e, em quarto lugar os colaterais até o 4º grau (2º grau, os irmãos, 3º grau, tios e sobrinhos, 4º grau, primos, tios avós e sobrinhos netos) (CARVALHO, 2017, p. 315).

A chamada dos herdeiros à sucessão é sucessiva e excludente, ou seja, só serão chamados os ascendentes na ausência de descendentes, bem como somente será convocado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ambos os primeiros (RIZZARDO, 2018).

O art. 1.829 traz a ordem de vocação hereditária, em seu inciso I dispõe:

> aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (BRASIL, 2002).

De acordo com Scalquette, (2014), a possibilidade de o cônjuge sobrevivente receber parte da herança em concorrência direta com os descendentes do *de cujus* depende diretamente do regime de bens escolhido pelo casal.

A concorrência sucessória entre cônjuge e descendente somente ocorrerá no caso de casamento realizado sob o regime de separação total de bens, comunhão parcial de bens com bens particulares do *de cujos*, e em participação final nos aquestos, uma vez que em se tratando de divisão de bens comuns em qualquer regime, o cônjuge torna-se tão-somente meeiro da metade destes bens, pela impossibilidade de herdar metade de sua propriedade (SCALQUETTE, 2014).

O cônjuge concorrerá em partes igualitárias com os descendentes do falecido nos bens particulares, não podendo receber fração inferior a quarta parte da herança se for ascendentes dos herdeiros com quem concorrer (GONÇALVES, 2017).

Em caso de testamento, o testador, ora autor da herança, poderá alterar a ordem de precedência, convertendo o descendente de grau mais remoto, por exemplo, em herdeiro testamentário, dentro dos limites da parte que ainda esteja disponível (VENOSA, 2017).

Quanto aos bens comuns adquiridos pelo casal na constância do casamento, ou seja quanto aos bens comunicáveis, haverá meação, sendo que a outra metade será herdada exclusivamente pelos descendentes, se houver, sem a concorrência do cônjuge neste montante, com o fundamento na regra de que quem é meeiro não é herdeiro (PEREIRA, 2017).

Conforme Rizzardo (2018, p. 168) “a intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existir bens decorrentes de meação”.

A figura da meação pode ser observada em relação àquele que casou-se no regime de comunhão total de bens com o *de cujos*, e por consequência recebe metade do que era seu por direito próprio, não sendo uma modalidade de sucessão, mas apenas um método de resguardar a propriedade, não confundindo com herança (GONÇALVES, 2018).

Por sua vez, o inciso II do art. 1.829 regulamenta que a sucessão caberá aos ascendentes em concorrência com o cônjuge (BRASIL, 2002).

Na falta dos descendentes, independentemente do regime de bens adotado pelo falecido e pelo sobrevivente, os ascendentes herdarão sua parte nos bens particulares em concorrência com o cônjuge (BRASIL, 2002).

Scalquette (2014, p. 156) atesta que “a sucessão do cônjuge quando concorre com ascendentes independe do regime de bens. Qualquer que seja o regime de bens, o cônjuge sobrevivente tem o direito de receber a herança com os ascendentes”.

Fará jus o cônjuge sobrevivente, a um terço da herança, em caso de concorrência com ascendentes de primeiro grau (mãe e pai do falecido). Havendo apenas um ascendente, receberá a metade da herança. E por último, na hipótese de os ascendentes serem de segundo ou mais graus (avós, bisavós do falecido), terá direito a metade da herança (SCALQUETTE, 2014).

Assim, Venosa (2017, p.168), transcreve em sua obra o seguinte exemplo:

> Havendo, por exemplo, um avô paterno e dois avós maternos, deduzida a metade do cônjuge, o restante da herança é dividido novamente ao meio, para o avô paterno e para os dois outros avós. A mesma regra será seguida se existirem ascendentes mais distantes. A divisão por linha só opera uma única vez.

O inciso III do art. 1.829 segue dispondo que a sucessão caberá “ao cônjuge sobrevivente” (BRASIL, 2002).

Na falta de ascendentes e descendentes deixados pelo falecido, ou se todos renunciarem à herança ou até mesmo se forem excluídos em virtude de sentença de indignidade ou deserdação, e independentemente de eventual meação, o cônjuge supérstite herdará todo valor da herança isoladamente, tanto em relação aos bens particulares, quanto em relação aos bens comuns (SCALQUETTE, 2014).

Com a inexistência de descendentes ou ascendentes, o cônjuge passa a ser o único herdeiro e a ele irá pertencer a integralidade do patrimônio, por força do art. 1.838, “mesmo que não exista meação, partilha-se, aqui, ao cônjuge que permanece” (RIZZARDO, 2018, p. 192).

O cônjuge é afastado da sucessão se estiver separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, salvo no caso de prova de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, conforme é disposto no art. 1.830 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Conforme o inciso IV do art. 1.829, os colaterais sucederão na falta de herdeiros necessários, sendo possível ao autor da herança excluí-los por força de testamento (GONÇALVES, 2017).

Como pontua Lôbo (2019 p. 132), “[...] a evolução do direito imprimiu um giro radical a essa orientação, posicionando o cônjuge sobrevivente antes dos parentes colaterais”. Esta mudança foi significativa para o direito posto que o cônjuge, anteriormente, estava após os parentes colaterais na ordem de vocação hereditária, não sendo considerado assim, herdeiro necessário, e consequentemente podendo ser afastado da sucessão pela via testamentária (VENOSA, 2017).

Nas palavras de Venosa (2017, p. 168) o modelo anterior de legislação sucessória do cônjuge “[...] tornava-se praticamente inviável a sucessão do viúvo ou viúva”. Com a vigência do Código Civil de 2002 os cônjuges passaram a participar da sucessão desde a primeira convocação e também foram incluídos no rol dos herdeiros necessários (SCALQUETTE, 2014).

A inserção do cônjuge sobrevivente como herdeiro legítimo e necessário constituiu uma das mais fortes, se não a mais forte mudança do direito das sucessões da história, principalmente a partir do século XX, isso porque a família matrimonial deixou definitivamente de ser entendida apenas como instituição de procriação e transferência de patrimônio, para se converter em parceria de duas pessoas de sexos opostos ou iguais,

com o *animus* de estabelecer uma relação afetiva e que garantem a cada uma o autodesenvolvimento e segurança (LÔBO, 2019).

2. A EVOLUÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O conceito jurídico de família, de acordo com Scalquette (2014), nunca foi regularmente definido pelo Direito, porém em um contexto histórico-legislativo, a definição mais próxima que se teve de família esteve sempre muito ligada ao instituto do casamento civil.

Com a implementação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram abordadas novas temáticas acerca do conceito de família, havendo previsão expressa nesse sentido no art. 226 § 3º que diz que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Passou-se a ser entendido como família, não só a união de duas pessoas vinculadas pelo casamento, como também o conjunto de dois indivíduos unidos em uma união estável, ou ainda a instituição formada por um só dos pais com sua prole, mais precisamente concebido pelo termo “família monoparental” (TARTUCE, 2019).

Endente-se também que o objetivo Constituição Federal não foi exatamente conferir tratamento igualitário do casamento em relação a união estável, mas implementar métodos pelos quais se facilite a conversão da união estável em casamento, assim permanecendo a problemática da distinção entre os institutos (VIANA, 1999).

No mesmo sentido, “[...] a ampliação do conceito jurídico de família pela CF/1988 não significou uma equiparação absoluta do casamento às demais entidades familiares” (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 16). A união estável não foi igualada ao instituto do casamento, pois apesar de haver suas similaridades, institutos iguais não devem ser convertidos um no outro (TARTUCE, 2019).

O texto constitucional foi o estopim para o reconhecimento de direitos até então não concedidos aos conviventes em união estável, como por exemplo a possibilidade de pleitear alimentos judicialmente, bem como receber a meação dos bens em caso de dissolução da união (SCALQUETTE, 2014).

Assim, após a promulgação da Constituição Federal, foi aprovada e sancionada a Lei nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que definiu como “companheiros” o homem e a mulher que tinham união comprovada por mais de cinco anos, desde que fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com ou sem filhos (TARTUCE, 2019).

Por este novo regramento legislativo e pela jurisprudência superior consolidada da época era aplicado o entendimento de que o convivente não teria qualquer direito sucessório, ou seja, deixando o falecido, companheira e parentes colaterais, estes últimos receberiam o valor da herança em sua totalidade (CARVALHO, 2017).

Sancionada a Lei nº 9.278, em 10 de maio de 1996, foram excluídos os requisitos de natureza pessoal, o tempo mínimo de convivência e a existência de prole exigidos na lei anterior (CARVALHO, 2017).

Atualmente, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 foram revogadas, mediante a inclusão de seu conteúdo no Código Civil, o qual trouxe alterações em relação a antiga legislação, inserindo título referente à união estável no livro de direito de família e incorporando, em cinco artigos, os princípios básicos das citadas leis, bem como incluindo a obrigação alimentar para os companheiros (GONÇALVES, 2018).

Prevista no art. 1.723 do Código Civil, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, *in verbis*: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Cita Rosenvald (2010, p. 04) que “[...] a família deixou de ser compreendida apenas como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão sócio afetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda)”.

Com o passar dos anos o conceito de família veio apresentando constante mutação, abarcando aqueles que possuem afeto recíproco e intenção de convivência em sociedade, não mais devendo ser qualificada como uma taxatividade cultural (ROSENVALD, 2010).

O reconhecimento de direitos aos companheiros foi a solução mais adequada que o legislador poderia ter adotado para regulamentar a situação dos indivíduos que estavam inseridos nesta situação de fato, sem o cumprimento de qualquer das formalidades relativas ao matrimônio civil (SCALQUETTE, 2014).

O novo Código Civil, no livro de direito de família, tratou dos aspectos pessoais e patrimoniais envolvendo as entidades familiares, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório. No mesmo contexto da Lei nº 9.278/96, o art. 1.723 do novo diploma não estabeleceu período mínimo de convivência para a caracterização da união estável uma vez que o tempo não deve ser considerado para a caracterização de uma relação (GONÇALVES, 2018).

2.1 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO PREVISTA NO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

A sucessão dos companheiros de união estável foi objeto de tratamento diferenciado no Código Civil de 2002, em dispositivo específico e muito distante de onde se localiza a ordem de vocação hereditária (SCALQUETTE, 2014).

O art. 1.790 do Código Civil, que traz a sucessão do companheiro, estabelece que “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]” (BRASIL, 2002).

Leciona Nader (2016) que, qualquer que seja o regime de bens adotado na união estável, a lei fará duas exigências fundamentais para a sucessão ocorrer. Primeiro que os bens tenham sido adquiridos durante a constância da união e segundo que tenham sido a título oneroso.

O legislador estabeleceu que o companheiro poderá participar na sucessão, em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e que assim, o companheiro não teria direito a sucessão dos bens particulares do *de cujos* (FARIA, 2017).

Nos ensinamentos de Nader (2016, p. 167):

> No plano axiológico, Euclides de Oliveira discorda do critério adotado pelo legislador, ao beneficiar o companheiro supérstite na partilha dos bens adquiridos na constância da união, quando a fórmula legal deveria ser contrária: contemplá-lo apenas com os bens adquiridos antes da relação. A sua justificação, plausível, leva em conta que o companheiro sobrevivo já é beneficiado com a sua meação no patrimônio adquirido durante a vida em comum.

O companheiro sobrevivente poderá concorrer com seus descendentes ou apenas do *de cujos*, se com o falecido tiver convivido em união estável, de acordo com a lei civil vigente (GONÇALVES, 2017).

A concorrência com descendentes, exposta nos dois primeiros incisos do art. 1.790, destina-se a definir os direitos do companheiro enquanto concorre com descendentes do falecido, ou seja, do autor da herança, quer sejam eles filhos comuns do casal (inciso I) ou unicamente do *de cujus* (inciso II) (BRASIL, 2002).

O inciso I do art. 1.790 do Código retrata essa situação quando expõe o seguinte: "se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho" (BRASIL, 2002).

Atesta Nader (2016, p. 168), que no caso do primeiro inciso: "[...] o companheiro sobrevivo herdará em igualdade de condições com os descendentes do casal, relativamente apenas aos bens adquiridos na constância do vínculo e a título oneroso. Aqueles descendentes sucedem qualquer que seja a origem dos bens".

O legislador por descuido, errou ao empregar o termo "filhos", quando um objetivo mais acertado para o caso seria utilizar a expressão "descendentes", uma vez que abrange um rol maior de herdeiros, não somente os filhos. No inciso seguinte, ao prever uma variante da hipótese, é mencionada a palavra "descendentes" e não "filhos" como no inciso anterior (NADER, 2016).

Conceitua Lôbo (2019, p. 111) em sua obra que "descendentes são os que se originam de uma pessoa e dão origem a outras pessoas e assim sucessivamente (filhos, netos, bisnetos, trinetos, tetranetos)".

A expressão "filhos comuns", deve ser compreendida como "descendentes comuns", pois caso contrário, os descendentes comuns mais remotos, como netos, bisnetos entre outros, iriam acidentalmente se enquadrar no rol dos "demais parentes sucessíveis" do qual menciona o inciso III do dispositivo legal, podendo gerar a perda de direitos a estes (PEREIRA, 2017).

Exemplo disso seria que um cônjuge em concorrência com diversos netos comuns (quatro ou mais), terá direito a 1/4 da herança por força do art. 1.832, enquanto o companheiro, na mesma situação, receberia a fração maior de 1/3. Assim a lei conferiria ao companheiro um plus de direitos em relação aos destinados ao cônjuge, se distanciando ainda mais de uma isonomia entre os dois institutos (PEREIRA, 2017).

Com a expressão "filhos comuns" entendida como "descendentes comuns", estes concorrem com o companheiro na sucessão do *de cujus*. A partilha será feita por cabeça, dividindo-se em quinhões iguais a todos os sucessores chamados por direito próprio, da mesma forma que ocorre na sucessão em favor do cônjuge e de descendentes comuns (art. 1.832). Porém, diferentemente do que ocorre na sucessão do cônjuge, o Código não reservou quota mínima para o companheiro (PEREIRA, 2017).

No que tange o inciso II do art. 1.790, "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles" (BRASIL, 2002).

Define Pereira (2017, p. 146), que a redação é defeituosa já que "[...] nem todos os descendentes chamados terão, forçosamente, direito a frações idênticas: o legislador, pela redação dada ao dispositivo, parece ter partido da premissa oposta (e equivocada)".

O termo "metade" trazido pelo texto legal, é entendido como a fração que couber aos descendentes chamados por direito próprio, ou seja, havendo a pluralidade vocacional de filhos e netos do *de cujus*, que não sejam descendentes também do companheiro, a parte deste deverá corresponder à metade de cada filho (BRASIL, 2002).

Segundo Nader (2016), o critério diferenciado foi estabelecido para a concorrência do companheiro sobrevivo com descendentes apenas do autor da herança. Para esta hipótese ao companheiro caberá a metade do que tocar a cada um dos descendentes.

A interpretação deste inciso deve ser observada conjuntamente com o *caput* do art. 1.790, ou seja, "o percentual, independentemente do regime de bens, deve ser apurado considerando-se os bens adquiridos a título oneroso e durante a união estável. Igualmente não recai sobre os bens deixados em testamento, no limite da quota disponível do hereditando" (NADER, 2016, p. 169).

Do inciso III se observa que: "se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança". Sendo assim, o inciso traz a possível concorrência do companheiro com os demais parentes sucessíveis, contanto que seja reservado a este a fração de 1/3 da herança. Os demais 2/3 serão divididos por linhas, se os parentes chamados forem ascendentes, por cabeça ou por estirpe, se os parentes chamados forem colaterais do *de cujus*, podendo haver direito de representação (PEREIRA, 2017).

O dispositivo demonstra claramente que a convocação de "outros parentes sucessíveis", em concorrência com o companheiro, deverá estar em consonância com o estabelecido no art. 1.829, sendo inconcebível o chamamento simultâneo de ascendentes e colaterais (BRASIL, 2002).

A regra em análise se monstra conflituosa, pois na sucessão entre os cônjuges o sobrevivo antecede aos colaterais na condição de herdeiro necessário, enquanto entre os companheiros, com eles concorrem sem ser alçados à qualidade de herdeiro necessário (NADER, 2016).

O último dispositivo do art. 1.790, o inciso IV, diz que o companheiro herdará isoladamente caso o *de cujos* não tenha deixado quaisquer parentes sucessíveis. E então "terá direito à totalidade da herança" (BRASIL, 2002).

Por "totalidade da herança" deve-se entender a porção não conferida em testamento, uma vez que o art. 1.790, bem como demais normas sobre sucessão legítima fazem abstração do exercício da liberdade de testar (PEREIRA, 2017).

Concluindo, não havendo qualquer parente sucessível, todos os bens deixados pelo falecido, adquiridos antes ou após o início da união, a título oneroso ou gratuito, serão recolhidos pelo companheiro sobrevivo (NADER, 2016).

3. A EQUIPARAÇÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO PARA FINS SUCESSÓRIOS – A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

O Recurso Extraordinário de número 878.694, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 10.5.2017, teve como enfoque principal decidir quanto à inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, com argumentos de que o dispositivo legal violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, assim como do tratamento paritário das entidades familiares (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Como menciona Tartuce (2019), o dispositivo em pauta foi objeto de muita contradição e discussão no mundo jurídico, além de ter sofrido diversas críticas na jurisprudência e doutrina.

Com o objetivo de sanar a contrariedade, a incerteza e a injustiça, a decisão do Supremo Tribunal Federal entrou em pauta, demonstrando as principais diferenças entre os dois métodos sucessórios do Código Civil (TARTUCE, 2019).

A primeira diferença trata-se da restrição da participação hereditária do companheiro nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em relação aos quais o companheiro já possuía meação (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Segundo o Supremo, a regra de que o companheiro só é herdeiro quando for meeiro não possui qualquer similaridade com o regime sucessório do cônjuge, e, além disso, não se incorpora com a ideia de proteção do regime sucessório, já que, em relação a esses bens, o companheiro já teria direito à meação. Por outro lado, o *caput* do art. 1.790 do Código Civil exclui da sucessão qualquer bem adquirido gratuitamente pelo falecido, assim como qualquer bem adquirido onerosamente em período anterior à vigência da união estável (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Outra diferença envolvendo as ordens de vocação hereditária nos dois regimes é que, em regra, quando o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão é muito inferior ao que lhe seria conferido caso fosse casado com o falecido (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Ou seja, conforme foi observado no caso concreto julgado pela decisão do Supremo Tribunal Federal:

> [..] a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, até que seu companheiro veio a falecer. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Pelo regramento do CC/2002, em referida hipótese, a companheira recebe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união, enquanto os irmãos recebem todos os demais bens. No entanto, se, diversamente, a recorrente fosse casada com o falecido, ela teria direito a todo o monte sucessório (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 21).

Assim, pode-se observar que no caso concreto, se a companheira sobrevivente tivesse sua sucessão regida pelo art. 1.829 do Código Civil, alusivo aos cônjuges, lhe seria mais vantajoso, não tendo que concorrer com os irmãos do *de cujos*, herdando os bens na sua integralidade, isoladamente (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

No mesmo sentido a decisão do órgão julgador demonstra uma outra hipótese ainda mais absurda. Se no caso em apreço, ao invés de o *de cujos* ter irmãos, tivesse um tio-avô, um primo, ou um sobrinho-neto, qualquer parente colateral, estes seriam legitimados a receber os bens adquiridos gratuitamente, ou seja, todos os adquiridos antes da união estável, e mais dois terços daqueles adquiridos onerosamente durante a união estável, como disposto no art. 1.729, III e art. 1.839 ambos do Código Civil (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Pontua Tartuce (2019) que cônjuge e companheiro sempre foram entidades diferenciadas pela legislação, e em razão disso ocorreu a diferenciação nos tratamentos na seara sucessória também, todavia prejudicando os conviventes em união estável por diversos anos.

No mérito da causa, o relatório de julgamento ressalta a discrepância da legislação quanto à proteção legal do cônjuge e do companheiro sobrevivente, colocando o companheiro como merecedor de uma proteção menor em relação ao cônjuge (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Todavia, importante ressaltar que o regramento sucessório dos companheiros “[...] nem sempre privilegia o casamento em relação à união estável” (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 15).

Em leitura primária a letra da lei, há indícios de que os companheiros têm mais direitos que os cônjuges na sucessão em algumas circunstâncias, como por exemplo no regime de bens da comunhão universal de bens, separação obrigatória ou da comunhão parcial bens (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

O *de cujus* que tenha deixado descendentes comuns e cujo patrimônio tenha sido adquirido onerosamente durante união (sem deixar bens particulares), se casado fosse, não teria o cônjuge sobrevivente direito de participar da sucessão nos termos do art. 1.829, inciso I. Diferentemente, no caso de união estável o companheiro seria premiado por uma, nas palavras da lei, uma "quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho comum" (art. 1.790, inciso I). Neste caso especificamente, o companheiro seria herdeiro, ao contrário do cônjuge (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Cumpre ressaltar que se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do Código Civil é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia de forma alguma estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Além de estabelecer a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pela hierarquização entre entidades familiares brasileiras, a decisão avançou no ponto de analisar e confirmar a violação a um dos princípios basilares do direito, o princípio da dignidade da pessoa humana elencado no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual garante a todos os indivíduos o seu igual valor, implicando a total proibição de atos discriminatórios e ilegítimos, em razão de raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e devido à forma de constituição de família adotada (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

O dispositivo que difere o companheiro da sucessão comum do art. 1.829 do Código Civil, ainda produz lesão ao princípio da proporcionalidade, uma vez que "[...] o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes" (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 33).

A decisão pontuou como evidente a grave violação a este princípio, já que o dispositivo considerado como inconstitucional oferece uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Como se não suficiente fosse, a disposição normativa ainda viola, segundo a decisão do Supremo, o princípio da vedação ao retrocesso, princípio este que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Por óbvio este princípio não significa que a proteção de direitos é completamente garantida e inalterável, já que isso concederia, involuntariamente, poder ilimitado ao exercício da atividade legislativa, sendo contrário à democracia estabelecida no país. Porém de outro lado, a vedação ao retrocesso deve garantir que sejam implementadas involuções na lei, que sejam desproporcionais à proteção de direitos (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Em uma análise primária da lei, conforme Tartuce (2019, p. 272):

> [...] constata-se que a norma sempre esteve mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do Direito das Sucessões. Isso se deu pelo fato de o tratamento relativo à união estável ter sido incluído no Código Civil de 2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta expressamente da ordem de vocação hereditária, sendo tratado, no sistema anterior, como um herdeiro especial.

De acordo com Tartuce (2019) embora haja divergência doutrinária, aos companheiros deveria ser conferido, em razão do *status* constitucional, o mesmo tratamento dado aos cônjuges, sendo considerados herdeiros necessários. Assim caberia

aos companheiros integrar a ordem vocacional prevista em benefício dos cônjuges “[...] é inegável que integra ele (companheiro) a ordem vocacional, nas condições estabelecidas no art. 1.790 do Código Civil” (GONÇALVES, 2017, p. 128).

A nova legislação desequiparou, para fins sucessórios, o casamento e as uniões estáveis, promovendo um retrocesso e hierarquização entre a família matrimonial e a originada de uma união estável, esbarrando na Constituição Federal que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração (TARTUCE, 2019).

Para Tartuce (2019 *apud* ROSENVALD, 2010, p. 281) “onde há proteção sucessória para o cônjuge, tem de existir, por igual, para o companheiro. Pensar diferente, nesse caso, importaria em colidir, frontalmente, com a Carta Maior, fazendo pouco de seus ideais solidários”.

Muito embora a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil tenha se dado pela maioria de votos, os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio se manifestaram pela constitucionalidade do dispositivo legal (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

No mérito o voto do ministro Dias Toffoli esclareceu:

> [...] a constituição, evidentemente, diz que a união estável merece uma proteção, mas também não diz que união estável é casamento. O Código Civil, ao tratar do Direito de Família, no art. 1.725, diz que: "Na União estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Ou seja, é possível, na união estável, que os companheiros ou conviventes façam um acordo e registrem esse acordo sobre as relações, inclusive patrimoniais, que incidirão naquele relacionamento (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 91).

O ministro ainda argumentou que não se trata de uma redação malfeita da lei civil. A norma se justifica a partir da competência do legislador para estabelecer uma ordem de vocação distinta para cônjuges e companheiros, assim como tratou de forma diferente a sucessão dos ascendentes, descendentes, colaterais e consanguíneos. (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Pontuou que as duas entidades familiares são distintas, como é expresso na Constituição Federal, ou seja, casamento não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes sucessórios sejam distintos (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Para o ministro, a opção legislativa de diferenciar não foi injusta ou descabida de razão, muito pelo contrário, o legislador debateu o tema e deixou claro os motivos do tratamento diferenciado (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

É entendido pelo ministro que não houve de forma alguma uma inferiorização de um instituto em relação ao outro, ou criação de uma situação desvantajosa, a letra da lei cuidou para dar aos institutos tratamento diferenciado, até para que não houvesse a equiparação entre estes (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Alegou que nos exatos termos da exegese do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, “[...] a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares” (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 114).

Finalizou argumentando que há espaço no futuro para novas discussões fáticas e políticas em relação a alteração desta norma, porém de competência do Congresso Nacional, onde deverão ser discutidas as alternativas para a modificação da letra da lei e seus respectivos impactos no ordenamento social, sendo incompetente o Supremo Tribunal Federal para alterar o dispositivo legal ou dar-lhe entendimento distinto do que já está expresso (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Do mesmo entendimento, partiu o ministro Marco Aurélio, acompanhando o voto do ministro Dias Toffoli em seus argumentos, pela constitucionalidade do art. 1.790, com uma concepção diferente do restante dos julgadores presentes em plenário (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Isto posto, a decisão do Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos julgou que a redação do art. 1.790 do Código Civil não encontra amparo na legislação atual, uma vez que se trata de norma discriminatória, que busca hierarquizar entidades familiares de diferentes tipos, que viola a igualdade entre as famílias e os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, e que viola a vedação ao retrocesso, como mencionado (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Necessário esclarecer que com a exclusão do art. 1.790 do mundo jurídico duas alternativas poderiam ser elencadas para cobrir o vácuo que a sucessão do companheiro alcançou. A primeira delas se trata de retirar a validade da norma pela declaração de sua inconstitucionalidade, dando nova eficácia à norma anteriormente existente para o tema. No entanto, a presente hipótese significaria restabelecer a validade do regime estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. Uma segunda alternativa, seria fundada na concepção de que se deve garantir regimes sucessórios iguais a cônjuges e companheiros, de modo a não promover uma diferenciação ilegítima dessas duas formas de constituição familiar (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Por fim, levando em consideração a conduta ilegítima do legislador em conferir regimes sucessórios distintos para cônjuges e companheiros, concluiu-se que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 deveria ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, ambas as sucessões deverão seguir a partir da decisão, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do Código Civil (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Em outras palavras, como resultado da decisão, foi estabelecido que o regime sucessório dos cônjuges seria estendido aos companheiros (TARTUCE, 2019).

Nas exatas palavras finais do Ministro Relator Luís Roberto Barroso “[...] o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública”. (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 2).

Assim, como forma de resolução da problemática, foi esclarecido que a decisão de inconstitucionalidade não irá atingir as partilhas judiciais e extrajudiciais em andamento, em defesa da proteção do direito adquirido e da segurança jurídica (BRASIL, STF, RE n. 878.694).

Nos termos do voto final do relator, ponderou que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (BRASIL, STF, RE n. 878.694, p. 2).

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo iniciou a partir do interesse do pesquisador, que já havia laborado na área da pesquisa em questão e tem mais afinidade com o tema, em especial no ramo do Direito de Família.

Trata-se de pesquisa com abordagem qualitativa valendo-se de coleta de dados sem limitações numéricas, visando descobrir ou aprimorar as perguntas da pesquisa no processo de interpretação, ou seja, foram desenvolvidas perguntas e hipóteses antes, durante e depois da coleta e da análise dos dados, possibilitando descobrir quais são as

perguntas de pesquisa mais importantes para depois aprimorá-las e respondê-las (HENRIQUES e MEDEIROS *apud* SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2017, p. 106).

Fora utilizado o tipo de pesquisa bibliográfica, a qual se define como aquela que busca explicar um problema, utilizando todo o conhecimento disponível possível a partir de teorias e estudos ora publicados em livros ou obras congêneres (HENRIQUES e MEDEIROS *apud* KÖCHE, 2017 p. 106).

O estudo empregou o método dedutivo partindo de "[...] enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão" (HENRIQUES e MEDEIROS, 2017, p. 36).

No mais a pesquisa é explicativa, pois se valeu "[...] de causas, de fatos que determinam ou contribuem para a ocorrência de determinados fenômenos" (HENRIQUES e MEDEIROS, 2017, p. 99), atendendo o objeto geral do projeto de pesquisa.

5. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A presente pesquisa trabalhou algumas hipóteses referentes à diferenciação do regime sucessório para cônjuges e companheiros, sendo elas: cônjuges e companheiros possuem os mesmos direitos na linha sucessória; o cônjuge tem tratamento privilegiado em relação aos companheiros na ordem sucessória; e o art. 1.790 é inconstitucional tendo em vista que fere os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da vedação do retrocesso no momento em que traz distinções entre cônjuge e companheiro.

Em relação a primeira hipótese verificou que ela não se confirma, uma vez que cônjuge e companheiro têm tratamentos diferenciados dentro do Código Civil. A sucessão do companheiro está prevista no art. 1.790 do Código Civil, já a sucessão do cônjuge, vem regulamentada na ordem de vocação hereditária do art. 1.829. Da mesma forma ficou constatado que o cônjuge é considerado herdeiro necessário, estando protegido pela legítima, o mesmo não ocorrendo em relação ao companheiro.

A segunda hipótese trabalhada se confirma, pois foi constatado que o tratamento do cônjuge é privilegiado em relação ao companheiro, já que o cônjuge é nomeado como herdeiro necessário e concorre diretamente com descendentes, ascendente e recebe isoladamente no caso de haver apenas herdeiros colaterais.

A terceira hipótese também se confirma, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 no Recurso Extraordinário 878.694, datado do dia 10.5.2017, utilizando como fundamentos legais os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso.

CONCLUSÃO

O presente estudo atingiu o objetivo a que se propôs, de discutir acerca da constitucionalidade da diferenciação entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. Para tanto, foram analisadas as regras previstas no art. 1.829, que regulamenta a sucessão do cônjuge, bem como as regras previstas no art. 1.790 que regulamenta as regras sucessórias referentes ao companheiro.

Com relação a problemática da sucessão do companheiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência do Recurso Extraordinário 878.694, declarando a inconstitucionalidade o art. 1.790, impondo aos institutos do casamento e da união estável uma isonomia de tratamentos. A partir de então a sucessão do companheiro passa a ser regulamentada pelo art. 1.829 do Código Civil.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram como fundamento para a declaração da inconstitucionalidade a violação de princípios constitucionais, tais como o

princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso.

Em defesa da constitucionalidade, o ministro relator do caso Dias Toffoli e o ministro Marco Aurélio foram divergentes em relação aos votos dos demais integrantes da Suprema Corte, com a alegação de que a distinção entre os institutos é admitida pelo próprio texto constitucional, conforme redação do art. 226, § 3º. Tal dispositivo diferencia o casamento da união estável no momento em que determina a conversão de um instituto em outro.

Verificou-se por meio da decisão dos demais ministros que o dispositivo legal discutido era revestido de inconsistências, especialmente por diferenciar institutos atualmente equiparados para todos os fins, indo contra os princípios suscitados pelos ministros julgadores.

Por óbvio a pesquisa objeto deste artigo não deve se encerrar apenas com as preposições demonstradas, havendo a necessidade de novas discussões acadêmicas, em especial após a recente decisão de mérito do Recurso Extraordinário n. 878.694, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____, **Código Civil de 2002. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 23 ago. 2019.

_____, **Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.

_____, **Decreto-Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html >. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____, **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____, **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 878.694**. Rel.: Min. Roberto Barroso, órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 10/05/2017, Publicação em 09/11/2018. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 17 ago. 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIA, Mário Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões**: teoria e prática. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Vol. 6: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 7: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Vol. 6: sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, Vol. 6: direito das sucessões. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 6: direito das sucessões 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Vol. 6: **direito das sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Vol. 6: **direito das sucessões**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIANA, Marco Aurélio. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA NO ESPAÇO

Gustavo Barone Martins[1]
Luis Felipe do Nascimento Moraes[2]

Resumo: O objeto deste artigo científico analisa o contrato de trabalho do empregado marítimo e o conflito de competência trabalhista no espaço. No setor marítimo tornou-se habitual, tanto no exterior quanto na costa brasileira, a contratação de trabalhadores para exercerem funções dentro de embarcações. Diante desta habitualidade, surgem questões sobre a forma de contratação destes empregados, bem como quais seriam as suas condições de trabalho, além da existência de conflitos de competência territorial e qual a legislação competente para julgar estes conflitos. Desta forma, o objeto geral da pesquisa é analisar de qual forma se constitui o contrato de trabalho, quais as adversidades vivenciadas pelo trabalhador marítimo, bem como qual a legislação predominantemente competente para julgar suas demandas. A pesquisa será bibliográfica e documental, onde serão analisadas referências tanto em livros, revistas, internet, como em outros meios possíveis. O presente trabalho utilizará o método dedutivo, como uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos mais densos e plausíveis possíveis. A pesquisa terá uma abordagem qualitativa, permitindo o aprofundamento nos mais diversos temas do mundo jurídico, a fim de que seja alcançado o objetivo determinado. Como resultado, esta pesquisa conclui que as principais adversidades vivenciadas pelos empregados seriam o constante isolamento familiar e o desconhecimento de seus direitos. Quanto ao conflito de competência, após o cancelamento da Súmula 207, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu pela aplicação primordial do princípio da territorialidade e, em suas exceções, a aplicação da norma mais favorável e da teoria do centro de gravidade.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho. Empregado Marítimo. Conflito de Competência.

INTRODUÇÃO

Com a crescente globalização tornou-se comum a transferência ou contratação de empregados para laborarem no exterior sob ordens de companhias multinacionais. Este fato afeta diversas áreas de trabalho, dentre elas o setor marítimo, onde muitos trabalhadores são contratados para exercer funções dentro de navios estrangeiros realizando rotas pela costa brasileira ou até mesmo no exterior. Considerando que este âmbito ainda não é amplamente estudado, há possibilidade de diversos questionamentos, sendo desta forma, importante compreender o modo como estes trabalhadores são recrutados e contratados pelas empresas responsáveis por estes navios, além, de qual forma o direito se apresenta a estes empregados.

Desta forma, o principal problema a ser estudado é relacionado ao conflito de competência existente para analisar e julgar as demandas provindas dos trabalhadores marítimos, bem como, quais legislações são aplicadas para cada empregado, uma vez que atualmente a uma ampla quantidade de leis, tratados, regimentos e orientações capazes de legislar sobre este tema. Além disso, é necessário analisar a forma de contratação do marítimo e as adversidades vivenciadas por este durante todo o seu contrato.

O presente artigo abordará inicialmente a questão relacionada a forma de contratação do trabalhador marítimo e de que maneira seu contrato de trabalho é aplicado. Posteriormente, serão analisadas as adversidades experimentadas pelo empregado durante todo o seu labor dentro do navio e como é o processo de adaptação

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: gustavo.barone.m@gmail.com.
2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Coordenador do curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho na Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: lfmadv@terra.com.br.

destas dificuldades. A seguir será analisada de maneira comparativa a aplicação da *Maritime Labor Convention* de 2006 na contratação dos empregados marítimos e de que forma ela influenciou na criação do Termo de Ajuste de Conduta entre as empresas nacionais de cruzeiros e o Ministério Público do Trabalho. Após será analisado o conflito de competência existente em relação às demandas provindas dos trabalhadores marítimos, bem como será explicada quais legislações são aplicadas no Brasil para definir estas situações e qual o posicionamento atual do Tribunal Superior do Trabalho - TST. Por derradeiro buscará como resultado pretendido, encontrar qual a legislação predominantemente aplicável para reger estas relações, bem como, de que maneira o cancelamento da Súmula 207 do TST afetará o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a competência para julgar a questão referente ao trabalhador contratado para laborar no exterior e de que forma poderá ser aplicado este novo entendimento aos trabalhadores marítimos.

1. TRABALHADOR MARÍTIMO

1.1 CLASSIFICAÇÃO DO TRABALHADOR MARÍTIMO

Dentro do âmbito marítimo, há uma amplitude de setores, integrados por áreas como a construção naval e o trabalho portuário, onde são abrigados trabalhadores para exercerem as mais inúmeras funções, desde os cargos de chefe de máquinas até os encarregados da segurança, sendo todas elas determinantes para a continuidade do setor. (MARTINS, 2013). Devido a isso, a Organização Internacional do Trabalho – OIT (2006) consolidou quatro categorias de trabalho marítimo:

a) O trabalho marítimo em embarcações (*shipping*);
b) O trabalho portuário;
c) A pesca;
d) O trabalho fluviário (*inland waterways*).

Na categoria *shipping*, o seu principal setor é a Marinha Mercante, a qual faz uso dos mares, de maneira predominante, por meio das rotas comerciais entre os países e também pelo tráfego de pessoas em cruzeiros e navios de passeio. (MARTINS, 2013). Em relação ao trabalho exercido neste setor, tem-se entendido conforme estipulado por Martins (2013 *apud* CURTIS, 1841, p.3-20) “que todo ‘marítimo’ é um profissional da Marinha Mercante, mas nem todo profissional da Marinha Mercante é categorizado como marítimo”.

Neste sentido, a lei 9.537/1997 estabeleceu, em seu artigo 2º, uma série de conceitos e definições sobre os trabalhadores marítimos, dentre eles o Tripulante e o Profissional Não-Tripulante, entretanto, não estão inclusos no rol do artigo 12 da lei 2.180/1954 que constitui os integrantes do pessoal da Marinha Mercante.

As relações trabalhistas apresentadas pelos marítimos são, em sua maioria, concretizadas por meio de contratos internacionais de trabalho marítimo, devido à globalização do setor e a natureza internacional do contrato (MARTINS, 2013).

Em relação ao Profissional Não-Tripulante, o artigo 2º, inciso XVI da lei 9.537/1997, define como “todo aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo”. Corroborando com este entendimento, explica Pinto (2013, p. 19):

> A Portaria nº 104 de 2007 expedida pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil aprovou a NORMAM - 24/DPC, norma da autoridade marítima, que versa sobre o credenciamento de instituições para ministrar cursos para profissionais não tripulantes e tripulantes não aquaviários. Os cursos dizem respeito à salvaguarda da vida humana no mar e à segurança e proteção de navios e instalações marítimas, o que por ora não será objeto de análise. Cumpre esclarecer, que o propósito é a verificação das definições dadas pelos referidos atos normativos, e esta norma definiu o profissional não tripulante (PNT) como sendo "todo aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas a operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo". Também afirmou que o tripulante não aquaviário (TNA): "é aquele que faz parte da tripulação marítima das unidades *"offshores"* móveis e das plataformas, exercendo funções referentes à operação dessas unidades, as quais estão definidas em normas da AMB".

Estes trabalhadores são empregados a serviço do navio, possuindo contrato de trabalho próprio, sendo inclusive uma das categorias com maior fluxo de trabalho. Todavia isso a torna, juntamente com outras categorias como os pescadores, uma das áreas mais afetadas pelo conflito de competência e de legislações trabalhistas capazes de regerem seu contrato de trabalho devido à escassez de doutrinas e precedentes sobre estes trabalhadores, motivo pelo qual o profissional não tripulante será foco de estudo no presente trabalho (BAUER, 2008).

1.2 ADVERSIDADES DO TRABALHADOR MARÍTIMO

Em relação ao contrato de trabalho e a garantia dos direitos do profissional não-tripulante, Bauer (2008, *web*), ensina que “a maior dificuldade enfrentada pelos trabalhadores marítimos é o fato que os seus direitos são, geralmente, difíceis de compreender”.

Entretanto, esta não se torna a única adversidade vivenciada pelo trabalhador marítimo durante a vigência de seu contrato, que pode perdurar por um máximo de sete meses. Devido ao fato, de que, além do desconhecimento de seus direitos e o desamparo jurídico, o empregado precisa passar ainda por situações como o distanciamento de seu lar e de sua família; a pressão exercida pelos passageiros e também pelos demais funcionários da embarcação; a realização de labor em ambientes insalubres, devido a agentes como ruído e calor; a carga horária excessiva; além da possibilidade de adquirir doenças comuns em ambiente náutico, como escorbuto e até mesmo depressão (PEDROSO; KÜMMEL, 2018). Nesta mesma esteira, em relação aos riscos e as atipicidades vivenciadas pelos marítimos, lecionam Pedroso e Kümmel (2018, p.19):

> Conforme visto através da história, o trabalho marítimo se apresenta como uma carreira de alto risco, pois os trabalhadores obrigatoriamente necessitarão permanecer longos períodos embarcados, em um ambiente que se confunde entre local de trabalho e sua própria residência (ainda que temporária). Essa atipicidade do ambiente também acaba por se tornar um agravante na vida do marítimo tendo em vista que muitas vezes não poderá deixar a embarcação para caminhar em terra firme quando estiver aporto em algum país.

Ainda, em relação à saúde dos marítimos, em 2003 foi realizado um estudo pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO, que pertence ao Ministério do Trabalho e Previdência Social (MENDES, 2007).

Nesta pesquisa, foram alcançados diversos resultados impactantes sobre o labor prestado pelos trabalhadores marítimos, tanto em relação à qualidade do trabalho quanto em relação ao que os próprios profissionais pensam:

> Uma pesquisa realizada há quatro anos pela FUNDACENTRO apontou a solidão, o confinamento e o anonimato social como os principais agentes agressores do equilíbrio psíquico do trabalhador marítimo, tornando-o suscetível a adoecimentos de origem psicossomática. [...] A pesquisa teve como objetivo decodificar a percepção do tripulante sobre seu trabalho, sobre o ambiente e sobre si mesmo, e ainda identificar os agentes causadores de sofrimento psicológico. De acordo com o estudo, muitos marítimos não se sentem reconhecidos pelo trabalho que realizam e essa falta de valorização transforma-se em fonte de agressão e sofrimento. A pesquisa identificou que o aquaviário tripulante, em geral, não se percebe valorizado nem reconhecido pela empresa a que está vinculado e tão pouco pela sociedade. Em alguns casos, nem pela própria família (MENDES, 2007, p.35).

Assim, o trabalho exercido pelos marítimos possui constantes dificuldades que podem afetar desde a sua saúde e sanidade mental até causar o completo isolamento social (PEDROSO; KÜMMEL, 2018).

Diante destas dificuldades, a OIT legislou sobre o tema adotando sessenta e cinco convenções sobre o trabalho marítimo, dentre elas a *Maritime Labor Convention* em 2006 (Convenção nº 186), com o intuito de melhorar as condições de trabalho e contratação dos marítimos, buscando alternativas para que o labor praticado por estes trabalhadores seja mais adequado (MARTINS, 2013).

1.3 A APLICAÇÃO DA *MARITIME LABOR CONVENTION* DE 2006 NA CONTRATAÇÃO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS E A SUA INFLUÊNCIAS NO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA Nº 308/2016

Com a globalização surgindo no século XVI a partir das Grandes Navegações e tendo seu esplendor, agora, durante o século XXI, tornou-se extremamente comum, a contratação de pessoas de nacionalidade diferentes, fora de seu país natal, por empresas transnacionais. Diante desta possibilidade, surgiu o contrato de trabalho com conexão internacional, onde em uma mesma relação contratual podem estar envolvidos dois ou mais ordenamentos jurídicos estrangeiros (SALIBA, 2016).

> Os contratos internacionais de trabalho fundamentam relação jurídica de emprego com conexão internacional evidenciada pela presença de elementos estrangeiros na relação contratual. A presença de elementos estrangeiros ou de estraneidade nos contratos internacionais de trabalho remete à vinculação objetiva dos litígios internacionais a dois ou mais sistemas jurídicos internacionais, ao conflito de normas no espaço e às questões atinentes à competência jurisdicional internacional (MARTINS, 2013, p. 430).

O contrato internacional de trabalho marítimo possui um complexo método de contratação, sendo inclusive, a maior dificuldade suportada pelo trabalhador marítimo, conforme discutido anteriormente.

Esta complexidade se deve ao fato dos trabalhadores poderem ser contratados através do armador, que conforme se verifica com Tonial e Barbosa (2016, *apud* CAVALCANTE; VILLATORE, 2015) pode ser uma pessoa física ou jurídica, além de ser o responsável pela viagem, pelos empregados e pelas condições de trabalho.

Outra hipótese de contratação, sendo esta a mais comum, é por meio de agências de recrutamento, que no momento da contratação, podem ou não, estarem localizadas no país de origem do empregado. Este fato poderá aumentar as chances do contrato de trabalho, assinado pelas partes, conter legislações estrangeiras. (BAUER, 2008).

Corroborando este entendimento, em relação às agências recrutadoras, Bauer (2008) retrata que:

> Muitos trabalhadores marítimos são contratados através de agências de recrutamento que podem ou não ser localizadas em seu país natal, assim, serão altas as chances de introduzir legislações de outros países no momento da contratação do trabalhador.

Igualmente, é de responsabilidade do contratante, obedecer às normas constantes na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e subsidiariamente os preceitos emanados do Código Comercial (Lei 556/1850), ainda, devem ser analisadas as fontes formais específicas do direito do trabalho, ou seja, as convenções e acordos coletivos da categoria (MARTINS, 2013).

Ainda em relação ao contrato de trabalho do empregado marítimo, Martins (2013 *apud* ROCHA, *web*) ensina que:

> O contrato de emprego marítimo tem por objeto a prestação de serviços a bordo. O contrato de emprego marítimo demanda a forma escrita, tendo em vista que para todo trabalhador marítimo exige-se a matrícula na correspondente Capitania dos Portos competente para o registro e a expedição da Caderneta de Trabalho, onde são lançadas as anotações de embarque e desembarque e respectivas causas. Chamadas de soldada, a remuneração do empregado marítimo tem sua fisionomia particular disciplinada no Regulamento de Trabalho Marítimo e goza de proteção peculiar, conforme salienta Martins Catharino, por “hipoteca especial” prevista no art. 565 do Código Comercial, sob a denominação de “hipoteca tácita no navio e fretes”.

Entretanto, a responsabilidade do contratante em obedecer as normas celetistas não garante o real cumprimento destas, uma vez que há uma gama de legislações, resoluções e convenções que podem ser cumpridas nesta questão, como a *Maritime Labor Convention – MLC* de 2006, que trata de convenção criada pela OIT com o objetivo de unificar as normas para trabalhadores marítimos em todo o globo, sendo esta ratificada por mais de 80 países do planeta, com a exceção do Brasil que está em tratativas de ratificação desta convenção desde 2013 (MARTINS, 2013).

Em face de sanar esta lacuna normativa existente, sobre o contrato internacional do profissional não tripulante, suas aplicações e direitos, o Ministério Público do Trabalho, representado pela Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, celebrou com as principais empresas responsáveis pela frota nacional de cruzeiros (Costa Cruzeiros; Royal Caribbean; MSC Cruzeiros; Pullmantur Cruzeiros; Associação Brasileira de Cruzeiros Marítimos) o Termo de Ajuste de Conduta – TAC nº 308, com o objetivo de unificar a ampla variedade de legislações sobre o tema (PINTO, 2013).

Nesse sentido preconiza o artigo primeiro do Termo de Ajuste de Conduta nº 308/2016:

> Artigo 1º - Respeitar e cumprir as normas estabelecidas pela MLC, Resolução Normativa nº 71/2006 e eventuais alterações ou substituições do Conselho Nacional de Imigração – CNIg, Ministério do Trabalho e Emprego.

Ressalta-se que o objetivo do referido TAC era reduzir a gama de legislações sobre o tema em uma única norma, entretanto, conforme se verifica em seu artigo primeiro, foi determinado o respeito e o cumprimento das normas estabelecidas pela Convenção nº

186 da OIT, ora a *Maritime Labor Convention* de 2006, todavia, conforme comentado anteriormente, o Brasil atualmente não ratificou ou tornou-se signatário desta convenção.

Dentre todas as normas elencadas no referido TAC algumas devem ser ressaltadas como, a exigência de tripulação com no mínimo 25% brasileiros por temporada, após o trigésimo primeiro dia que a embarcação navegar em águas jurisdicionais brasileiras; os brasileiros recrutados no Brasil para laborar, exclusivamente, na temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira, deverão ser contratados por empresa estabelecida no Brasil ou pelo agente responsável pela embarcação, logo, o armador; o contrato de trabalho deverá ser escrito e no idioma português, além de ser vinculado a legislação brasileira; não haverá descontos sobre a remuneração dos tripulantes brasileiros a título de fornecimento de uniformes, utensílios de trabalho e o custo de deslocamento do aeroporto com destino aos portos de embarque para o exterior (BRASIL, 2016).

Ademais, além das normas anteriormente mencionadas, é necessário citar a existência de certas regras que demonstram as dificuldades vivenciadas pelos profissionais não-tripulantes, o que acaba por diferencia-los dos trabalhadores comuns:

- O tripulante brasileiro arcará com as despesas de repatriamento, nas hipóteses em que causar a rescisão do contrato;
- Respeitar os limites de jornada semanais fixados na fórmula de cálculo escolhida na MLC, cumprindo e fazendo cumprir jornada de trabalho máxima de 14 (quatorze) horas prevista na MLC, computados os intervalos intrajornada que totalizem 1 (uma) hora, sendo que o tempo de trabalho efetivo não superará 13 (treze) horas diárias;
- Não poderá ser exigida qualquer autorização para registro de sobrejornada;
- Os intervalos mínimos para descanso (10 horas) não poderão ser divididos em mais de dois períodos, um dos quais será de pelo menos seis horas ininterruptas, ressalvada hipótese de negociação coletiva;
- O trabalhador poderá junto com o empregado firmar compromisso para jornada média de 12 (doze) horas de trabalho efetivo;
- O descanso de um dia por semana poderá ser convertido em pecúnia ou posteriormente compensado.

Há de se observar ainda que as regras relativas ao contrato de trabalho marítimo podem não ser regidas apenas pela CLT, podendo ser estipuladas por outras normas específicas, legislações estrangeiras ou por resoluções da OIT, não havendo assim qualquer normativa que preveja o local correto da assinatura do contrato (MARTINS, 2013). No TAC nº 308/2016, restou determinado que o tripulante assinará o contrato de trabalho apenas perante o comandante do navio e a bordo da embarcação, quando restará ciente de todas as funções que irá exercer durante o contrato, sendo que o recrutamento e a seleção de tripulantes realizadas no território brasileiro não tem condão de alterar o local da efetiva contratação do empregado, ora a bandeira do navio (BRASIL, 2016).

Esta prática vem sendo constante nos últimos anos para garantir que, caso haja conflitos de normas trabalhistas, a *Lex loci contractus* a ser respeitada será a lei da bandeira do navio, ou seja, será mantida a utilização da teoria da primazia da lei da bandeira (MARTINS, 2013).

2. CONFLITOS DE COMPETÊNCIA DE NORMAS TRABALHISTAS MARÍTIMAS NO ESPAÇO

Em uma lide trabalhista, existente entre duas ou mais partes, é necessário ter ciência sobre quais normas defendem seus interesses na demanda discutida. Nesta

esteira, entende Saliba (2016 *apud* BARROS, 2013) que deve ser respeitado a aplicação do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, se verifica a importância do tempo para a aplicação do direito correto ao fato discutido, diferenciando o direito adquirido do direito consumado.

> Depreende-se que, direito consumado é aquela relação que se encerrou, já finalizou antes do surgimento da nova norma, não sendo por ela atingido. E, no tocante ao direito adquirido, pode-se entender como aquele a que a pessoa faz jus por ter preenchido determinados requisitos ou elementos, na vigência de norma contemporânea (SALIBA, 2016, p.2).

Ainda, além do fato temporal, é necessário observar qual ordenamento jurídico ou legislação será aplicável nos fatos discutidos em determinado território. Neste caminho, tem-se como possibilidade a aplicação de normas do local onde foram prestados os serviços contratados, do local da assinatura do contrato discutido, da nacionalidade ou do domicílio do empregado (SALIBA, 2016). Estes conflitos de legislações ocorrem predominantemente em contratos trabalhistas com conexões internacionais, logo, diante da amplitude de normas capazes de reger um determinado contrato, tornou-se necessário encontrar um meio para definir qual ordenamento seria o correto aplicar, como será visualizado futuramente, em relação ao direito processual e material aplicado (MARTINS, 2013).

Nesta continuidade, para a solução dos litígios internacionais, os conflitos de normas existentes devem se submeter às regras de conexão estabelecidas pelo Direito Internacional Privado – DIPr, que por sua vez, encontram soluções aos casos envolvendo múltiplas nações (MARTINS, 2013). Com isso, as regras de conexão possuem capacidade de indicar qual direito será aplicável para interpretar o litígio em questão, além disso, estes elementos de conexão são instituídos pelos sistemas estatais de DIPr, e são aplicados para determinar qual direito material será aplicado ao contrato com conexão internacional (MARTINS, 2013).

Neste sentido, Martins (2013) aponta os seguintes elementos de conexão balizados perante as nações:

> a) *lex loci contractus* (ou *Lex loci celebrationis*) – determina que a legislação aplicável é aquela do local da assinatura do contrato firmado;
> b) *lex loci solutionis* – determina que a legislação aplicável é aquela do local onde as obrigações principais do contrato devem ser cumpridas;
> c) *lex patrie* – determina que a legislação aplicável é a da nacionalidade das partes;
> d) *lex domicilii* – determina que a legislação aplicável é a do domicílio das partes;
> e) *lex fori* – determina que a legislação aplicável é a do Estado onde o litígio está sendo julgado;
> f) *lex loci executionis* – determina que a legislação aplicável é a do local onde foram prestados os serviços contratados.

Dadas estas particulares, nota-se que a tendência em relação ao sistema do direito internacional relacionado aos contratos trabalhistas, é pela aplicação da *Lex loci executionis*. Esta regra de conexão é determinada pela lei do local da prestação de serviços, e ainda, conforme a corrente majoritária é admissível a aplicação da teoria do centro de gravidade (MARTINS, 2013).

Desta forma, torna-se necessário verificar a aplicação das regras de conexão em relação aos contratos de trabalho marítimos e, em especial, sob a ótica do ordenamento

jurídico brasileiro. Ainda de acordo com a aplicação do DIPr brasileiro, os contratos internacionais de trabalho possuem natureza estritamente territorial, sendo assim, adotada a regra de conexão *Lex loci executionis* (MARTINS, 2013).

Atualmente, o ordenamento jurídico nacional e o DIPr brasileiro são incorporados pela Código de Direito Internacional Privado de 1928, conhecido como Código de Bustamante, que foi ratificado e promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 18.871/29, pelo artigo 651 da CLT, e pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), através do Decreto-Lei nº 4.657/42 (MARTINS, 2013). Notável mencionar, que o conflito de regras de conexão relacionadas aos contratos de trabalho marítimos, não é muito apreciada pela doutrina, como também, não há muitos precedentes jurisprudenciais, logo, não há como afirmar taxativamente qual é a atual prevalência da regra de conexão no Direito Brasileiro.

Todavia, conforme relata Martins (2013), é possível identificar que a tendência dos tribunais brasileiros tem sido pela aplicação do princípio da territorialidade, conforme dispõe nos artigos 651 da CLT e 198 do Código de Bustamente, bem como dispôs, com a utilização da Súmula nº 207 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, ora cancelada.

Além da aplicabilidade, em regra, do princípio da territorialidade, a partir do cancelamento da Súmula 207 do TST, foi constatada a aplicação da Teoria do Centro de Gravidade, com base nos dizeres da Lei 7.064/82 (ampliada pela Lei 11.962/2009), que se estabeleceu como sendo uma exceção à regra (ROSA, 2013).

Apesar da costumeira aplicação da *Lex loci executionis* e da teoria do centro de gravidade, torna-se necessário relatar que, atualmente, no Brasil, a aplicação da Teoria da Primazia da Lei da Bandeira passou a ser relativizada, devido ao fenômeno global conhecido como “bandeiras de conveniência”, que constitui no fato da embarcação ser registrada em países periféricos, com legislações frágeis e brandas em relação às normas trabalhistas, tributárias, entre outras (ROSA, 2013).

Devido a este fenômeno, o registro do navio não condizia com a nacionalidade do proprietário do navio, o que demonstrava uma possibilidade de fraude nas legislações, devido a isso, muitos países, incluindo o Brasil, passaram a relativizar essa teoria, em razão de sua aplicação, em muitas vezes, não ser favorável ao empregado. (MARTINS, 2013). Da mesma sorte, os tribunais nacionais não aplicam de forma unânime a *Lex loci contractus*, em razão da prestação de serviços ocorrerem, geralmente, no mesmo local da assinatura do contrato, sendo utilizada assim a *Lex loci executionis* (MARTINS, 2013).

2.1 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL E DO DIREITO PROCESSUAL

Diante da amplitude de normas capazes de reger um determinado contrato, tornou-se necessário encontrar um meio para definir qual ordenamento jurídico, tanto processual quanto material, seria o aplicável nos contratos trabalhistas com conexão internacional (SALIBA, 2016).

Em relação a este conflito, Saliba (2016, p.22), no que diz respeito ao direito processual, explica que:

> As discussões até então travadas permeiam o campo do direito material, já que, na seara processual, no que tange à competência para julgamento da lide, há nítida opção pela territorialidade, ao se definir que “a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro”, conforme expresso no *caput* do art. 651, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Ainda no mesmo sentido, o mencionado artigo ratifica tal competência até para os dissídios ocorridos em agência ou filial

> no estrangeiro, quando o empregado for brasileiro e não existir convenção internacional dispondo em sentido contrário, o que é expresso no §2º do art. 651, CLT.

Destarte, se visualiza que o direito processual brasileiro do trabalho será aplicado quando a competência para julgar determinada ação pertencer às varas do trabalho nacionais, conforme as possibilidades constantes no *caput* do artigo 651 da CLT e no §2º deste mesmo artigo.

Logo, independente da relação existente entre o direito material e o direito processual, suas funções para a solução do processo são diferentes, sendo que, o direito processual brasileiro será aplicado, utilizando todas as suas normas, previsões legais e princípios, nas ações que tramitam no Brasil, ainda que a relação de trabalho tenha ocorrido no exterior ou que as partes sejam estrangeiras (SALIBA, 2016).

Ainda, quanto à utilização do direito processual, Saliba (2016, p.22) ressalta que "os requisitos formais, os tipos de ações, os prazos, a competência, os tipos de prova, recursos e limites de decisão são aplicáveis em conformidade com o ordenamento brasileiro, ou seja, pela CLT ou pelo CPC".

Conforme será discutido nos capítulos a seguir, o direito material aplicado poderá ser o direito brasileiro quando se verificar alguma conexão entre o caso concreto e o Brasil, através de uma das regras do DIPr, como a *lex loci executionis*, ou até mesmo, quando o direito nacional for mais favorável que o estrangeiro (uso da teoria do centro de gravidade) (ROSA, 2013).

Em relação à aplicação do direito material estrangeiro, poderá ser utilizada por meio do princípio da territorialidade ou da Lei do Pavilhão, independente se a ação tramitar ou não no Brasil, sendo que nestes casos, as normas estrangeiras não poderão ofender a soberania brasileira, a ordem pública e os bons costumes, conforme o artigo 17 da LINDB (MARTINS, 2013). Enquanto que o direito processual brasileiro será aplicado quando houver conexão entre as ações e o Estado brasileiro, aplicando o princípio da territorialidade ou a teoria do centro de gravidade (SALIBA, 2016).

2.2 O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE E DA *LX LOCI EXECUTIONIS* A PARTIR DA UTILIZAÇÃO DO ARTIGO 651 DA CLT

Nas lides trabalhistas em que se verificam a existência de um conflito de normas no espaço, é comum a aplicação da legislação do local onde foram prestados os serviços, utilizando-se do princípio da territorialidade e da regra de conexão *lex loci executionis* (MARTINS, 2013). Destaca-se que a adoção do princípio da territorialidade e da regra de conexão *Lex loci executionis* é respaldado por institutos nacionais e internacionais, como o Código de Bustamante que inclusive é ratificado e aplicado, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina brasileira, juntamente com a regra de conexão *Lex loci executionis* nos casos de conflito de competência trabalhista (SALIBA, 2016). Este entendimento ficou sedimentado, durante alguns anos, pela antiga Súmula 207 do TST que proclamava *in verbis*:

> CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA LEX LOCI EXECUTIONIS. A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Por fim, considerando o entendimento fixado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil –

CF/88, foi acrescentado a CLT o artigo 651, que estabelece a competência das varas do trabalho como sendo da localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que no estrangeiro, logo, passou-se a utilização concreta do princípio da territorialidade (SALIBA, 2016).

2.2.1 A aplicação do Princípio da Territorialidade e da *lex loci excutionis* com a utilização do artigo 651 da CLT nos contratos marítimos

Durante a vigência do contrato internacional de trabalho marítimo, nos casos em que há conexão internacional, há a possibilidade de o contrato ser regido por mais de um ordenamento jurídico, para que seja solucionado este conflito são utilizadas duas hipóteses (MARTINS, 2013):

> a) a teoria da primazia da lei da bandeira do navio, que vem sendo a regra para estes conflitos;
> b) a regra de conexão *lex loci executionis* utilizada conjuntamente com o princípio da territorialidade.

Quanto à utilização das duas hipóteses nos casos de conflitos internacionais, conforme preconiza o DIPr, disserta Martins (2013, p.450):

> Na gênese do sistema de determinação do direito de regência substantivo dos contratos internacionais de trabalho marítimo, adotam-se, como regra, o princípio da extraterritorialidade e a primazia da lei da bandeira, mas tem-se considerado a intercorrência de regras variáveis decorrentes das circunstâncias fáticas específicas da relação laboral maritimista e têm-se aceitado, por conseguinte, os princípios da *lex loci executionis* (ou *lex laboris*), da *lex fori* e da *lex loci contractus*, além dos princípios *favor laboriis* e *the most significant relationship*, evoluindo a tendência de possível admissibilidade do princípio da autonomia da vontade e da *lex voluntatis*.

Utilizando a perspectiva do DIPr, a regra para a solução destes conflitos de competência com conexão internacional seria pela aplicação da teoria da primazia da lei da bandeira, todavia, no âmbito jurídico brasileiro esta hipótese não vem estando utilizada, sendo aplicado o princípio da territorialidade (MARTINS, 2013). Neste caso, a partir do entendimento brasileiro, é utilizado o princípio da territorialidade para solucionar os conflitos de normas internacionais decorrentes dos contratos dos trabalhadores marítimos, sendo aplicado o artigo 651 da CLT e, antes de seu cancelamento, também era utilizada a súmula 207 do TST (SALIBA, 2016).

Ainda, quanto ao uso do princípio da territorialidade, conforme relata Martins (2013, p.451) será determinada a incidência da *lex loci executionis* nos contratos marítimos vigentes sobre a lei do local onde o serviço contratado for prestado, ou seja, sobre as zonas marítimas dos países em que o navio trafegar ou ancorar. Essa regra de conexão passou a ser aplicada também aos marítimos que mesmo laborando em navio de bandeira estrangeira, porém, prestando serviços em águas de jurisdição brasileira, será competente o ordenamento jurídico brasileiro para julgar essas causas (MARTINS, 2013).

Entretanto, considerando a possibilidade do contrato ser regido por mais de um ordenamento jurídico, surgiu uma terceira corrente para a solução deste conflito, sendo esta aplicada no caso do marítimo contratado no Brasil para exercer sua função no exterior (ROSA, 2013). Esta corrente identifica os elementos de conexão existentes entre o caso concreto e os ordenamentos jurídicos relacionados, possibilitando ao empregado verificar qual norma, brasileira ou estrangeira, torna-se mais favorável ao julgamento de

sua lide. Corroborando este entendimento, Carril Vázquez (1999, p.164-166), disserta sobre estas três possibilidades e a sua aplicação na Europa:

> Como singular coletivo inquestionável nesta base, e em claro paralelismo com a referida Lei da União Europeia, estes acordos gerais de segurança social - incluindo os estipulados pela Espanha e outros parceiros da União Europeia - geralmente têm, sempre em nome dos trabalhadores do mar, o seguinte: 1) em comparação com a regra geral de aplicação da lei do Estado em cujo território (águas territoriais possivelmente) está a trabalhar, a escolha da lei do Estado em que está sinalizado o navio e, portanto, pela lei da bandeira. 2) Quando os trabalhadores são empregados para determinadas operações de carga e descarga, reparação e saída de controlo, etc., que a lei aplicável é a do Estado em cujas águas territoriais do navio está localizado, e não o Estado de pavilhão do mesmo; e 3) quando o marítimo é remunerado por sua atividade por uma empresa ou uma pessoa que tem sua sede ou domicílio no território do Estado do qual ele é residente, que a legislação deste último Estado é aplicada.

Nesta mesma esteira, nos últimos anos vem sendo este o entendimento dos tribunais pátrios, como se verifica na ementa abaixo, colacionado do Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 7ª Região:

> RECURSOS ORDINÁRIOS - 1. RECURSO DAS RECLAMADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DE TRABALHO REALIZADO NO EXTERIOR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL. Contratado o obreiro no Brasil, a relação de trabalho mantida entre as partes deve ser regida pela legislação brasileira, ainda que do labor preponderantemente realizado em alto-mar, em tributo ao princípio da norma mais favorável ao empregado. Trabalhador submetido a processo de seleção, treinamento e contratação em solo brasileiro enquadra-se no campo de incidência da Lei 7.064/82, aplicando-se a legislação brasileira de proteção ao trabalho. Precedentes desta Corte e do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso conhecido e improvido (BRASIL, 2018).

Assim, a conexão com a legislação brasileira pode ser reconhecida pela contratação ou pré-contratação do empregado em território nacional, sendo fator determinante para a não aplicação do princípio da territorialidade e, também, para a aplicação do ordenamento jurídico mais benéfico ao empregado, seja ele nacional ou estrangeiro (ROSA, 2013).

2.2.2 O cancelamento da Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho

No período anterior a CF/88, nas lides envolvendo o contrato do trabalhador marítimo e conflitos de normas trabalhistas, o entendimento era pela competência e aplicação da legislação do local onde foram prestados os serviços pelo empregado, ou seja, a utilização do princípio da *Lex loci executionis* (ROSA, 2013). A constante aplicação deste entendimento resultou na decisão do TST na criação do enunciado 207, o qual foi publicado no Diário Oficial em 11 de julho de 1985.

A CF/88 tem como base uma proteção maior aos direitos humanos, sendo conhecida como “constituição cidadã” (BRASIL, 1988). Devido a isso se iniciou uma evolução nos entendimentos dos tribunais nacionais, inclusive no TST, onde as jurisprudências apontavam para uma busca por maiores direitos e melhor qualidade de vida e de trabalho ao empregado (BRASIL, 2009).

Entre os entendimentos alterados, verificou-se que a aplicação da *Lex loci executionis*, nos conflitos de competência trabalhista, não garantia a proteção completa exigida pelo empregado, corroborando essa ideia, Rosa (2013, p. 136) relata que "a solução da Súmula 207 do TST não resolvia todos os problemas jurídicos existentes por meio da aplicação da *lex loci laboris*".

Por mais que a utilização da Súmula 207 com o acompanhamento do princípio da territorialidade fosse desempenhada de forma satisfatória, havia um efeito negativo ao empregado, que tinha os seus direitos protetivos esquecidos (ROSA, 2013). Motivo pelo qual o TST buscou novos métodos para analisar e julgar os conflitos de normas, dentre estes os que diziam respeito aos trabalhadores marítimos (MARTINS, 2013). Nos últimos anos houve um aumento nos casos relacionados aos conflitos de competência sobre todas as categorias, inclusive sobre os empregados marítimos, motivo pelo qual TRTs passaram a aplicar a Lei 7.064/1982 em detrimento da Súmula 207 e do princípio da territorialidade, devido ao fato da lei ser mais favorável ao trabalhador (ROSA, 2013). Devido às decisões dos TRTs, foram interpostos recursos de revista ao TST, onde objetivando unificar as jurisprudências nacionais foi proferido acórdão, baseado na teoria do centro de gravidade, deferindo a aplicação da Lei 7.064/82 em detrimento da Súmula 207, como se verifica na ementa abaixo:

> RECURSO DE REVISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTERIOR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. ARTIGO 3.º, INCISO II, DA LEI N.º 7.064/82. O Reclamante foi contratado no Brasil para prestar serviços em águas territoriais de Angola, restando incontroverso que a contratante integra grupo econômico do qual a PETROBRAS é a principal empresa. A contratação de trabalhador nestas circunstâncias atrai a incidência da Lei n.º 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. O artigo 3.º, inciso II, do referido diploma legal assegura ao empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, sempre que for demonstrado ser esta mais favorável que a legislação territorial (BRASIL, 2009).

Diante da publicação do acórdão anterior, o princípio da territorialidade passou a ser analisado com base no artigo 671 da CLT e, quando possível, junto ao Código de Direito Internacional Privado, com o Enunciado 207 do TST sendo desaproveitável (MARTINS, 2013). Assim, no entendimento dos tribunais brasileiros, verificou-se a aplicação do princípio da *Lex loci executionis*, como sendo a regra para a análise e julgamento dos conflitos de competência existentes nos contratos dos empregados marítimos, e o advento da teoria do centro de gravidade como uma exceção a regra, como se verifica na ementa atual do TRT da 2ª Região:

> LEI APLICÁVEL. PULLMANTUR. CONTRATAÇÃO NO BRASIL. TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO. A Lei 11.962/09 alterou o artigo 1º da Lei 7.064/82, que regulamenta a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, passando a aplicar de forma indiscriminada o princípio da norma mais favorável a todos os trabalhadores contratados ou pré-contratados no Brasil, ou transferidos ao exterior, e não mais somente aos profissionais de engenharia e afins. Dessa forma, em detrimento do princípio da territorialidade (*lex loci executionis*), passou a vigorar o princípio da norma mais favorável, com observância do conjunto de normas relativas a cada matéria, o que culminou, inclusive, com o cancelamento da Súmula 207 do C. TST (BRASIL, 2018).

Assim, tendo o TST percebido a inaplicabilidade da Súmula 207, ante a constante aplicação da Lei 11.962/2009 e o uso do princípio da territorialidade apenas nos casos anteriores a esta lei, o enunciado foi cancelado por meio da Resolução 181 do TST de 23 de abril de 2012.

2.3 A TEORIA DO CENTRO DE GRAVIDADE OU O PRINCÍPIO DA CONEXÃO MAIS SIGNIFICATIVA (*MOST SIGNIFICANT RELATIONSHIP*)

O princípio da conexão mais significativa foi iniciado nos Estados Unidos em 1971, onde surgiu como alternativa para designar o direito aplicável ao caso concreto (MARTINS, 2013). Sobre este princípio e sobre a teoria do centro de gravidade, Martins (2013, p.458) conceitua que:

> O princípio estabelece que, evidenciado o conflito de normas no espaço, o juiz deverá determinar a lei de regência do contrato internacional em consonância com a "conexão mais significativa" ou a "relação mais significativa" com o caso concreto. Na designação do direito de regência, o princípio da proximidade considera o centro de gravidade ou o centro de interesses (*the center of gravity* ou *the most significant relantionship*) da relação jusprivatista com conexão internacional, delegando ao juiz a faculdade de desconsiderar o sistema clássico de DIPr e determinar o direito de regência, com base na proximidade da conexão ou da relação.

No Brasil, desde os anos 70 é recomendada a utilização destas teorias quando, em uma relação trabalhista, for possível aplicar a norma mais benéfica ao empregado. Em 1982, antes mesmo da CF/88, a ideia de aplicação da norma mais favorável já se fazia presente no artigo 3º, inciso II da Lei 7.064/82, a qual poderia ser aplicada apenas aos trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, enquanto isso, aos demais trabalhadores, incluindo os marítimos, prevalecia a regra da súmula 207 do TST. Entretanto, diante do benefício ser apenas aos trabalhadores do setor de engenharia, em 2009, a Lei 7.064/82 foi editada para que seu artigo 3º, inciso II, fosse estendido, englobando todos os empregados brasileiro (ROSA, 2013).

Com base nos institutos de manutenção da ordem pública, da ocorrência de fraude a legislação e em interpretações extensivas do princípio da territorialidade, iniciou-se uma tendência pelo afastamento das regras clássicas de conexão e a aplicação da legislação brasileira nos processos julgados sob o crivo da jurisdição nacional (MARTINS, 2013). Devido a isso, surgiram decisões paradigmas no TST que deliberavam pela utilização da teoria do centro de gravidade ou do princípio da conexão mais significativa em detrimento da Súmula 207, como se verifica na ementa do acórdão do TST, que trata sobre o empregado marítimo.

> TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL 1. O princípio do centro de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, *most significant relationship*, afirma que as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. É o que se denomina "válvula de escape", dando maior liberdade ao juiz para decidir que o direito aplicável ao caso concreto. 2. Na hipótese, em se tratando de empregada brasileira, pré-contratada no Brasil, para trabalho parcialmente exercido no Brasil, o princípio do centro de gravidade da relação jurídica atrai a aplicação da legislação brasileira (BRASIL, 2009).

Com o cancelamento da Súmula nº 207 do TST, a aplicação da Lei do Pavilhão deve-se dar apenas de forma introdutória, ou seja, antes da análise do caso concreto. Assim, diante da compreensão total dos fatos, é plausível a utilização primária da regra de conexão *lex loci executionis* e do princípio da territorialidade, e consequentemente, de forma subsidiária a Teoria do Centro de Gravidade e a Norma mais favorável, uma vez que tais teorias poderão ser frequentemente utilizadas nos próximos anos (BRASIL, 2019).

Ademais, não há justificativa para a utilização da Lei do Pavilhão quando a embarcação está vinculada comercialmente e juridicamente a determinado país, logo, deverá ser priorizada a lei trabalhista local em face da Lei do Pavilhão. Da mesma forma, quando a embarcação navegar por águas internacionais, de acordo com o caso concreto, poderá a legislação trabalhista, quando mais favorável ao empregado, ser aplicada em detrimento da Lei do Pavilhão. Com a revogação da Súmula nº 207 do TST, houve um favorecendo ao princípio da norma mais favorável, o qual pode ser utilizado para solucionar os conflitos de legislações, tendo como base a Lei. 7.464/1982, ampliada pela Lei 11.962/2009 (BOMFIM; CARELLI, 2016).

Conforme já dito *alhures*, com a utilização da Lei 11.962/09 e com a aplicação da teoria do centro de gravidade e do princípio da conexão mais significativa, o enunciado 207 foi cancelado. Neste sentido, Rosa (2013) relata que o entendimento do TST foi divido em quatro possibilidades, sendo elas:

> a) aplicação da regra *lex loci executionis* para os casos ocorridos antes da promulgação da Lei 11.962/09, para trabalhadores contratado no Brasil para trabalhar no exterior;
> b) aplicação da Lei 7.064/82 para os trabalhadores contratados no Brasil e transferidos, ou contratados diretamente no exterior para o ramo da engenharia;
> c) aplicação do ordenamento jurídico brasileiro ou estrangeiro, sendo utilizado o que for mais favorável ao trabalhador contratado no Brasil, que aqui tenha laborado e após seja removido para país estrangeiro;
> d) nos casos após a promulgação da Lei 11.962/09, aplica-se a Lei 7.064/82 para todos os trabalhadores.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa é fruto da convivência e observação de atividades portuárias e de labores efetuados no exterior. Devido a esta aproximação, surgiu a curiosidade sobre de qual maneira seria regido o contrato de trabalho do empregado marítimo e de qual forma é realizado este trabalho, bem como, de que maneira este impacta na vida destes trabalhadores.

Esta pesquisa possui uma abordagem qualitativa. Para Matias-Pereira (2019, p.89), é uma pesquisa que “parte do entendimento de que existe uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números.”. A referida abordagem possibilita a compreensão de diversos níveis sociais, permitindo um conhecimento amplificado da realidade atual. A pesquisa qualitativa objetiva uma interpretação detalhada de um fenômeno, utilizando como base fatos como a observação, descrição e compreensão do tema (NIELSEN *et al*, 2017). Desta forma, a pesquisa reúne as qualidades indicadas a fim de aprofundar os conhecimentos sobre o objeto a ser investigado.

Ademais, a pesquisa é do tipo bibliográfica, onde o conjunto de conhecimento reunido foi possível por meio da análise de diferentes obras, tendo como objetivo, dirigir o leitor a determinado assunto e interesse coletados durante a pesquisa. (RAMOS, 2008).

Ainda, a pesquisa é documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Ramos (2008, p.179) “considera-se documento qualquer informação sob forma de textos, imagens, sons, pintura e outros, tais como documentos oficiais, leis, atas, relatórios, os documentos oriundos de cartórios etc.”.

Enquanto isso, o método utilizado na presente pesquisa foi o dedutivo, o qual segundo Nielsen *et al* (2017, p.139) “fundamenta-se em conclusões que devem ser verdadeiras caso todas as premissas sejam verdadeiras – evidentemente, se o raciocínio respeitar uma forma lógica válida”. Logo, o texto propõe a utilização de postulados gerais, considerados verdadeiros, para a partir destes deduzir casos específicos.

Por fim, a presente pesquisa foi explicativa, pois pretende demonstrar os fatores que contribuem para as questões pesquisadas. Com isso, aprofunda-se o conhecimento da realidade, uma vez que se busca explicar o “porquê” dos acontecimentos. A pesquisa explicativa utiliza-se do método observacional para atingir os objetivos propostos (MATIAS-PEREIRA, 2019).

4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

As hipóteses da presente pesquisa tratavam sobre o fato do empregado marítimo ter um contrato de trabalho especial, além de que sua contratação poderia ocorrer no exterior e seu contrato ser assinado apenas no Brasil ou vice-versa. Quanto a estas hipóteses, concretizou-se que ambas estavam corretas, uma vez que o marítimo poderá ser contratado em qualquer local, sendo que seu contrato pode ser assinado em terra ou em alto-mar, ainda, o seu labor é regido por um contrato de trabalho especial.

As demais hipóteses formuladas, referente a esta pesquisa tratam sobre a questão normativa do trabalho marítimo e sobre a competência territorial para julgar estas demandas. Inicialmente, e de forma acertada, foi desenvolvida a hipótese de que a legislação predominante para analisar e julgar estas questões iria depender do local da contratação do empregado, podendo ser utilizado o princípio da norma mais favorável.

Entretanto, em relação às últimas duas hipóteses, estas restaram errôneas. Preliminarmente, foram feitas hipóteses que a legislação predominante seria a Lei do Pavilhão, caso utilizado o Código de Direito Internacional Privado e os entendimentos sobre o Direito do Trabalho Marítimo, todavia, tal assertiva apresentou-se incorreta, uma vez que ficou estabelecido nos últimos anos pela inaplicabilidade da Lei do Pavilhão como legislação única e predominante para reger estes conflitos, devido ao caos apresentado pelas Bandeiras de Conveniência, que acabaram denegrindo a imagem das embarcações com bandeiras de países de legislações frágeis.

Por fim, a última hipótese contemplada, tratava que a legislação predominante, para a jurisprudência brasileira, seria a do local da assinatura do contrato de trabalho, entretanto, como restou demonstrado nesta pesquisa, o TST, por meio da maioria de sua turma, entende que deve ser aplicada, preliminarmente, a lei do local da execução do trabalho feito pelo empregado. Acaso, haja possibilidade da aplicação de duas legislações, será utilizada a que seja mais favorável ao empregado, e ainda, caso o labor efetuado pelo marítimo tenha explícita ligação com o Estado brasileiro, poderá ser aplicada a lei brasileira, por meio da teoria do centro de gravidade.

CONCLUSÃO

Diante da globalização mundial e da constante utilização do mar, o trabalho do empregado marítimo passou a ser mais reconhecido e visualizado, haja vista, a importância que a OIT passou a dar a este setor. A partir deste novo foco podem-se esperar melhorias ao marítimo, em especial quanto as suas adversidades e ao método de sua contratação, onde a OIT continua buscando melhorias, por meio de convenções e legislações específicas, como realizou por meio da Convenção n. 186 (MLC).

Ademais, notável mencionar que a *Maritime Labor Convention* de 2006 demonstra um passo a frente em relação a unificação de legislações e normas relacionadas ao trabalho marítimo exercido pelo profissional não-tripulante, uma vez que cria normas específicas, além de respeitar a existência de normas mais favoráveis no ordenamento jurídico do País signatário, todavia, até o presente momento, o Brasil ainda não ratificou tal convenção.

Em relação aos conflitos de competência trabalhista para análise e consequente julgamento das demandas propostas pelos marítimos, a qual seria a principal dificuldade enfrentada por estes trabalhadores, os tribunais brasileiros iniciaram a criação e o debate de entendimentos a fim de definir de que forma devem ser solucionados estes conflitos.

Como demonstrado no teor deste artigo, o entendimento predominante no TST (uma vez que ainda não se tornou unânime ante a contradição de uma das oito turmas) é pela aplicação da teoria do centro de gravidade, especialmente, quando restar evidente a ligação do trabalho com o Estado Brasileiro. Todavia, esta utilidade apenas ocorrerá após uma completa análise do caso concreto, uma vez que de forma incipiente será empregada a Lei do Pavilhão, em atenção ao princípio da *Lex loci executionis*, o qual continua a ser utilizado como uma forma de solução para os diversos conflitos de competência existentes. A partir do cancelamento da Súmula n.207, o TST iniciou uma revolução jurisprudencial sobre o tema, de acordo com a sua jurisprudência atual. Assim, por mais que o entendimento do TST caminha para uma unanimidade, o mesmo não pode ser dito dos demais tribunais e varas trabalhistas ao redor do Estado brasileiro, logo, é crível afirmar que ainda não há, taxativamente, um entendimento predominante sobre qual a solução para o conflito de competência trabalhista analisado sobre o contrato de trabalho do empregado marítimo, mas é importante ressaltar a evolução apresentada nos últimos anos em relação a este tema, tanto em questões normativas, doutrinárias ou jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUER, Paul J. The maritime labour convention: an adequate guarantee of seafarer rights, or an impediment to true reforms?. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, vol.8, n 2, jan. 2008;

BOMFIM, Bianca Neves; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho realizado em navios e a aplicação da legislação material trabalhista. **Revista LTr: legislação do trabalho**, v. 80, n. 6, p. 680-684, jun.2016.

BRASIL. Casa Civil. **Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário.** Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9537.HTM>. Acesso em: 04 dez. 2018

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990;

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Termo de ajuste de conduta nº 308/2016** de 28 de novembro de 2016. Disponível em: <http://http://jobnavio.com.br/wp-content/uploads/termo_de_ajuste_de_conduta_308_2016 .pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 1001939-13.2017.5.02.0069.** Recorrente: Ramses Cristhofer Fernandes Evangelista dos Santos. Recorrido: Pullmantur S/A e outros. Relatora Desembargadora Odette Silveira Moraes. São Paulo, 16 out. 2018. Disponível em: <http://search.trtsp.jus.br/easysearch/ cachedownloader? collection=coleta011&docId=7da48562199e7cb700d56c52fb506bdaec53d06&fieldName= Documento&extension=html> Acesso em: 18 nov. 2018;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Reclamatória Trabalhista. **Recurso Ordinário n. 0000071-44.2017.5.07.0015.** Recorrente: Igor Sampaio Moreira Lima; MSC Cruzeiros do Brasil Ltda; MSC Cruises S.A. Recorrida: Igor Sampaio Moreira Lima; MSC Cruzeiros do Brasil Ltda; MSC Cruises S.A. Relator Desembargador Claudio Soares Pires. Recife, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/integra.aspx?opcao=379823> Acesso em: 18 out. 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 12700-42.2006.5.02.0446.** Recorrente: Costa Cruzeiros Agência Marítima e Turismo Ltda. Recorrido: Natalie Lassalvia Vaz de Lorena. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 06 de maio de 2009. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/con s ultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=ED-RR%20-%2012700-42.2006.5.02.0446&base=acordao%rowid=AAANGhAAFAA Ai7 KAAS &query=> Acesso em: 21 nov. 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 219000-93.2000.5.01.0019.** Recorrente: Braspetro Oil Service Company - Brasoil Recorrido: Amado Rosa. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/ acordao.do? anoProcInt=2005&numProcInt=100739&dtaPublicacaoStr=18/12/2009%2007:00:00&nia= 5022648> Acesso em: 21 nov. 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo em Recurso de Revista n. 11800-08.2016.5.09.0028.** Recorrente: Adevaldo Michell Correia Recorrido: Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda. Ministra Relatora Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 10 de abril de 2019. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao. do? anoProcInt=2018&numProcInt=242368&dtaPublicacaoStr=12/04/2019%2007:00:00&nia= 7327137> Acesso em: 21 nov. 2018;

CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel. **La seguridade social de los trabajadores del mar.** Madrid: Civitas Ediciones S.L, 1999.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**, volume I: teoria geral. Barueri: Manole, 2013.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica.** São Paulo: Atlas, 2019

MENDES, Daniele. Sobrevivendo à marinha mercante. ***Anamatra.*** Brasília, ano XVIII, nº 52, p. 14-22, jan-jul. 2017

NIELSEN, Flávia Angeli Ghisi *et al*. **Guia prático para elaboração de monografias, dissertações e teses em administração.** São Paulo: Saraiva, 2017

PEDROSO, Marcelo Fanfa. KÜMMEL, Marcelo Barroso. A proteção do trabalhador marítimo frente ao uso dos registros de bandeira de conveniência. ***Meritum***. Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p 15-42, jan-jul. 2017.

PINTO, Diego Freitas Leite. **Contratos de trabalho**: conflitos de lei e de jurisdição no que tange aos trabalhadores marítimos brasileiros de navios cruzeiro. 2013. 67 f. Monografia. (Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

RAMOS, Albenides. **Metodologia da pesquisa científica**: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento. São Paulo: Atlas, 2008.

ROSA, Marília Zanchet. A materialização do direito internacional privado brasileiro: o cancelamento da súmula nº 207 do TST. Porto Alegre, ago.2013. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS.** Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/35715/29866. Acesso em: 21 nov. 2018.

SALIBA, Graciane Rafisa. Trabalhadores brasileiros transferidos para o exterior: a aplicação do direito nos contratos de trabalho com conexão internacional. **Revista Científica Fagoc Jurídica**, Ubá, jul-dez 2016. Disponível em: <https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/215/191>. Acesso em: 06 set. 2018.

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 2017, Ijuí, **Anais**. TONIAL, Maria Angélica Dal Conte. BARBOSA, Euclécius. Contrato internacional de trabalho marítimo: a lei mais benéfica no conflito de leis do trabalho no espaço. Ijuí: UNIJUÍ, 2017.

A PROTEÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS ENQUANTO GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Henrico Sansigolo da Silva [1]
Beatriz Regina Branco [2]

Resumo: Este artigo tem como objetivo discorrer sobre a proteção do direito à intimidade e aos dados pessoais enquanto garantias fundamentais no âmbito do comércio eletrônico. Ante os avanços da tecnologia e das inúmeras transações realizadas através do comércio eletrônico e da internet o tema se mostra de singular importância. O principal problema em relação a este assunto diz respeito às violações a direitos fundamentais como o direito à intimidade e o direito à privacidade, decorrentes do uso indevido e sem o consentimento dos dados pessoais das pessoas que utilizam o ambiente virtual e o impacto na vida privada da sociedade em geral. O presente trabalho consiste em conhecer aspectos dos direitos fundamentais, seus conceitos e suas previsões legais, bem como, tecer comentários a respeito de algumas características da lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, número 13.709/2018, principalmente no que diz respeito aos dados pessoais dos consumidores nas relações de consumo e da sociedade em geral, especialmente aqueles que navegam em ambiente *online*. Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, com o método dedutivo. Por fim, os resultados demonstram a expressiva importância da proteção jurídica dos dados pessoais, pois sem a interferência do legislador este direito, que é de suma importância para garantia dos direitos fundamentais inerentes à personalidade do ser humano corre sérios riscos de eventuais violações. Assim, a LGPD surgiu como possível solução para tal problema enfrentado pela sociedade que se utiliza do comércio eletrônico, apresentando-se como meio efetivo e legítimo para atuações preventivas, repressivas e educativas de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

Palavras-chave: Intimidade. Dados pessoais. Comércio eletrônico.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre a respeito dos direitos fundamentais, em especial o direito à intimidade e a privacidade, que podem ser tratados quase que de maneira simultânea, bem como faz uma análise sobre os dados pessoais, destacando alguns desafios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, número 13.709/2018 que entrará em vigor em agosto de 2020.

As relações de consumo no contexto atual atingiram um nível, que na década de 90, ainda não havia tamanha noção do que poderia existir nos próximos anos, como por exemplo, a criação da Internet. O surgimento dessa ferramenta foi sem dúvida um grande avanço para a sociedade, principalmente por permitir ultrapassar os limites territoriais, ao ponto de atingir o mundo todo, conforme dispõe Hissa (2009, p. 11) a respeito do surgimento da internet.

Assim, logo que a internet começou a ser acessada por todos, surgiram os primeiros negócios jurídicos realizados por meio eletrônico, e foi aí que as empresas perceberam que investir em tecnologia seria inevitável para acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico, iniciando-se assim, o comércio eletrônico e as negociações virtuais.

Sem demora, começaram a surgir os problemas decorrentes da insegurança pela ausência de instrumentos para proteção dos dados pessoais dos usuários e

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: henrico.sansigolo@gmail.com.
2. Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Coordenadora do Programa de Extensão do Juizado Especial e Vice Coordenadora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: beabranco@uol.com.br.

consumidores. As empresas começaram a investir em propagandas, publicidades, marketing digital, inclusive com propagandas direcionadas para determinados públicos, com programas para captação dos dados de consumidores, utilizando esses dados para expandir o alcance dos seus produtos e serviços. Isso é um caminho sem volta, uma vez que vem sendo exigido cada vez mais esse tipo de atividade para conseguir vender e continuar lucrando para se manter ativamente no mercado.

Observa-se que, atualmente, os aparelhos celulares, smartphones, e demais aparelhos móveis, permitem que as pessoas realizem diversas atividades, somente com o deslizar dos dedos em suas telas, inclui-se nessas atividades as comunicações, ligações, mensagens, compras, pagamentos, movimentações financeiras, entre outras. Segundo Pinto (2010, p. 02) surge a denominada cidade digital, a qual se constitui com infraestrutura de telecomunicações estabelecida e conectada em rede compartilhada para acesso, permitindo o fluxo de informações através das comunicações virtuais, e-mails, e redes sociais, entre outras formas.

O que se busca com o presente estudo é a demonstração de como esses avanços e o desenvolvimento tecnológico impactou e continua impactando as relações de consumo, e as transações comerciais do dia a dia da sociedade.

Destarte é de fundamental importância mencionar que no ano de 2018 foi aprovada e sancionada pelo Presidente da República a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrará em vigor em agosto de 2020. Como o próprio nome já descreve, essa lei tem por objetivo dentre tantos outros, a proteção dos dados pessoais das pessoas que utilizem o mundo virtual, incluindo-se nesse rol o comércio eletrônico e as redes sociais.

Destaca Ferreira (2018, web) que outros países já implementaram tal proteção, como a União Europeia, que em maio de 2018, publicou o regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR). Como dito anteriormente, no momento o Brasil já sancionou uma lei para proteger os usuários da internet, que foi baseada nesta norma europeia.

A Legislação sancionada vai de encontro com problemas de insegurança, que acabam surgindo, exemplo disso é o fato da sociedade ser invadida por inovadoras tecnologias, como *Uber, Bitcoins, Blockchains*, e drones com inteligência artificial. Outro exemplo são as operações do Google, que coleta dados de milhares de pessoas a todo o momento, através das buscas, perfis e interesses de seus usuários, que com suas diversas aplicações de seus complexos algoritmos, possuem meios para explorar cada vez mais o usuário, enviando-lhes publicidade direcionada, e promovendo a captação de seus dados pessoais.

O direito não pode deixar de evoluir e se adequar constantemente as mudanças no meio social, pois sem proteção, a única coisa que resta é a incerteza e a insegurança.

Diariamente inúmeras pessoas são expostas a momentos burlescos. A sensação de estar sendo observado a todo instante é assustadora, e pode-se observar dita situação, quando somos bombardeados por anúncios sobre produtos ou serviços de pesquisas realizadas momentos atrás na internet. Surgem então alguns questionamentos: quais os limites dessas práticas, e os direitos fundamentais e liberdades constitucionais de todos garantidos na carta magna estão sendo protegidos?

O presente artigo está estruturado em três partes, sendo a primeira parte uma breve exposição a respeito do comércio eletrônico e alguns períodos históricos, em seguida é realizada uma explanação sobre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, por fim, são apresentados aspectos dos dados pessoais e suas proteções jurídicas, com algumas características da LGPD.

1. COMÉRCIO ELETRÔNICO

Antes de adentrar no tema do comércio eletrônico é importante tecer brevemente algumas considerações a respeito da evolução do comércio, que segundo Martins (2018, p. 3) no início da civilização, os grupos sociais procuravam bastar-se a si mesmos, produzindo material de que tinham necessidade ou se utilizando daquilo que poderiam obter facilmente da natureza para a sua sobrevivência, como alimentos, armas rudimentares e utensílios.

Para Teixeira (2015, p. 26) o comércio num primeiro momento era realizado por meio de trocas *in natura* de produtos não industrializados, e que posteriormente com a aquisição de produtos utilizando outros como moedas, especialmente o sal e o gado, mais tarde com o surgimento de moedas metálicas e em papel, sem prejuízo da utilização do crédito para obtenção de produtos para pagamento posterior.

Entende-se que o comércio é a atividade com fim lucrativo pertencente à circulação dos bens. Nota-se que o desenvolvimento do conceito de propriedade individual foi fundamental para o intercâmbio de bens, e que toda a circulação de mercadorias na fase inicial era realizada por meio das trocas. A organização se dava por conta própria, porém, aos poucos foi surgindo a mercadoria intermediária, o dinheiro (metais, ouro, prata, etc.), sendo que do natural negócio de troca foi se formando o comércio de compra e venda. (GOLDSCHMIDT 1913, p.5, *apud* TEIXEIRA, 2015, p 26).

Nesse sentido, descreve Negrão (2017, p. 31) que em um determinado período da história o comércio era itinerante, pois o "comerciante levava mercadorias de uma cidade para outra, através de estradas, em caravanas, sempre em direção a feiras que tornaram famosas as cidades europeias: Florença, Bolonha, Champanhe etc.". Tais feiras começaram a evoluir e se aprimorarem, surgindo então os mercados, que são como as feiras só que em um ambiente coberto e fechado, visando a concentração de mercadorias em um único local.

Observa-se que na idade média teve um período em que a atenção social foi direcionada para o campo, onde as propriedades rurais eram divididas em grandes estruturas políticas caracterizando assim, o Feudalismo. Em busca de uma proteção os artesãos e os comerciantes da época se organizavam em corporações de ofício, as quais exerciam uma função de regulamentar a atividade mercantil, através da consolidação dos costumes, marcando o início do direito comercial e suas normas destinadas exclusivamente para o comércio. (MAMEDE, 2018, p. 01).

Martins (2018, p. 3) em sua obra divide a evolução do comércio conforme os períodos da história, estabelecendo a seguinte ordem: tempos antigos, período romano, idade média, nos mercados e feiras, nas corporações, nos primeiros institutos do direito comercial e nas codificações.

Na história observa-se que o comércio continuou a se desenvolver e a se expandir por todo o mundo no decorrer dos séculos, surgindo então, o comércio eletrônico que inclusive podemos compreendê-lo como uma extensão do comércio convencional, pois se trata de um ambiente virtual em que são realizadas as operações de compra e venda de mercadorias ou serviços, conforme menciona Teixeira (2015, p. 28).

Para Verçosa (2004, p. 135) "o mercado tradicionalmente caracterizado como um lugar físico torna-se uma visão superada pela moderna tecnologia, sendo apenas virtual o lugar das operações realizadas via Internet", ou seja, o autor explica que através da tecnologia muitas operações passaram a ser realizadas através de programas de informática no ambiente digital.

Com o surgimento da internet no final da década de 60, com o projeto *Arphanet* da agência de projetos avançados do Departamento de Defesa norte-americano, que elaborou um sistema de telecomunicações que garantisse a comunicação no meio da guerra, para que não fossem surpreendidos com ataque nuclear russo. (PAESINI, 2014, p. 10).

Depois disso, a internet continuou em uma constante evolução, até chegar nos dias atuais, que conforme destaca Paesini (2014, p. 10), "hoje, a Internet é vista como um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância de lugar e tempo".

Ainda, sobre o surgimento da internet podemos compreendê-la como uma ferramenta poderosa para facilitação da comunicação global entre as pessoas e as instituições, assim, "do ponto de vista econômico, seu potencial é refletido principalmente através do comércio eletrônico, uma aplicação das tecnologias da informação direcionada para apoiar processos produtivos e transações de bens e serviços". (TIGRE, 1999, p. 84).

Desta forma, a internet passou a ser um grande instrumento de utilização para diversas atividades, e com o passar dos anos foi se tornando cada vez mais comum entre as pessoas, alcançando milhões de usuários espalhados pelo mundo.

Explica Albertin (2000, p. 94) que o desenvolvimento da internet e do ambiente digital no meio empresarial se torna uma espécie de infraestrutura de comunicação pública e que inclui:

> A Internet e seus serviços básicos, tais como correio eletrônico e a *World Wide Web*, têm criado um novo espaço para a realização de negócios. Esse novo ambiente tem fornecido para os agentes econômicos, tanto empresas quanto indivíduos, canais alternativos para trocar informações, comunicar-se, transferir diferentes tipos de produtos e serviços e iniciar transações comerciais.

Menciona Diniz (1999 p. 73) a respeito dos negócios realizados por meio da internet que:

> Por tratar de área na qual as transações são mais estruturadas, o potencial da Internet em aplicações que envolvem transações entre empresas é muito grande; mas o lado do comércio eletrônico que mais têm atraído a atenção são as suas possibilidades de colocar empresas em contato com consumidores finais de qualquer lugar, a qualquer hora.

Dessa maneira "para compreender o valor do comércio eletrônico, é preciso compará-lo com as formas de transações comerciais tradicionais e verificar como ele pode transformá-las". (DINIZ, 1999, p. 73). Ou seja, o autor explica que é necessário compreender as possibilidades e limitações do comércio eletrônico para encontrar meios que facilitam e economizam na realização dos seus negócios.

Com isso, vale mencionar o conceito apresentado por Castro (2000, p. 04) a respeito do comércio eletrônico que "seria o conjunto de operações de compra e venda de mercadorias ou prestações de serviços por meio eletrônico ou, em outras palavras, as transações com conteúdo econômico realizadas por intermédio de meios digitais".

Como forma de amenizar alguns aspectos críticos do comércio eletrônico na época do seu surgimento, Diniz (1999, p. 76) ainda menciona que "o desenvolvimento de agentes virtuais inteligentes e outras tecnologias interativas contribuirá para a ampliação do uso do comércio eletrônico, facilitando a interação dinâmica entre computadores".

Destaca-se a definição apresentada por Marques (2004, p. 35) a respeito do comércio eletrônico:

> Trata-se do denominado “comércio eletrônico”, para se contrapor ao comércio tradicional. É o comércio “clássico” de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagens de texto, etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.) Estes negócios jurídicos por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico, e incluírem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens.

Observa-se que atualmente os aparelhos celulares, *smartphones*, e demais aparelhos móveis, permitem que as pessoas realizem diversas atividades, somente com o deslizar dos dedos em suas telas, inclui-se nessas atividades as comunicações, ligações, mensagens, compras, pagamentos, movimentações financeiras, entre outras.

Ainda, na ascensão do comércio eletrônico alertava Marques (2004, p. 282) a respeito dos problemas encontrados nesses tipos de negociações:

> Há problemas inerentes ao comércio eletrônico e problemas presentes em todos os tipos de comércio, mas que se potencializam com a contratação à distância, a insegurança quanto à pessoa do outro contratante, a rapidez da troca de informações e a própria fluidez do meio digital. Assim, em todo o tipo de comércio, dados sobre o consumidor são coletados e ficam de posse do fornecedor e de seu grupo de fornecedores, mas no comércio eletrônico um número maior de dados é coletado até para poder legitimar a entrada no site, as ofertas especiais e mesmo identificar os parceiros contratuais. Em todo o tipo de contratação a distância há o problema da segurança do pagamento para o fornecedor, mas aqui também há para o consumidor, que se desejar pagar à vista terá de informar números de cartões de crédito ou dados sensíveis como suas contas bancárias, senhas e outros, e ainda o fará pelo mesmo meio que contratou, o meio digital, em espaço protegido ou não. Aqui mais uma vez, o meio em que ocorrem os atos negociais potencializam a insegurança.

Assim, é possível compreender que o comércio eletrônico, trouxe inúmeras possibilidades para realização de transações e negociações, contudo, assim como a maioria das coisas que existem, surgem pontos positivos e negativos, um dos negativos é essa insegurança proporcionada pela ausência de instrumentos para proteção dos dados pessoais, e em consequência das violações aos direitos fundamentais à intimidade e privacidade.

2. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

Antes de abordar o direito à intimidade, faz-se necessário tecer alguns breves esclarecimentos a respeito dos direitos fundamentais, especialmente os entendimentos de alguns doutrinadores a respeito das gerações dos direitos fundamentais e de seus respectivos momentos históricos.

Neste sentido, destaca-se uma parte de um julgado (MS 22164/SP) do Supremo Tribunal Federal de relatoria do ministro Celso de Mello, fazendo uma explanação a respeito das gerações de direitos fundamentais:

> Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio

> da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Deste modo, pode-se compreender através desse trecho da decisão proferida pelo Sr. Ministro do STF, assim como em outras doutrinas, como por exemplo Silva (2013, p. 183), menciona que os direitos fundamentais possuem uma historicidade, um período baseado no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas. Os direitos fundamentais do homem se desenvolveram à sombra das concepções jusnaturalistas, que expõe que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis.

Deste modo, pode-se destacar que, além dessas três gerações de direitos fundamentais, o surgimento de uma denominada quarta geração de direitos fundamentais, que segundo Bonavides (*apud* Linhares *et al*; 2016, p. 62) um dos autores que se dedica ao estudo dos direitos fundamentais, o qual se destaca, entre outras coisas, “pela teorização e pela classificação dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo como direitos fundamentais de quarta geração”.

Ainda sobre a quarta geração, segundo Linhares *et al*; 2016, p. 194, ressalta-se que “a emergência da quarta geração se dá como reação à globalização econômica do neoliberalismo, através de uma globalização política, cujos direitos correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

Paulo Bonavides (*apud* Linhares *et al*; 2016 p. 198) menciona também a existência de uma nova geração de direitos fundamentais, à quinta geração desses direitos, segundo o qual, menciona que os povos do mundo inteiro possuem o direito sagrado à paz e sua implementação e preservação constituem obrigações fundamentais do Estado, desenvolvendo-se mediante a positivação nas constituições, exemplo disso ocorre com o artigo 4º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, é possível que exista uma sexta geração de direitos fundamentais, que segundo Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva (*apud* Rothenburg, 2014, p. 67), os quais na obra intitulada Acesso à Água Potável Direito Fundamental de Sexta Dimensão, menciona que “o acesso à água potável é um direito fundamental. Nessa condição, ele necessita receber expressa proteção jurídica”.

Desta forma, destaca-se que a constituição passa a ser observada e analisada de outra forma, pois os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da carta máxima passam a condicionar a validade de todo o sistema jurídico. Nesse sentido, salienta-se o que descreve Barroso (2018, p. 537), que “a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse”.

Ademais, enfatiza-se o que menciona Barroso (2018, p.536) a respeito da interpretação do sistema jurídico:

> À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete

> deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Então, feita essa breve explanação a respeito dos direitos fundamentais, passa-se a analisar o direito à intimidade, que segundo Silva (2005, p. 206) quase sempre é considerado como sinônimo de privacidade. Assim, a violação da privacidade, em algumas hipóteses, já constitui ilícito penal, além disso, a Constituição Federal de 1988, foi explícita em assegurar, ao lesado, no artigo 5º, inciso X, o direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, em suma, do direito à privacidade.

A respeito da distinção entre privacidade e intimidade frisa-se o que descreve Rothenburg (2014, p. 152):

> Privacidade (vida privada) e intimidade podem ser distinguidas em função do âmbito de abrangência e da intensidade. Assim, a privacidade corresponderia a uma esfera mais ampla (trabalho, família...), enquanto a intimidade, a uma esfera mais restrita. Fundamentalmente, porém, o direito é o mesmo, e o sujeito é que estabelece em que medida exerce seu direito: pode ser de um grupo (como uma associação ou a família) em relação à comunidade, ou de um indivíduo em relação ao grupo, por exemplo. Como afirma WILL KYMLICKA, "a intimidade precisa de defesa fora da família, e a solidão precisa ser defendida dentro da família".

Nota-se que o direito à intimidade possui certa interligação com o direito à vida privada, podendo ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, e no âmbito de incidência do segundo. Ou seja, *intimidade* está relacionada às relações subjetivas e na esfera íntima da pessoa, como por exemplo, suas relações familiares e de amizade, enquanto *vida privada* envolve outros relacionamentos humanos, incluindo os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc. (MORAES, 2017, p. 55).

Desta feita, Rodotà (2008, p. 92, *apud* Mulholland, 2012, p. 2), menciona que "a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações", e que a vida privada seria caracterizada por "aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo".

Nesse sentido, cumpre mencionar um conceito apresentado por Pinho (2018, p. 139) de que "intimidade é a qualidade do que é íntimo. Advém do latim *intimus*, significando o que é interior a cada ser humano. É o direito de estar só, de não ser perturbado em sua vida particular".

A Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, inciso X, estabelece a seguinte proteção "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", assim destaca-se o que diz Marmelstein (2018, p. 140) a respeito da intimidade e dos dados pessoais:

> O princípio geral da intimidade e da privacidade (art. 5o, inc. X) protege o indivíduo contra a devassa indevida de seus dados pessoais. Dados pessoais são documentos que contêm informações sobre a vida privada de determinado indivíduo, como movimentações bancárias (sigilo bancário), declarações de imposto de renda (sigilo fiscal), registros de ligações telefônicas (sigilo telefônico), entre outras informações de caráter pessoal. Em princípio, o poder público não

> pode ter acesso a esses dados pessoais sem o consentimento do indivíduo, que tem a prerrogativa de decidir sobre a sua exibição e uso.

Ainda, sobre a proteção do direito à privacidade, nota-se que o Marco Civil da Internet a lei 12.965/2014 estabelece alguns princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil, e no artigo 3, inciso II, do referido diploma legal, está previsto expressamente a proteção à privacidade como um desses princípios.

Marmelstein (2018, p. 140) ressalta ainda que "é preciso enfatizar que o sigilo de dados não se confunde com o sigilo das comunicações. Os dados são informações estáticas e, em regra, unipessoais; as comunicações, dinâmicas e pluripessoais", ou seja, enquanto a proteção dos dados está disciplinada no inciso X, o sigilo das comunicações está garantido pelo inciso XII, ambos incisos do artigo 5º, da CF/88.

Portanto, no atual momento em que a internet se tornou um dos principais meios de comunicação, troca de informações e um ambiente onde se realiza inúmeras transações de todas as formas inimagináveis chama atenção o que enfatiza Pinho (2018, p. 139) que "em razão dos avanços tecnológicos, com a possibilidade crescente de intromissão na vida íntima das pessoas, é indispensável assegurar-se, entre os direitos individuais, o respeito à privacidade de cada ser humano".

3. DADOS PESSOAIS

A sociedade sempre está em constante evolução, principalmente em relação aos avanços tecnológicos que ao longo dos anos, mostraram-se de grande importância para os indivíduos, realizando-se uma constante procura por informações e conhecimentos de todos os tipos e gêneros.

Chega-se ao modelo atual de sociedade, a denominada sociedade de informação que busca compreender a função da informação e seus efeitos no mundo. Nesse sentido o direito mostra-se fundamental para reconhecer o papel da informação na sociedade, como discorre Mendes (2014, p. 19) a respeito da informação e sua relação com meio jurídico:

> A informação como objeto de regulação é tema que há muito ocupa as disciplinas jurídicas: seja no direito constitucional, com a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa ou as garantias de sigilo constitucionais; seja no direito penal, com a proteção contra a divulgação de informações difamatórias ou injuriosas, ou no direito comercial, com a garantia de sigilo empresarial. Tão diversas quanto antigas são as formas do Direito de tentar regular esse complexo fenômeno, por reconhecer os efeitos da circulação (ou da não circulação) de informações na vida dos indivíduos e na sociedade.

Com os avanços das tecnologias de informação e comunicação, surge um desafio para regulação desse fenômeno. Os sistemas informáticos, a conectividade em rede e a digitalização, são alguns dos responsáveis por pessoas estarem em todos os lugares concomitantemente, seja por meio dos *smartphones, web* 2.0*,* internet das coisas e eletrônicos, algumas das expressões que representam esse fenômeno.

Ao se ampliar a possibilidade e a capacidade de interação dos indivíduos, os meios de comunicações e informações, ao mesmo tempo e espaço, aumentam os riscos a que essas pessoas estão submetidas. Salienta Mendes (2014, p. 20) que:

> Com a ampliação das formas de comunicação pessoal e pública, de mobilização social, de representação da personalidade e de circulação de conhecimento,

> ampliaram-se também as formas de controle social, de exposição indesejada, de discriminação e de restrição à liberdade individual.

Nesse sentido, mostra-se importante a discussão a respeito do direito à privacidade e do sigilo de informações pessoais referente aos riscos à personalidade de milhares de indivíduos cujos dados são coletados, processados e manipulados diariamente por diversas instituições estatais e privadas, frisa-se a observação de Mendes (2014, p. 22) a respeito da importância desse tema e da necessidade de debatê-lo:

> Nos mais diversos papéis sociais, como contribuinte, paciente, trabalhador, beneficiário de programas sociais ou como consumidor, o cidadão tem seus dados processados diuturnamente. A vigilância deixa de ser esporádica e torna-se cotidiana. A utilização massiva de dados pessoais por organismos estatais e privados a partir de avançadas tecnologias da informação apresenta novos desafios ao direito à privacidade. A combinação de diversas técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos e a construção de verdadeiros perfis virtuais, que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais.

Para o consumidor, essa situação é ainda mais rotineira, por se tratar muitas vezes, de pessoas que não estão adeptas as novas tecnologias utilizadas nos sites e nas plataformas dos aplicativos em geral, fazendo com que estejam ainda mais vulneráveis em relação aos seus dados e informações. Mendes (2014, p. 22) ressalta o cenário dos consumidores no comércio eletrônico:

> Interessa-nos analisar os efeitos da inovadora tecnologia da informação sobre a privacidade dos indivíduos no que se refere especificamente às relações de consumo. São inúmeras as situações em que o consumidor pode ter a sua privacidade violada na sociedade atual. Para se atingir a personalização da produção e do marketing e a diminuição dos riscos dos negócios, o setor privado armazena e processa grande quantidade de informação quase cotidiana dos consumidores e de seus hábitos de consumo, ampliando os riscos à violação da personalidade do consumidor.

Desta forma, junto com essas evoluções, começa a surgir a necessidade da criação de normas para proteção dos dados e de regulação dessas situações e circunstâncias a que os indivíduos estão submetidos, conforme aponta Mendes (2014, p. 32) a respeito do tratamento dos dados pessoais:

> Por diversas razões, tais como a ampliação da complexidade do sistema industrial, a burocratização dos setores público e privado e a transformação das ciências sociais, o certo é que nos tornamos a sociedade que mais gerou dados pessoais na história da humanidade, o que pode ser demonstrado pelas dezenas de bancos de dados nos mais variados setores: registros de nascimento e casamento, registros escolares, dados do censo, registros militares, dados de passaporte, registros de empregados e de servidores públicos, registros do serviço de saúde, registros da defesa civil, registros de seguros, registros financeiros, registros de dados telefônicos, entre outros.

Desenvolvem-se com o tempo diversas formas e combinações automatizadas para o registro, coleta, processamento, cruzamento, organização e transmissão de dados, como jamais imaginado anteriormente, oportunizando a captação de informações valiosas sobre as pessoas e contribuindo para decisões políticas, econômicas e sociais. Marques

(2004, p. 37) ressalta questões sobre o relacionamento do consumidor no comércio eletrônico:

> Esta rede global formada por vários computadores e usuários conectados ao mesmo tempo (*inter-Networking* = Internet), elemento chave da chamada sociedade de informação, é que serve de plataforma múltipla para o novo comércio eletrônico. Por estes meios eletrônicos e de comunicação massificados são realizados contratos e vários outros negócios jurídicos unilaterais, que se consubstanciam nas várias atividades prévias (envio de *e-mails,* publicidade, organização de *sites* e *links* etc.) e posteriores à contratação (*home-banking,* atualizações, envio de informações etc.) executadas também através de meio eletrônico.

A respeito da origem da terminologia dados, destaca-se o que menciona Acioli (2012, p. 133) "o qual se refere às informações, pessoais ou não, desmaterializadas e em formato digital, passando a ser muito utilizado como sinônimo de informações", ou seja, nunca se mencionou o termo dados tantas vezes como é mencionado nos dias atuais.

Destaca Santos (2011, p. 163) que "a sociedade se alarma de forma generalizada ante a captação descontrolada de dados pessoais, diante de fenômenos como a publicidade do comportamento ou o uso da tecnologia com fins sociais ou políticos". Nota-se que muitas pessoas ainda não possuem a consciência do risco que corre ao navegar no ambiente digital, por sites, plataformas e aplicativos, deixando suas informações e seus dados expostos de qualquer maneira, ou muitas das vezes concedendo autorizações e aceitações às políticas de privacidade de sites e aplicativos sem ao menos ler as informações lá escritas. Assim, esclarece Santos (2011, p. 164):

> É certo também que não faltam aqueles que se resignam a que seus dados circulem sem controle por bases de dados de titular ou destino questionáveis, mas não cabe dúvida de que o dado pessoal é socialmente considerado como um elemento pessoal que afeta nossa vida e que é suscetível de respeito, associando-se ao segredo de correspondência ou das comunicações.

Nesse cenário, na busca por uma proteção da vida privada, surge a necessidade de se criar legislações que possam trazer algum tipo de segurança ou garantia para as pessoas, e isso foi realizado pelas sociedades e nos Estados, que criaram suas normas para tratamento de dados pessoais, que juntamente com a sociedade precisam evoluir para mostrar-se adequadas e para que tenham efetividade e atinjam sua finalidade. Nesse contexto, adverte Mendes (2014, p. 44):

> Como se pôde perceber a partir dessa análise evolutiva das normas de proteção de dados, tal disciplina passou por uma transformação dinâmica e significativa no período das últimas quatro décadas, especialmente em razão das modificações tecnológicas. Ademais, percebe-se que a evolução das gerações de normas de proteção de dados pessoais reflete a tentativa de se buscar, cada vez mais, um modelo que garanta efetivamente a autodeterminação do indivíduo, não obstante as diversas dificuldades encontradas para tanto. Por fim, é notável como, ao longo do desenvolvimento do regime de proteção de dados pessoais, fortaleceu-se o conceito da tutela da personalidade do cidadão, tanto na sua vertente da proteção da autodeterminação como na vertente de proteção dos dados sensíveis.

No Brasil, o reflexo da necessária e incansável busca pela garantia dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, teve como resultado a criação de várias legislações e inúmeros projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, um desses

projetos resultou na criação do denominado Marco Civil da Internet, lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Nesse sentido, esclarece Jesus (2014, p. 14) a respeito da função do marco civil da internet que:

> Uma das funções do Marco Civil Brasileiro é gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se deparar com questões envolvendo internet e tecnologia da informação, evitando-se decisões contraditórias sobre temas idênticos, o que era muito comum.

Ainda, sobre a proteção de dados, cumpre mencionar que o Marco Civil da Internet a lei 12.965/2014 estabelece alguns princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil, e no artigo 3, inciso III, do referido diploma legal, está previsto expressamente a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, como um desses princípios basilares.

Os usuários da internet vêm acompanhando o surgimento de diversos escândalos envolvendo vazamentos e usos indevidos de dados pessoais. Uma das consequências foi à pauta do direito à privacidade e intimidade surgir em alta na mídia como nunca visto antes.

Ficou cada vez mais evidente a necessidade de regular e proteger os dados e, com isso, surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados, o qual é outro projeto de lei que foi aprovado pelo Congresso Nacional que resultou na criação da lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, que entrará em vigor em agosto de 2020. Essa lei foi baseada no modelo criado pela União Europeia, que em maio de 2018.

A lei 13.709/18 dispõe em seu artigo 1º a seguinte redação:

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

Desta forma, a LGPD traz em seus artigos, inúmeros dispositivos para proteção dos dados pessoais e de garantia dos direitos fundamentais, inclusive hipóteses expressas em que o tratamento dos referidos dados poderão ser realizados, como por exemplo, o disposto no artigo 7º e incisos, da referida lei.

> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de

> terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Um dos grandes desafios da LGPD é tentar estabelecer uma cultura para proteção de dados, tendo em vista que a lei não muda comportamentos, porém, a partir do momento em que a lei entrar em vigor, e colocar suas obrigações assim que ocorrer as violações, e dessas obrigações impor um tipo de penalidade, a lei de certa forma estará de maneira forçada impondo a mudança de comportamento.

Santos (2011, p. 168) descreve que "há de se ter em conta que a normativa de proteção de dados tem um caráter transversal que afeta diferentes disciplinas jurídicas, mas que pode e deve complementar-se com a normativa especial aplicável a cada caso concreto".

Assim, destaca Pinto (2010, p. 03) que "Necessitamos também nesse ambiente de regras próprias que visem garantir nossos direitos fundamentais. [...] Esta está mudando rapidamente a partir das novas dimensões do espaço-tempo no fluxo contínuo do processo democrático", ou seja, atualmente, a comunidade virtual interage participando de uma nova relação de poder e visibilidade com consequências que devem ser analisadas nas relações sociais e jurídicas.

Cumpre mencionar que existe em tramitação na Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC - número 17/2019), que visa acrescentar o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Em relação a definição de dado pessoal, a LGPD em seu artigo 5º, inciso I, considera que dado pessoal é toda "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável". Além disso, o referido diploma legal, destaca o que é considerado dado pessoal sensível, conforme a redação do inciso II do artigo 5º:

> 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.

Deste modo, a disciplina das atividades de tratamento de dados pessoais deve ser realizada nos termos do artigo 6º da lei 13.709/18, observando a boa-fé e os princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Outra inovação encontrada na LGPD é a definição de alguns requisitos para que seja possível a realização do tratamento de dados pessoais, dos quais, destaca-se o principal deles, que é mediante do fornecimento de consentimento pelo titular, previsto no inciso I, do art. 7º da referida lei, ou seja, nota-se que agora para realização do tratamento dos dados pessoais, é necessário a obtenção do consentimento por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, sendo vedado o tratamento de dados mediante vício de consentimento, conforme artigo 8º e parágrafos do diploma legal.

Importante destacar o que estabelece o artigo 17 da LGPD, que abre o tópico dos direitos do titular, prevendo que "toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei". Assim, verifica-se que a proteção dos direitos fundamentais são reafirmados pelo legislador.

O artigo 18 da lei 13.709/18 também prevê que “o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição”, garantindo ao titular a obtenção das seguintes informações: a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados, a correção de dados incompletos, inexato ou desatualizados, anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei, entre outras hipóteses previstas no rol dos incisos do referido artigo.

Além disso, a lei também define como controlador toda “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” conforme o inciso VI do artigo 5º, igualmente define operador como “toda pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” nos termos do inciso VII do referido artigo. Assim, são definidos como agentes de tratamento conforme dispõe o inciso IX do artigo 5º o controlador e o operador.

Desta forma, nota-se que a LGPD também se preocupou com a segurança e com estipulação de boas práticas, inclusive com a formulação de regras, para implementação pelos agentes de tratamento, conforme se extrai do artigo 46 da referida lei;

> Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) foi criada pela lei 13.853/2019, como órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, composta por um Conselho Diretor, um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, corregedoria, ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio, e por unidades administrativas e especializadas necessárias à aplicação do disposto na LGPD.

As competências da ANPD estão previstas no artigo 55-J da LGPD, sendo um rol extenso de competências previstas nos incisos, das quais, destaca-se a prevista no inciso I, do referido artigo, qual seja, “zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação”.

A respeito das sanções administrativas previstas no artigo 52 da lei 13.709/18, as quais são aplicadas aos agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta lei, ficam sujeitos às sanções que podem variar de uma simples advertência até uma multa limitada, no total, a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), entre outras.

Ainda, em relação à competência para aplicação das sanções e da interpretação do tema proteção de dados, previstos na LGPD, estabelece o parágrafo único do artigo 55-K que:

> A ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.

Portanto, é possível verificar que essa nova legislação, reflete algumas percepções da sociedade a respeito das liberdades individuais, aumenta a proteção do cidadão e confere aos dados pessoais a relevância econômica que estes efetivamente possuem no

mundo atual, facilitando os diálogos nas negociações sobre o desenvolvimento e a compra e venda de tecnologia para a utilização desses dados.

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa foi realizada com o objetivo de demonstrar a importância do direito à intimidade, em relação à natureza dos fenômenos sociais, consistindo na demonstração da relevância do direito a proteção dos dados pessoais no atual momento da sociedade, despertando assim, a necessidade de um aprofundamento teórico.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Sordi (2013, p.100), aduz que “a pesquisa qualitativa emprega técnicas interpretativas para análise e compreensão de fenômenos, de natureza subjetiva”. Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam a sociedade de modo geral e não sujeitos em particular. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade e dos fenômenos sociais. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, onde são analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. O diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto bem como elaborar os argumentos que a sustenta, utilizado para tanto técnicas de pesquisa (SORDI, 2013, p. 109).

Em relação ao método de pesquisa, foi adotado o método dedutivo uma vez que segundo Nascimento (2012, p. 14):

> O método dedutivo é mais indicado para a investigação em situações sujeitas a um número significativo de aspectos ou fatores qualitativos que se apresentam em forma de rede ou teia de informações, de tal maneira que se torna complexo identificar e selecionar os principais dados e informações sobre os aspectos que se pretende observar, classificar e interpretar.

Desta forma, verifica-se que a pesquisa é descritiva, haja vista que o texto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar os argumentos mais densos e plausíveis possíveis.

5. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Com o comércio eletrônico, é possível perceber que existe a possibilidade de ocorrer violações a direitos fundamentais, especialmente aos direitos à intimidade e à privacidade, bem como, aos dados pessoais das pessoas e usuários desse ambiente.

A importância e a necessidade da proteção de dados pessoais, bem como, a relevância dos direitos à privacidade e à intimidade no atual momento da sociedade, com os novos fenômenos sociais surgindo a todo o momento, inclusive no que tange ao comércio eletrônico e o ambiente virtual, começam a surgir questionamentos e a sensação de insegurança.

Nesse sentido, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais justamente para assegurar a proteção e garantia desses direitos fundamentais inerentes à personalidade

das pessoas, com a implementação de regras para o tratamento desses dados, inclusive nos meios digitais.

A referida lei estabelece uma série de inovações, regras e hipóteses que devem ser seguidas pelas pessoas que realizam o tratamento dos dados pessoais, exemplo disso é o que estabelece o artigo 7º, inciso I, que o tratamento de dados pessoais só poderá ser realizado mediante o fornecimento do consentimento pelo titular, ou seja, são disciplinadas as hipóteses em que será possível o tratamento dos dados pessoais.

Assim, percebe-se que a LGPD surgiu em um momento propício, haja vista que até o momento não existia no país uma legislação específica sobre a proteção de dados pessoais, e que agora existe, suprindo assim, a carência legislativa sobre o tema, bastando apenas aguardar o período de vacância da lei, que entrará em vigor em agosto de 2020.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou o estudo sobre o comércio e sua evolução em diferentes períodos da história, chegando assim, ao surgimento e desenvolvimento do comércio eletrônico, igualmente com a criação da internet e dos avanços tecnológicos, marcando assim, o início de uma era de transações e negociações no ambiente virtual, sem limitações físicas e geográficas.

O comércio eletrônico, juntamente com a internet, são ferramentas extremamente poderosas, pois são utilizados como instrumentos para realização de diversas atividades, sem limitações geográficas e temporais, podendo ser acessadas informações no mundo inteiro.

Diante de tamanho poder concentrado, principalmente no comércio eletrônico, onde o fluxo de informações que são trocadas entre consumidores e instituições é muito elevado, percebe-se a existência de possíveis e eventuais violações de direitos fundamentais dos usuários, principalmente os direitos à intimidade, à privacidade e a proteção dos dados pessoais.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar aspectos dos direitos fundamentais, com uma breve exposição do período histórico das gerações dos direitos fundamentais, apontando assim, características do direito à intimidade e à privacidade e suas importâncias enquanto garantias constitucionais.

Ainda, com a realização da análise e exposição do tópico denominado dados pessoais, notou-se que a proteção dos dados pessoais é de suma importância e que ultimamente vem sendo objeto de discussão na sociedade, o que por sua vez, ocasionou inclusive, a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que entrará em vigor em agosto de 2020.

A LGPD apresenta inúmeras inovações no que diz respeito à proteção e tratamento de dados pessoais, definindo conceitos, criando regras e princípios que devem ser seguidos e aplicados pelos titulares e pessoas que efetuam o tratamento desses dados, inclusive com a criação de uma Autoridade Nacional para Proteção de Dados para disciplinar sanções e obrigações para violações e descumprimentos dos preceitos estabelecidos na referida lei.

Desta forma, foi possível verificar que essa nova legislação, reflete algumas percepções da sociedade a respeito das liberdades individuais, aumenta a proteção do cidadão e confere aos dados pessoais a relevância econômica que estes efetivamente possuem no mundo atual, facilitando os diálogos nas negociações sobre o desenvolvimento e a compra e venda de tecnologia para a utilização desses dados.

Diante do exposto, o referido tema tem ganhado bastante repercussão nos últimos anos, surgindo diversos problemas e questionamentos devido à ausência de uma legislação específica para proteção dos dados pessoais e consequentemente aos direitos fundamentais de intimidade e privacidade, que agora foi suprida com a criação da LGPD, o que indica que produzirá efetividade, como um de seus desafios que é a criação de uma cultura para proteção de dados pessoais.

Assim, a referida legislação surgiu como possível solução para tal problema enfrentado pela sociedade que se utiliza do comércio eletrônico, apresentando-se como meio efetivo e legítimo para atuações preventivas, repressivas e educativas de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

De toda sorte, não foi possível esgotar o presente tema, podendo ser alvo de novas pesquisas científicas com os acréscimos legislativos e jurisprudenciais, que se alterarão ao decorrer do tempo, frente às modificações e criações tecnológicas, bem como, com a análise a respeito da proteção dos dados pessoais após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil**. Direito & Justiça v. 38, n. 2, p. 132-140, jul./dez. 2012. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/12540-46886-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em 13/09/2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> acesso em 25/10/2019.

CASTRO, Aldemário Araújo. **Os Meios Eletrônicos e a Tributação.** Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=90511&printpage=_> acesso 02/09/2019.

DINIZ, Eduardo Henrique. **Comércio Eletrônico: Fazendo Negócios por meio da Internet**. RAC, v. 3, n. 1, Jan./Abr. 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rac/v3n1/v3n1a05> acesso em 30 de agosto de 2019, às 20h34min.

DE SORDI, José Osvaldo. **Elaboração de pesquisa científica** : seleção, leitura e redação / José Osvaldo De Sordi. - 1. ed. - São Paulo : Saraiva, 2013.

FERREIRA. Ricardo Barreto; Paulo Brancher; Camila Talibert; Vitor koketu da Cunha. **Entra em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI281042,81042-Entra+em+vigor+o+Regulamento+Geral+de+Protecao+de+Dados+da+Uniao> acesso em 18/09/2019.

HISSA. Carmina Bezerra. **Comércio Eletrônico à Luz do Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/491/ELEICAO%20DO%20FORO%20E%20A%20COMPETENCIA%20NAS%20QUESTOES%20CONSUMERISTAS.htm> acesso em 18/09/2019.

JESUS, Damásio de, **Marco Civil da Internet** : comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 / Damásio de Jesus, José Antonio Milagre. – São Paulo : Saraiva, 2014.

LINHARES, Emanuel Andrade; Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto... [*et al*.]. **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides /organização ; São Paulo : Atlas, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial** / Gladston Mamede. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** / George Marmelstein. - 7. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** : (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico) / Cláudia Lima Marques. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial** / Atual. Carlos Henrique Abrão. – 41. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor** : linhas gerais de um novo direito fundamental / Laura Schertel Mendes. – São Paulo : Saraiva, 2014. – (Série IDP : linha pesquisa acadêmica).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MULHOLLAND, Caitlin. **O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade** – Comentário ao REsp 1.195.995. Civilistica.c0m. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>. Data de acesso 05/09/2019.

NASCIMENTO, Luiz Paulo do. **Elaboração de projetos de pesquisa** : monografia, dissertação, tese e estudo de caso, com base em metodologia científica / Luiz Paulo do Nascimento. - São Paulo : Cengage Learning, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**, v. 1 : teoria geral da empresa e direito societário / Ricardo Negrão. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet : **liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil** / Liliana Minardi Paesani. – 7. ed. – São Paulo : Atlas, 2014.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Direito constitucional : teoria geral da constituição e direitos fundamentais** / Rodrigo César Rebello Pinho. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. – (Coleção sinopses jurídicas ; v. 17).

PINTO. Augusto Eduardo Miranda. **A Formação da Cidade Digital e o Direito a Privacidade Informática**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3259.pdf> acesso em 18/09/2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais** / Walter Claudius Rothenburg; coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SANTOS. Manoel J. Pereira dos. **Direito de autor e direitos fundamentais** / coordenador Manoel J. Pereira dos Santos. – São Paulo : Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Disponível em <https://www.academia.edu/13592682/Curso_de_Direito_Constitucional_Positivo> acesso em 10/09/2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/37058652/Curso_de_Direito_Constitucional_Positivo_-_Jose_Afonso_da_Silva> acesso em 12/09/2019.

STF. Mandado de Segurança : **MS 22164**, Relator (a) : Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691> acesso em 10/09/2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico** : conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil / Tarcisio Teixeira. – São Paulo : Saraiva, 2015.

TIGRE, Paulo Bastos (Cap. 03, p. 84). **Informação e globalização na era do conhecimento** / Helena M. M. Lastres, Sarita Albagli (organizadoras). — Rio de Janeiro: Campus, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1. p. 135.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO POR VÍCIOS NA ELABORAÇÃO DA ATA NOTARIAL UTILIZADA COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL

Iber Lunardi [1]
Anna Lethicia dos Santos[2]

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo de responsabilidade civil do notário frente a utilização da ata notarial como meio de prova na esfera judicial. O tema se torna relevante à medida em que o referido documento público vem ganhando espaço nas demandas judiciais e o notário, dotado de fé pública e investido de poderes, atua na confecção deste meio de prova. O objetivo é estudar as serventias extrajudiciais e os meios de provas lavrados pelos notários e utilizados na esfera judicial, com o intuito de constatar sobre quem recairá a responsabilidade diante de falhas do notário. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa do artigo é contribuir para o esclarecimento do valor de uma prova processual dotada de fé pública e seu impacto no processo, ainda visando responsabilização por erros ou fraudes na elaboração de documento probatório. Demonstra-se a partir dos resultados obtidos que a ata notarial se constitui em prova reconhecida no meio processual, dotada de fé pública, e que eventuais atos ilícitos cometidos pelo notário na elaboração da ata notarial são passíveis de responsabilização em caráter objetivo pelo Estado, e subjetivo pelo notário.

Palavras-chave: Ata Notarial. Responsabilidade Civil. Notário.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de pesquisa a responsabilidade civil do notário por vícios na elaboração da ata notarial utilizada como prova em processo judicial. Tem seu conteúdo voltado ao estudo dos meios de provas utilizados na esfera judicial, em especial a ata notarial, produzida unicamente pelos auxiliares das serventias extrajudiciais, conhecidas também como tabelionato de notas ou cartório de notas, e a respectiva responsabilidade de quem os produz.

A ata notarial é o documento pelo qual o notário, por meio de seus sentidos, atesta determinado fato que lhe foi solicitado, atribuindo-lhe fé pública. Posto que o referido instrumento público é resultado da constatação, pela figura do notário, da fiel existência de fatos, coisas, pessoas ou situações, o estudo será dirigido à eventual caracterização da responsabilidade civil do notário em relação à produção das atas lavradas nas serventias extrajudiciais.

É de se destacar que o notário não deve agir com parcialidade, muito menos fazer juízo de valor em relação à situação ou fato que lhe é confiado, haja vista que a ata notarial não resulta de manifestação de vontade, mas tão-somente da constatação de um fato. Isto não significa, no entanto, que o notário não possa eventualmente agir com culpa causando prejuízos a terceiros.

Considerando que o documento lavrado pelo notário é dotado de fé pública, possui valoração diferenciada como meio de prova. Isso porque o Código de Processo Civil vigente disciplina a utilização desse meio de prova em capítulo próprio e faz com que esse documento público seja, por vezes, a prova que conduz o juiz à solução da lide.

Assim, sendo o documento lavrado por agente público nas atribuições do Poder Público, e estando suscetível a possíveis vícios na confecção da ata notarial, o notário pode ser chamado à responsabilização.

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: iberlunardi@gmail.com.
2. Professora do curso de Direito Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: lethicia.anna@gmail.com.

Cabe destacar que a imputação de responsabilidade civil ao notário pelos atos praticados no exercício da atividade existe há tempos. Todavia, houve recente manifestação do Supremo Tribunal Federal firmando a tese do tema 777, o qual definiu o Estado como detentor da responsabilidade civil objetiva e primária pela reparação por vícios decorrentes dos atos praticados pelo notário, cabendo a este a responsabilidade subjetiva, quando comprovado o dolo ou culpa por parte do agente na realização do ato ilícito.

Em sentido específico, os objetivos do presente trabalho serão apresentados por meio de um estudo histórico e conceitual do direito notarial, da figura do notário, da fé pública e da ata notarial. Num segundo momento, será abordada a evolução da responsabilidade civil bem como as teorias de responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Por fim, será abordada a ata notarial como meio de prova, a sua valoração, consequência na parcialidade na sua produção e possível e eventual responsabilidade civil do notário.

1. DO DIREITO NOTARIAL

1.1 DA INTRODUÇÃO AO DIREITO NOTARIAL

O direito brasileiro, em seu desenvolvimento histórico, desdobrou-se em diversas áreas de atuação, como direito civil, penal, trabalhista e outras. Nesse entendimento encontramos o chamado direito notarial, que trata de um direito preventivo que tem como base a solução dos problemas cotidianos dos particulares e da tutela de seus direitos subjetivos mais fundamentais (LOUREIRO, 2018).

Para resolução dos problemas cotidianos da população, o direito notarial se utiliza de suas próprias leis, princípios e costumes, sendo assim um ramo autônomo do direito brasileiro. Entretanto, mesmo se tratando de um direito autônomo, o direito notarial possui bases em algumas outras áreas do direito, se estendendo para a esfera administrativa, processual e civil. Tais normas constituem um conjunto de conceitos e preceitos (LOUREIRO, 2018, p. 28). Ainda, assevera o referido autor que:

> Com efeito, ainda que as regras e normas que formam o direito notarial possam ser de natureza civil, administrativa e processual, concorrem todas para um mesmo objeto, conferindo-lhe um caráter de unicidade e autonomia didática, expositiva e mesmo científica. Tais normas formam um conjunto sistemático de conceitos e preceitos que regulam a forma notarial, vale dizer, o instrumento público e a atividade documental do notário.

Pode-se definir o direito notarial como um conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário, a organização do notariado e os documentos ou instrumentos redigidos por esse profissional (LOUREIRO, 2018), e como um ramo que utiliza de seus próprios meios (leis, doutrinas, jurisprudências, entre outros) para resolução dos problemas da sociedade.

Em suma, o direito notarial, assim como os demais ramos do direito, existe para satisfazer as necessidades sociais, todavia, precipuamente tem o objetivo de regulamentar a atividade do notário e a formação dos documentos notariais.

1.2 DA FIGURA DO NOTÁRIO E A FÉ PÚBLICA

O notário, também conhecido como tabelião, é a figura jurídica responsável pelas serventias extrajudiciais conhecidas como tabelionato de notas e protestos ou cartório de notas e protestos. Este indivíduo, incumbido pelo Estado da legitimidade de realizar a

formalização de negócios jurídicos, “intervém obrigatoriamente no ato ou negócio jurídico para os quais a lei (ou as partes) exige a observância da forma solene da escritura pública como elemento de sua existência ou validade” (LOUREIRO, 2018, p. 77).

Segundo Rezende (2004), “compete exclusivamente ao tabelião de notas: lavratura de escrituras e procurações públicas; lavratura de testamentos públicos e aprovação dos cerrados; reconhecimentos de firmas, letras ou chancelas; expedição e autenticação de cópias reprográficas; expedição de traslados, certidões e outros instrumentos autorizadores por lei; abertura e encerramento dos livros de seu ofício, rubricando todas as suas folhas; lavratura de atas notarias; assessoramento às partes sobre o ato notarial a ser realizado”.

Para que o indivíduo se torne legítimo à realização dos atos descritos acima, é necessário que assuma o título de notário, por meio da aprovação em concurso público e posterior nomeação.

Neste norte surge a natureza bifronte do notário, pois este “é ao mesmo tempo um agente estatal e um profissional do direito, ou seja, um profissional liberal” e portanto cabe a ele como “profissional do direito assessorar a todos que reclamam seu ministério e aconselhar-lhes os meios jurídicos mais adequados para a consecução dos fins lícitos que aquele pretende alcançar e como agentes, exercerem a fé pública” (LOUREIRO, 2008, p. 83).

Portanto, o notário é um agente público e ao mesmo tempo um jurista privado, a bem verdade, “trata-se de um jurista a quem o Estado delega a fé pública, de forma que o documento por ele redigido é considerado autêntico e não pode ser recusado pelos demais órgãos do Estado ou impugnado por particulares” (LOUREIRO, 2008, p. 83).

Assim, por ser um profissional do direito dotado de fé pública, os atos realizados pelo notário possuem valoração diferenciada no âmbito processual.

A palavra “fé” teve um forte significado na história, pois remetia a algo que as pessoas creem sem questionar, por confiarem que se trata de um ser maior. O conceito foi utilizado quando relacionado com a religião e o significado de “fé pública” não está muito distante do sentido religioso, pois também tem correlação a algo ditado por um ser maior, só que neste caso o ser maior é o próprio Estado (REZENDE, 2004).

Nesta esteira, pode-se concluir que a fé pública concedida ao Estado foi outorgada pelo povo por acreditar que as melhores decisões seriam por este tomadas. Ao passo que, legitimado de fé pública, o Estado delegou parte do seu poder aos notários.

Conforme doutrina Loureiro (2018, p. 528), “a fé pública é um poder do Estado que por sua vez confere o seu exercício a determinados agentes públicos: as autoridades administrativas, determinados funcionários do Poder Judiciário e o notário”.

Assim, imbuído de fé pública, consideram-se verdadeiros todos os atos prescindidos pelos notários, sejam por meio documental ou através de seus sentidos.

1.3 DA ATA NOTARIAL

Um dos atos notariais realizados pelo tabelião no uso de suas atribuições e, portanto, dotado do uso da fé pública, é o instrumento de ata notarial. Este documento é de competência exclusiva do notário, conforme se depreende do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 384 afirma que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião” (BRASIL, 2015), e do inciso III do artigo 7º da lei 8.935/94 “aos tabeliães de notas compete com exclusividade: lavrar atas notariais”.

A fé pública é empregada nesse documento quando o notário constata algum fato que lhe é percebido através do uso de seus sentidos e que se torna possível documentá-lo em instrumento público, sendo, portanto:

> De maneira geral, documento notarial é toda representação material idônea, destinada a reproduzir determinada manifestação de pensamento, manifestação de vontade e/ou negócios jurídicos e essencialmente dirigida a criar, modificar ou dissolver um vínculo de direito, recebida e autorizada por notário, com as formalidades legais, produzidas para provar fatos, solenizar ou dar forma a atos ou negócios jurídicos. (LOUREIRO, 2018, p.702)

Neste norte, complementa o autor que "a finalidade da ata notarial é a constatação de fatos pelo notário com a finalidade de formar prova para fins administrativos ou judiciais, ou seja, esse tipo de documento notarial tem por objetivo a pré-constituição de provas." (LOUREIRO, 2018, p. 704)

Ainda complementa a doutrina que a ata notarial pode ser entendida como:

> [...] o instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio" (SILVA NETO, 2004, p. 44).

Esse documento surgiu como meio comprobatório em outros tempos, tendo sua necessidade desencadeada pelo fato de as partes que firmavam os atos jurídicos não saberem, em sua maioria, ler nem assinar, sendo preciso que o notário estivesse presente como comprovador daquele negócio. Entende-se então que:

> As Atas Notariais, dessa forma, têm como primeira ideia documentar acordos, sendo substituídos pela necessidade do uso de documentos firmados por autoridades, ou seja, sob a fé pública, para que seu conteúdo obtenha crédito entre as partes e terceiros. (REZENDE, 2004, p. 14)

A ata notarial é um instrumento poderoso no âmbito jurídico, pois relata algo percebido pelo notário, podendo ser desde a mera constatação de um negócio jurídico até a comprovação de algo que somente poderia ser provado por meio do uso de um sentido, como o cheiro através olfato por exemplo.

Como citado anteriormente, a ata notarial, por mais antiga que seja, ainda é recente em nosso ordenamento jurídico, tendo sido regulamentada somente pela Lei nº 8.935/94 (Lei dos Cartórios) e pela Lei nº 13.105/15 (CPC). Assim, ainda resta necessária a criação de institutos que regulamentem os efeitos desse instrumento, já que o mesmo, por possuir fé pública e, portanto, presunção de veracidade em seu teor, quando elaborado de forma imprudente pode causar danos significativos às partes de um processo.

Todavia, mesmo sem muita regulamentação, o instrumento já pode ser visto na prática processual e muitos advogados utilizam desse instrumento para se valer de fatos que estejam presentes e disponíveis temporariamente.

Ademais, se este instrumento for utilizado de forma inteligente, pode livrar o jurista de eventuais discussões ao longo do processo sobre a força probatória do documento juntado, já que o rol de uso pode ser bem abrangente, como na inspeção judicial, realização de vistorias, substituição ao depoimento de testemunhas, documentação do

conteúdo de *e-mail*, conversas de *WhatsApp*, áudios, vídeos, publicações em redes socias como Facebook, Instagram, Twitter, etc.

Visto isso, presume-se que o notário tenha capacidade para narrar quaisquer atos e que todos os fatos que possam ser apurados são passíveis de serem constatados na ata notarial. Contudo, não são todos os atos que podem ser verificados, pois não é possível ao notário constatar fatos de competência exclusiva de outro órgão, como constatação de assalto ou assassinato por exemplo. Assim, somente é possível agir quando verificar-se que é lícito o objeto da constatação. (REZENDE, 2004, p. 148).

Portanto, sendo a lavratura de ata notarial de responsabilidade exclusiva do notário, mostra-se possível que, por vezes, lhe recaia alguma responsabilização por esta atividade.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste tópico será abordado sobre a evolução da responsabilidade civil, em especial no direito brasileiro, que adota, atualmente, duas espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva.

2.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia de responsabilizar alguém pelo dano causado à outrem acompanha a evolução da sociedade há anos. Analisando as primeiras relações jurídicas se percebe a existência de conflitos de interesses decorrentes da precariedade da regulamentação de direitos, o que, por muitas vezes, levou os indivíduos insatisfeitos a buscarem justiça pelas próprias mãos. Conforme ensina Gonçalves (2016, p. 47):

> Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Este período ficou conhecido como período Talião, onde o castigo físico servia como punição para a violência sofrida pela parte, em sua máxima, poderia ser usada a expressão "olho por olho, dente por dente" (TARTUCE, 2018).

Da premissa surge a vingança privada, terminologia que foi usada no código de Hammurabi. Era um código que previa a morte como solução para a maioria dos conflitos. Dizia um dos seus artigos que se alguém acusasse o outro, lhe imputava sortilégio, e se não pode dar prova disso, deverá ser morto (PARENTONI, 2012). Em decorrência do referido código surgiu o Código de Manu, proveniente da cultura Hindu, que trazia uma evolução em relação ao Código de Hammurabi, prevendo além das penalidades físicas, multas de caráter indenizatório (TARTUCE, 2018, p. 2).

Houve uma evolução no conceito de reparação civil, surgindo a chamada lei das XII Tábuas, por volta de 450 a.C. Nesse período já era vedado ao indivíduo realizar justiça com as próprias mãos, pois havia um controle legislativo mais elaborado, surgindo a reparação do dano por meio de indenização e não a penalização do indivíduo com morte ou mutilação. A diferenciação entre pena e reparação só ocorreu nos tempos romanos, quando houve uma distinção entre delitos públicos e privados, pois nos públicos a pena de caráter econômico deveria ser cobrada pelos cofres públicos e no caráter privado devia ser paga a própria vítima (GONÇALVES, 2016).

Configurou-se a necessidade de requisitos para a caracterização da responsabilidade civil, como dano, culpa e a lesão de fato. Nas palavras de Gonçalves (2016, p. 37), “a responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano”, isto é, mostra-se necessário que esses três pressupostos estejam presentes no ato para a configuração da responsabilidade civil.

Decorrente dessa linha histórica e tendo o Brasil se utilizado do direito romano para instituir suas leis, é que desenvolvemos em nosso ordenamento jurídico as bases para utilizarmos a reparação civil como solução em conflitos causados pela sociedade. A seguir o instituto da responsabilidade no direito pátrio será apresentado.

No Brasil, o instituto da responsabilidade civil foi inicialmente inserido no âmbito da responsabilidade penal, estruturada pelo código criminal de 1830. Na época, as responsabilidades eram interligadas, devendo primeiro ser verificado o dano penal para só então haver a reparação civil. Isso, no entanto, foi modificado quando as esferas de responsabilidade se tornaram independentes (GONÇALVES, 2018, p. 21).

No código civil de 1916 era possível identificar que a legislação brasileira adotava a necessidade da prova da culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade, sendo conhecida como teoria subjetiva. Com a necessidade de atualização da legislação, devido ao progresso e o desenvolvimento da sociedade, bem como o aumento na geração dos danos, surgiu a teoria do risco (GONÇALVES, 2018).

Outra inovação do código civil que merece destaque é a inclusão da obrigação de indenizar como modalidade autônoma de obrigação, com a extensão que lhe foi dada nos artigos 927 e seguintes. Isso porque, “sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação” (CAVALIERE FILHO, 2003, WEB, p. 34), no entanto a códex expressa que aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar.

Em breve síntese, o fato gerador da responsabilidade civil, da obrigação de indenizar é o ato ilícito, quer na responsabilidade subjetiva, quer na responsabilidade objetiva. Quem praticar ato ilícito, causando danos a alguém, vai ter que reparar, vai ter que indenizar (CAVALIERE FILHO, 2003, WEB). A diferenciação entre as duas, no entanto, repousa sobre a necessidade de aferição de culpa para caracterizar o dever de indenizar.

Neste norte, sendo atualmente aplicadas e disciplinadas as duas teorias da responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, mostra-se necessário o deslinde dos elementos que caracterizam e geram o dever de indenizar.

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva, que exige a presença de quatro elementos – conduta, nexo causal, dano e culpa –, existirá sempre, até o juízo final, mesmo não havendo lei prevendo-a, porque essa responsabilidade faz parte da ética, da moral, do sentimento natural de justiça e decorre daquele princípio superior de direito, de que ninguém deve causar dano a outrem (CAVALIERE FILHO, 2003, WEB).

De acordo com o doutrinador Gagliano (2018, p. 189-190), a existência de culpa, em sentido amplo, deve pressupor a voluntariedade do comportamento do agente, previsibilidade e a violação do dever de cuidado.

Ainda existem diferentes graus de culpa, partindo da culpa levíssima até a grave. Estes graus servem para basear a indenização que será devida ao prejudicado. Entretanto, a impressão que temos é de que o Novo Código Civil passou a se importar

com os graus de culpa para efeito de mensurar a obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil (GAGLIANO, 2018, p.194).

Assim, a responsabilidade civil subjetiva deriva de uma conduta humana, a qual pode ser configurada por meio de um ato de imprudência, negligência ou imperícia. A inobservância de cuidado e/ou cautela é que forma a culpa. Onde há culpa há reparação, isto é, o fato originário da responsabilização deve ser comprovado pela vítima, enquanto doloso ou culposo, em sentido estrito.

Noutro vértice, tem-se a responsabilidade objetiva, distinta da responsabilidade subjetiva em razão da dispensa de um de seus elementos, conforme será demonstrado.

2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Inicialmente, destaca-se que, de acordo com o parágrafo único do artigo 927, "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" (BRASIL, 2012, WEB), nesse sentido, é possível observar que o próprio Código, para afastar qualquer dúvida, disse que a culpa está fora, razão pela qual não há a menor dúvida de que temos aqui uma cláusula de responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2003, WEB).

Esta ramificação da responsabilidade civil não se prende a necessidade da comprovação de culpa para responsabilizar o agente, tanto que surgiu como forma de compensar as injustiças da responsabilidade civil subjetiva, a qual condena com base no elemento culpa. Sendo assim:

> A necessidade de substituir o fundamento da responsabilidade civil manifestou-se em face de novas situações nas quais a fidelidade ao subjetivismo importaria flagrante injustiça. Surgiram, então, as *doutrinas objetivistas,* que deslocam para a ideia de *risco-proveito* o fundamento da responsabilidade. Não indagam se a ação do causador do dano foi imprudente, negligente ou intencional. Obrigam-no a indenizar o prejuízo causado, desde que tenha criado o risco. (CAVALIERI FILHO, 2003, WEB)

Isso porque, com tantos empecilhos que surgem ao tentar comprovar que determinado ilícito aconteceu por negligência, imprudência ou imperícia e assim configurar a responsabilidade civil subjetiva, a doutrina passou a adotar a responsabilidade civil objetiva como solução (PEREIRA, 2016, p. 282).

Assim, cabe somente a obrigação de indenização a quem evidentemente tinha o dever de zelo. Portanto, quando for infrutífera a comprovação de culpa, poderá ser aplicada a teoria objetiva. Nesse sentido, entende-se que:

> A regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. (GONÇALVES, 2016)

Neste caso o autor do dano não precisa ter o elemento culpa para se tornar responsável pela indenização, o que indica que "dessa forma, as pessoas arroladas, ainda que não haja culpa de sua parte (responsabilidade objetiva), responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos" (TARTUCE, 2018).

Outrossim, a responsabilidade objetiva é uma espécie de responsabilidade que se fundamenta na teoria do risco e, por essa teoria, evidencia-se que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar a ideia de culpa.

Aprofundando os estudos, se mostra importante mencionar, brevemente, as teorias existentes na responsabilidade civil objetiva, mais especificamente as subdivisões da teoria do risco, quais sejam; teoria do risco administrativo, teoria do risco da atividade, teoria do risco-proveito e teoria do risco integral.

Em continuidade ao objetivo deste trabalho, é imprescindível a análise apartada sobre a responsabilidade civil do Estado, quando a atividade desenvolvida pela Administração Pública ocasiona dano à vítima. A seguir o tema será analisado.

2.3.1 Da responsabilidade da administração pública

Atualmente a responsabilidade civil do Estado é objetiva, na modalidade do risco administrativo, isto é, dispensa a demonstração de culpa da Administração Pública. Esse entendimento decorre da leitura do artigo 37, §6º da CRFB (BRASIL, 1988), vejamos:

> Art. 37. § 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.

Isso porque "a evolução histórica do Estado fez exigir que este atue exclusivamente dentro dos limites impostos pela lei, como salvaguarda aos direitos individuais dos particulares". Sendo assim, essa dicotomia – maiores restrições de atuação ante as balizas legais e a outorga, por outro lado, de privilégios e prerrogativas tendentes à conquista do bem comum – é o traço característico do regime jurídico ao qual se submete o Estado: *regime jurídico administrativo* (BEDENDI, 2015, WEB).

É a "obrigação econômica de o Estado reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independentemente da prova de falta do serviço ou mesmo de culpa do agente público" e para que o ente público consiga se eximir ou atenuar a obrigação de indenizar, "é necessário comprovar alguma das excludentes de causalidade, ou seja: que houve culpa exclusiva da vítima, evento fortuito ou que simplesmente inexiste nexo de causalidade" (NERY, 2015, WEB)

Os elementos da responsabilidade do Estado, considerando que recai sobre a modalidade objetiva, não se distingue da já mencionada acima. No entanto, exige-se a configuração dos seguintes elementos para a responsabilidade extracontratual estatal:

> 1) a ocorrência de danos a terceiros;
> 2) que tais danos sejam praticados por agentes de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público;
> 3) a existência de nexo causal entre a conduta estatal e os danos. (BEDENDI, 2015, WEB)

A conduta deve partir de agentes de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, "mas não só os agentes públicos são aptos a ensejar a responsabilidade civil do poder público: também aqueles integrantes de pessoas jurídicas de direito privado na prestação de serviço público", isto é, também das pessoas jurídicas privadas que prestem serviços definidos pela CRFB, por força de delegação do verdadeiro titular dessa utilidade, o Estado (BEDENDI, 2015, WEB).

A regra constitucional também substituiu o vocábulo “funcionário” por “agente”, de forma a aclarar que a responsabilidade do Estado subsistiria ainda que se tratasse de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que fosse a forma de investidura” (NERY, 2015, WEB).

O segundo elemento está relacionado aos danos experimentados por terceiros. A doutrina civilista buscou delimitá-lo, asseverando, de forma mais tradicional, que dano “é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição), do que resulta o direito a uma reparação em pecúnia sempre que decorrente da conduta (comissiva ou omissiva) de outrem” (BEDENDI, 2015, WEB).

O último dos elementos, o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado, essencialmente, pode ser tido como “a relação objetiva de causa e efeito entre o ato lícito ou ilícito (conduta), praticado pelo agente, e o dano moral ou material (resultado), experimentado pela vítima” (BEDENDI, 2015, WEB).

Portanto, cabe ao Estado reparar danos causados pelos atos ilícitos ou erros advindos da administração pública, sendo ela direta ou indireta. É nessa ideia que se depreende a teoria do risco administrativo e é nessa perspectiva que iremos abordar a responsabilidade civil do tabelião por ato ilícito cometido na lavratura da ata notarial.

3. DAS PROVAS NO PROCESSO JUDICIAL E EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DO NOTÁRIO

Neste tópico, por fim, será analisada a aplicação e valoração das provas, com ênfase no poder de convencimento do juiz quando da apreciação da ata notarial para que, num segundo momento, seja realizado o estudo de eventual responsabilidade civil do notário, de acordo com as teorias das responsabilidades adotadas no direito brasileiro.

3.1 DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para que o processo judicial tenha bons resultados e objetivando que se aumentem as chances de convencimento do juiz sobre a veracidade do direito pleiteado, o operador do direito se vale das provas processuais. A “prova tem por objeto os fatos alegados pelas partes como fundamento do pedido ou da defesa” (LUNARDI, 2016, p. 453).

Nesta linha, dispõe o Código de Processo Civil (2015, WEB) que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. O destinatário da prova produzida em processo judicial as apreciará independentemente do sujeito que a tiver promovido, devendo indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015, WEB).

O livre convencimento do magistrado, por sua vez, não deve ter por fundamento apenas as versões apresentadas pelas partes, eis que cada indivíduo apresentará a que mais se aproxima da sua finalidade, sendo que as provas, quando ponderadas no bojo do processo, aproxima o juiz da verdade real. Sobre o assunto:

> (...) a verdade real é inatingível, pois pessoas diferentes terão visões e impressões diversas sobre o que aconteceu. (...) Por tais razões, pessoas que acreditam falar a verdade poderão dar versões diferentes sobre um mesmo evento. Assim, o julgador, ao sentenciar, analisará as provas para buscar uma verdade possível. (LUNARDI, 2016)

Nesse sentido é a disposição do artigo 375 do CPC, ao expressar que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

Dentre as espécies dos meios de provas indicadas no CPC e em atenção ao estudo realizado neste trabalho, dar-se-á ênfase ao documento público denominado ata notarial e sua força probante.

3.1.1 Da ata notarial como meio de prova

Conforme estudo realizado no capítulo inaugural (1.3 Da ata notarial), este documento, dotado de fé pública e, por conseguinte, sendo eminentemente documento público, possui força probante elevada na esfera judicial.

Neste sentido, disciplina o artigo 405 e seguintes do CPC que “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”, sendo que, quando a lei exigir como da essência do ato a demonstração por via de instrumento público, nenhuma outra prova poderá supri-lo (BRASIL, 2015, WEB).

Tamanha é a importância e a valoração do documento público, quando observadas todas as formalidades legais para sua lavratura, que se o instrumento contiver alguma irregularidade na sua formação (feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais), terá eficácia probatória do documento particular (BRASIL, 2015, WEB).

Inclusive, em julgamento perante o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Soares Levada, ficou consignado que naqueles autos a “suposta conversa travada com representante da autora em aplicativo não tem validade de prova na hipótese. Impossibilidade de se verificar números de origem das conversas, devendo, em casos que tais, ser lavrada ata notarial” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2017), sendo o apelo improvido por ausência de prova com força probatória nos autos.

Em outros julgados, verifica-se, igualmente, a valoração da ata notarial em processo judicial:

> Mandato. Prestação de serviços advocatícios. Ação cautelar de exibição de documentos. Sentença de procedência. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Não identificada a necessidade ou mesmo a utilidade da produção de outras provas, não há que se falar em cerceamento de defesa. Exibição de contratos devida. Incontroversa a retenção do devido repasse de honorários à autora, pelos réus. Validade da prova obtida por conversa de aplicativo "whatsapp". Termos transcritos por ata notarial por Tabelião Substituto dotado de fé pública. (...) Manutenção da multa por litigância de má-fé. Evidente a alteração da verdade dos fatos pelos réus. Recurso não provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2019, WEB)

> AGRAVO. EXCEÇÃO DE PRE-EXECUTIVIDADE REJEITADA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS DA MARCA TITULARIZADA PELA AGRAVADA QUE RESTOU SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO. 1. A prova de eventos e fatos observados junto à Internet, como são no caso em exame, tem sido feita preferencialmente mediante lavratura de ata notarial, pois a chancela do notário confere fé-pública ao documento. Sucede que não há justificativa para se colocar em dúvida a higidez e a veracidade do conteúdo dos documentos apresentados pela agravante para comprovar o descumprimento da obrigação de não fazer que lhe foi imposta. (...) 4. Recurso não provido, com condenação da

> agravante às penas da litigância de má-fé. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016, WEB)

Daí porque o juiz, quando da prolação de decisão interlocutória ou de sentença, diante da gama de provas apresentadas e instruídas no processo, valer-se-á do teor do instrumento público para fundamentar sua decisão. Essa valoração do documento público poderá causar prejuízo a uma das partes do processo, e sendo comprovado, seja por arguição de falsidade (artigo 430 e seguintes do CPC) ou ação autônoma, que o instrumento público era eivado de vício, poderá ocorrer a responsabilização do notário responsável pela lavratura do instrumento.

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO

Conforme explicitado, os serviços notariam são atividades extrajudiciais, de caráter público estatal, mas que são exercidos em caráter privado. Não obstante, qualquer interferência na sua esfera deve ser analisada à luz do direito público, inicialmente pelas regras disciplinadas na CRFB.

Os notários e/ou tabeliães são delegatários do exercício da atividade notarial. Essas atividades são munidas de fé pública e se destinam a conferir autenticidade, publicidade, segurança e eficácia às declarações de vontade. Assim, se o particular sofre qualquer dano em razão da atividade exercida pelo delegatário do poder público – no caso o notário –, o Estado poderá ser responsabilizado.

A Lei nº 8.935/94, denominada Lei dos Cartórios, em seu artigo 22, com redação dada pela Lei nº 13.286 de 2016, dispõe que “os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso” (BRASIL, 1994, WEB).

Com isso, a jurisprudência diverge sobre a possibilidade de o particular lesado ajuizar a ação diretamente contra os notários e registradores. O parágrafo único é específico para a ação proposta diretamente pela vítima contra o titular do cartório, não se aplicando, por exemplo, para a ação de regresso ajuizada pelo Estado considerando que estipula como termo inicial da ação não o pagamento, mas sim a data da lavratura do ato registral ou notarial.

Sobre o assunto, há jurisprudências sobre o posicionamento:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. PRESCRIÇÃO. PROCESSO ANTERIOR EXTINTO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TABELIONATO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO. TERMO INICIAL. LEI 13.286/2016. ART. 22 DA LEI 8.935/1994. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA E DOLO. (...) 4. Anova redação dada ao art. 22 da lei 8.935/1994, pela lei 13.286/16, põe fim às divergências a respeito da natureza da responsabilidade dos titulares de cartórios, ao dispor que os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. **A responsabilidade pessoal do oficial de registro e notário por danos causados no exercício de sua atividade típica é subjetiva, devendo ser comprovado o dolo ou a culpa, situação não verificada nos autos em exame.** 5. Apelação desprovida. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2017, WEB)

No entanto, em se tratando de atos praticados por servidores públicos, vigora no STF a teoria da dupla garantia que, em se tratando de interpretação ao art. 37, § 6º, da CRFB, consagra que o referido preceito contempla duas garantias: uma em favor do particular, que poderá pleitear a indenização contra o Estado sem ter que provar a atuação dolosa ou culposa do agente; outra em favor do agente público causador do dano, impedindo o particular de mover a ação de indenização diretamente em face do servidor público, o qual apenas poderá ser responsabilizado em posterior ação regressiva. (STF, 2015, WEB).

Reforçando o entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de fevereiro deste ano de 2019, em Regime de Repercussão Geral, por meio do Tema 777 – Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções, fixou a seguinte tese:

> O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. (STF, 2019, WEB)

A primeira a votar na sequência deste julgamento foi a ministra Rosa Weber, que acompanhou o relator ao destacar que “a responsabilidade do Estado é direta, primária e solidária”. A ministra Carmen Lúcia ressaltou que tirar do Estado a reponsabilidade de reparação deixaria o cidadão desprotegido, pois caberia a ele a incumbência de comprovar a culpa ou dolo do agente (STF, 2019, WEB).

Nessa esteira, à luz da teoria do risco administrativo, na hipótese não se cogita a configuração do elemento culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade; provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço (NERY, 2015, WEB).

Sendo o Estado condenado a pagar indenização à vítima, ele tem o dever de cobrar de volta do tabelião ou registrador o valor que pagou, isto é, depois de pagar a indenização ao particular, o Estado deve, obrigatoriamente, ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, no caso o notário. Isso porque, se o Estado não ajuizar a ação de regresso, os agentes públicos responsáveis por isso, exemplo Governador, Procurador-Geral do Estado, a depender do caso concreto e da organização administrativa do ente, poderão responder por ato de improbidade administrativa. É o que se colhe da leitura da notícia publicada no site institucional do STF:

> Nesta quarta-feira (27), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência da Corte segundo a qual o Estado tem responsabilidade civil objetiva para reparar danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções cartoriais. Por maioria de votos, o colegiado negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 842846, com repercussão geral reconhecida, e assentou ainda que o Estado deve ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. (STF, 2019, WEB)

Vale destacar que na ação de regresso, o Estado, para ser indenizado, deverá comprovar que o tabelião ou registrador agiu com dolo ou culpa, porque a responsabilidade civil dos notários e registradores é subjetiva.

Não foi repentinamente que este entendimento tomou lugar nos tribunais, uma vez que, conforme RE 209.354, a 2º do STF, já em 1999 se prezava pela responsabilização objetiva do Estado, bem como se reconhecida a responsabilidade civil subjetiva do notário, conforme cita a ementa do STF:

> Tabelião. Titulares de ofício de justiça. Responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado. CF, art. 37, § 6º. Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do poder público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa. (STF, 1999, WEB)

Desta maneira, à luz do recente julgamento do STF, da teoria do risco administrativo e da dupla garantia, a atuação irregular comprovada do notário na lavratura da ata notarial que resultar em dano a uma das partes do processo, causando-lhe prejuízos, poderá resultar em responsabilidade objetiva do Estado. A vítima poderá se valer de ação contra o Estado, comprovando apenas a conduta, o nexo causal e o dano, porque o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes. Sendo o Estado condenado a indenizar o particular, deverá ingressar com ação de regresso em face do notário/tabelião para ser ressarcido dos valores pagos em favor da vítima desde que, consubstanciado na teoria da responsabilidade civil subjetiva, consiga demonstrar a presença de dolo ou culpa na atuação do delegatário do poder.

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa sobre a responsabilidade civil do notário frente à ata notarial como meio de prova surgiu da convivência profissional com a elaboração desse instrumento público aliada à curiosidade da finalidade de aplicação e eventual valoração desse instrumento no âmbito judicial.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa que se aproveita da coleta de dados, mas sem medição numérica, para descobrir ou aprimorar perguntas de pesquisa no processo de interpretação (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2013). Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica e a pesquisa qualitativa se adequou aos objetivos da investigação, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis complexas.

A pesquisa será do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. O diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto bem como elaborar os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013) e documental, ao acrescentar documentos jurídicos que “pressupõem o exame ou reexame de materiais que ainda não receberam nenhum tratamento analítico, no objetivo de fundamentar interpretações novas ou complementares sobre o que está sendo investigado” (LIMA, 2008, p. 56). Os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

Neste quesito, a pesquisa será do tipo bibliográfica. Serão analisadas as referências a respeito do assunto em doutrinas, artigos científicos, legislações, revistas, seminários e internet. Neste norte, para Gil (1995, p. 42-44), as pesquisas bibliográficas “caracterizam-se por serem os seus dados obtidos não a partir das pessoas, mas por intermédio de livros, revistas, jornais e toda sorte de documentos”.

Ainda, a pesquisa foi documental, ao acrescentar documentos jurídicos que fundamentaram as interpretações sobre o que estava sendo estudado. Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste. Considera-se como documentos “livros, artigos científicos, anais” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017), fontes utilizadas para a pesquisa.

O método utilizado para desenvolvimento desta pesquisa será o dedutivo, pois o método dedutivo parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão. É um método puramente formal, que se vale apenas da lógica (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

Ainda, realizar-se-á por meio do método descritivo no qual se observa, registra e analisa os fenômenos ou sistemas técnicos, sem entrar no mérito dos conteúdos. A interpretação dos fatos do mundo físicos não sofre interferência do pesquisador (BARROS; LEHFELD, 2007).

5. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Pelo presente artigo foi possível analisar a responsabilidade civil que afeta o titular da Serventia e o Estado, caso os atos notarias realizados pelo tabelião contenham vícios e resultem em danos ou prejuízos a terceiros.

A natureza dualista do notário foi ressaltada, já que os cartórios extrajudiciais são dotados tanto de natureza pública quanto privada e essa característica, por vezes, gera discussão e entendimentos divergentes sobre eventual responsabilização dos delegatários.

Com a evolução da utilização da ata notarial, houve a recente regulamentação deste instrumento público. Houve, por conseguinte, crescente utilização deste instrumento público como meio probatório no Poder Judiciário, tendo grande aceitação por parte dos operadores do direito.

As condutas omissivas ou comissivas que causem danos a terceiros geram dever de indenizar. Quando se trata de atividade estatal, a responsabilização possui peculiaridades. À luz da teoria da dupla garantia, é dado à vítima a oportunidade de ingressar com ação direta contra o Estado, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa. Nessa linha e à vista da recente tese fixada pelo STF, verificou-se que o Estado responde direta, solidaria e objetivamente pelos danos causados pelo notário no exercício de sua atividade, sendo que este, em caráter indireto, secundário e de forma subjetiva poderá responder em ação de regresso promovida pela Administração Pública.

CONCLUSÃO

O presente estudo se ocupou de avaliar a esfera de responsabilidade civil do notário quando da lavratura da ata notarial e consequente verificação de vícios que resultem em danos ou prejuízos a terceiros, na seara judicial.

Para isso, buscou-se uma passagem no direito notarial, explicitando sua origem e importância na resolução dos conflitos causados na sociedade. Ainda, foi aprofundado o estudo sobre direito notarial quando delimitada a figura no notário, trazendo, assim, suas principais atribuições, formas de ingresso na carreira e natureza jurídica de seu cargo.

Seguindo essa linha, abrangeu-se o conceito da fé pública e sua relevância no sistema jurídico, destacando-a como uma das principais e mais importantes atribuições do notário, por ser responsável pela veracidade dos atos por ele lavrados. Por fim, tratou-se especificamente sobre um dos vários instrumentos que o notário tem exclusividade para

emitir: a ata notarial, a qual recebe valoração diferenciada quando utilizado como meio de prova.

O artigo ainda pairou sobre o surgimento, ascensão no direito pátrio e conceituação das modalidades da responsabilidade civil, para que, ao final, fosse a responsabilidade aplicada à esfera da atividade dos notários na lavratura da ata notarial. Há de se destacar que o artigo teve por objetivo a análise da responsabilidade do notário frente a ata notarial quando utilizada no processo judicial como meio de prova e que trouxesse prejuízo a terceiro.

Para isso, foram analisados os entendimentos de tribunais e doutrinadores, bem como do que se depreende dos textos legais vigentes, com especial abordagem da decisão do tema 777 do STF, julgado em fevereiro do corrente ano.

Chegou-se então, à conclusão de que o notário, com sua natureza privada e pública, responde de forma subjetiva e de maneira secundária pelos danos que causar aos particulares. Isso porque, cabe objetiva e primariamente ao Estado a obrigação de reparar o dano decorrente de ato causado pelo notário, sendo, no entanto, possível a ação de regresso contra o notário, uma vez comprovada culpa e dolo. Esse é o entendimento recente do STF, bem como o que se depreende do texto legal.

Usamos a analogia desses entendimentos aos meios de prova e chegamos à conclusão de que se o notário causar dano a terceiro, devido a dolo ou culpa na lavratura dos seus atos e especialmente sobre a ata notarial, quem responderá objetivamente será o Estado, não sendo possível que o terceiro lesado entre com ação direita contra o notário. Desta feita, caberá ao Estado cobrar o ressarcimento ao notário pelos prejuízos sofridos ao reparar o dano do terceiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Aidil J. da S.; LEHFELD, Neide Aparecida de S. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BEDENDI, Luís Felipe Ferrari. **Responsabilidade civil do Estado**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

_____. **Lei n° 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: 31 out. 2019.

_____. **Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

_____. **Lei n° 8.935 de 18 de novembro de 1994**
Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de

registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Rescisória nº 2388. Relator: Luiz Fux. Julgado em 07 abril 2015. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282388%2ENUME%2E+OU+2388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5sny5v8>. Acesso em out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Recurso Extraordinário nº 842846. Relator: Luiz Fux. Julgado em 27 de fev. 2019. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28842846%2ENUME%2E+OU+842846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y243yscj>. Acesso em out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 209354. Relator: Carlos Velloso. Julgado em 20 mar. 1999. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28209354%2ENUME%2E+OU+209354%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4uxxg5e>. Acesso em out. 2019.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Responsabilidade Civil no Novo Código Civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_31.pdf>. Acesso em set 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federalo. **Apelação Cível nº 20150111307506**. Relator: Cesar Loyola. Julgado em 19 abril 2017. Disponível em: < https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em out. 2019.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de notas II: atos notariais em espécie.** (Coleção Cartórios/Coordenador Christiano Cassettari) – São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, v. 3:** responsabilidade civil – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**/Orlando Gomes. 21. ed. – Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, **volume 4**: responsabilidade civil – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Responsabilidade civil -** 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**− 9. ed., rev. e reform. − São Paulo: Atlas, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais**. - 3. ed. – Salvador: Jus PODIVM, 2018.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil** / Fabrício Castagna Lunardi. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha doutrina)

NERY, Ana Rita de Figueiredo Nery. **Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

PARENTONI, Roberto. O código de Hamurabi. Disponível em: <https://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos/121939817/o-codigo-de-hamurabi>. Acesso em: 11/05/2019.

PEDROSO, Regina; LAMANAUSKAS, Milton Fernando. **Direito notarial e registral atual – 2. ed**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de. **Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial face a face com o Código Civil 2002**/ Afonso Celso Furtado de Rezende - 3º ed.- Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Maria del Pilar Baptista. **Metodologia da pesquisa**. Tradução de Daisy Vaz de Moraes. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1047332-08.2016.8.26.0576**. Relator: Soares Levada. Julgado em 21 ago. 2017. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=BF8A72FB0BC50CC80D9826A7AA592FD0.cjsg2>. Acesso em out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2151698-63.2016.8.26.0000**. Relator: Carlos Alberto Garbi. Julgado em 18 out. 2016. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1002764-76.2018.8.26.0400**. Relator: Cesar Lacerda. Julgado em 25 jun. 2019. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em out. 2019.

SILVA NETO, Amaro Morais. **Ata notarial: conceito e generalidades**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário reafirma jurisprudência sobre responsabilidade civil do Estado pelas atividades de cartórios**. Brasília, 2019.

Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404603&caixaBusca=N>. Acesso em set. 2019.

TARTTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

_____. **Manual de responsabilidade civil: volume único.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

AS MODALIDADES DE GUARDA E A MANUTENÇÃO DO PODER FAMILIAR

Italo Nogueira de Moro[1]
Luciana Costa Estêvão[2]
Sergio Milanez Gomes[3]
Stephane Kelly da Silva Lima[4]

Resumo: Neste artigo foram exploradas as diferentes modalidades de guarda presentes na sociedade brasileira, tal como o conceito de poder familiar e seus desdobramentos. Com o objetivo de demonstrar as suas aplicações e consequências na vida tanto dos filhos quanto dos seus genitores, o ordenamento jurídico atentando-se aos princípios e diretrizes legais, buscou-se ajustar às novas imposições, atendendo a todos de forma isonômica. Nessa perspectiva, foi possível observar algumas inovações efetuadas no código civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que serviram para nortear e fortalecer ainda mais o melhor interesse dos filhos menores. Outrossim, houve uma análise desses impactos baseados em correntes doutrinárias e jurisprudenciais, que aliadas as reformas da legislação brasileira, foram objetos de constatação de possíveis melhorias fundamentadas no artigo 227, parágrafo único da Constituição, que assegura os direitos fundamentais à criança, ao adolescente e ao jovem. Portanto, é válido reiterar que os legisladores juntamente com o poder judiciário, buscam, em regra, o melhor interesse da criança e do adolescente, enquanto fim último, no que tange aos seus escopos profissionais e dessa maneira, valorando os laços socioafetivos e o convívio familiar.

Palavras-chave: Guarda. Filhos. Ordenamento Jurídico. Poder Familiar.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, serão abordados dois institutos do Direito que comumente causam confusão em relação aos seus conceitos, sendo eles: guarda e poder familiar. A guarda é definida como uma medida jurídica que autoriza a estadia da criança ou do adolescente em determinado lar, podendo ser definitivamente ou não. Consonante ao Código Civil de 2002, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada. O art. 1583, § 1º descreve que:

> Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Como já mencionado, o atual Código Civil brasileiro faz menção a apenas esses dois tipos de guarda, porém, além da guarda unilateral e da guarda compartilhada, existe ainda, a chamada "guarda alternada". Essa, por sua vez, é uma criação doutrinária e jurisprudencial em que, como o próprio nome sugere há uma alternância na residência da criança ou adolescente. Em outras palavras, os guardiões exercem em momentos distintos o exercício exclusivo (unilateral) das responsabilidades correspondentes ao menor.

Fora a inexistência de uma previsão legal, um importante questionamento que se faz em relação a guarda alternada é se de fato essa modalidade atende ao princípio do melhor interesse da criança, uma vez que a mudança constante de residência poderá

1. Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro. E-mail: Italo.demoro@hotmail.com
2. Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro.
3. Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro.
4. Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro.

causar conflito no desenvolvimento de alguns referenciais da criança e consequentemente ser prejudicial aos hábitos, padrão de vida e até mesmo na formação de valores e convicções.

Além da guarda alternada, também não foi positivada pelo atual diploma brasileiro, a modalidade da chamada "guarda por aninhamento" ou guarda de nidação. Embora não encontre previsão no ordenamento jurídico, esse tipo de guarda é caracterizado doutrinariamente pela permanência dos filhos na mesma residência e os pais é que alternam seus lares. Melhor dizendo, em períodos pré-determinados os pais do menor se revezam na residência, de modo que a criança não tenha que deslocar-se.

A guarda por aninhamento não é vetada pelo ordenamento jurídico, todavia, o que se busca observar é a sua viabilidade, isso porque essa modalidade envolve uma logística complicada, especialmente em razão dos altos custos financeiros, uma vez que envolve a manutenção de mais de uma residência.

O segundo instituto a ser abordado é o poder familiar. Esse, por sua vez, é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores de idade. Isto é, está relacionado ao dever dos pais de sustento, educação e criação dos filhos e por esse motivo, não é passível de renúncia, tampouco delegação à terceiros, ainda que por voluntariedade dos pais.

Antes de tudo, é conveniente destacar que a denominação poder familiar foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 12.010 de 2009 para substituir a arcaica expressão "pátrio poder" utilizada pelo Código Civil de 1916 que, como o próprio nome sugere, considerava que o poder era exercido exclusivamente pelo pai enquanto “chefe de família” na condução dos assuntos domésticos e familiares. Nesse sentido, a mudança na nomenclatura desse instituto serviu para desmistificar a interpretação patriarcal e retrógrada da legislação brasileira.

Conforme algumas distinções expostas anteriormente, o poder familiar não deve ser confundido com guarda, uma vez que o poder familiar não se extingue, independente de qual seja a situação conjugal dos pais (art. 1634, CC/2002), ou seja, ele permanece mesmo nos casos de separação, divórcio ou fim da união estável.

Há também que se destacar que nem sempre quem detém o poder familiar possui a guarda da criança, como por exemplo, em uma situação de divórcio, a guarda poderá ser concedida unilateralmente à um dos genitores. Da mesma forma que nem sempre quem detém a guarda é o detentor do poder familiar, e isso pode ocorrer quando a guarda da criança é concedida a terceiros, como a avó, a título de exemplo. Nesse caso, a avó possui a guarda, todavia, não possui o poder familiar, que continua cabendo aos pais.

O Código Civil de 2002, descreve em quais hipóteses o poder familiar poderá ser suspenso ou extinto. Segundo art. 1.637, poderá ser suspenso o poder familiar quando o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos. Nesses casos o juiz deverá analisar a situação e aplicar as medidas convenientes para garantir a segurança do menor e de seus haveres.

Quanto à extinção, a norma determina que:

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
> I - pela morte dos pais ou do filho;
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
> III - pela maioridade;
> IV - pela adoção;
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Nesse sentido, serão abordadas adiante, mais detalhadamente, as modalidades de guarda conhecidas no Brasil, juntamente com a conceituação do poder familiar e seus desdobramentos.

1. O QUE É GUARDA?

Após o rompimento ideológico sobre a união matrimonial eterna, com o cunho voltado a famosa frase: “até que a morte os separe”, houve a necessidade de criar institutos jurídicos que conferissem os direitos dos filhos mesmo após a dissolução conjugal. Nesse sentido, passou a vigorar a lei que tem como o objetivo assegurar o direito de acompanhamento e desenvolvimento dos filhos, independente do estado de união dos genitores, isto é, a guarda. Nessa perspectiva, mesmo não havendo mais vínculos matrimoniais entre o pai e a mãe, existe a possibilidade dos filhos conviverem com os pais de forma mútua. Entretanto, para que essa hipótese de convivência conjunta possa ocorrer de forma equilibrada e sem riscos de proporcionar impactos negativos para os filhos, foi elaborada, conforme a aplicabilidade da lei, as diferentes modalidades de guarda. Seguindo essa vertente e tendo como base o alicerce constitucional, o adolescente ou a criança tem o direito de se desenvolver com a garantia do bem-estar social. Por esse motivo, é importante a observância do melhor interesse do menor, enquanto fim último, no momento da decisão pela guarda compartilhada.

Apesar do instituto da guarda ser um grande avanço na evolução da sociedade familiar, a lei que versa sobre o assunto não é de aplicabilidade obrigatória após a desconstrução de um casal que eventualmente tenha tido filhos. Isso ocorre em função da importância de preservar os meios necessários para que o adolescente ou a criança se desenvolvam de forma saudável no âmbito familiar que se encontram. Porém nos casos em que seja previsível qualquer tipo de abalo que prejudique no desenvolvimento do menor, o responsável que mais demonstrar possibilidades de sustentar a prole terá a guarda.

Entretanto, a guarda deve ser tida como um ideal a ser alcançado nas hipóteses de divórcio, tendo em vista a responsabilidade recíproca dos pais em cuidar da criança ou do adolescente de forma saudável. O ECA, mais especificamente no art. 3° estabelece a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, incluindo o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A Constituição da República destaca no art. 226, caput, a importância da existência de uma base familiar para a manutenção do progresso da personalidade da criança e do adolescente. Seguindo esse pensamento, é válido mencionar a frase do já falecido sociólogo Karl Mannheim que diz respeito às consequências da criação de uma pessoa ainda em desenvolvimento: “O que você faz agora com as crianças, é o que elas amanhã farão com a sociedade”.

Desse modo, a guarda compartilhada tem como fim garantir o bem-estar e preservar a convivência saudável e equilibrada entre pais e filhos.

2. GUARDA ALTERNADA

Os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro se resumem em guarda unilateral e compartilhada, sendo que, atualmente, as decisões de casos concretos optam muitas vezes pela compartilhada. Acontece que, embora não exista essa previsão em nosso ordenamento jurídico, existe outro tipo de guarda utilizada, chamada

guarda alternada, que é uma criação doutrinária e jurisprudencial, onde, de acordo com Waldyr Grisard Filho se caracteriza como:

> "A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, consequentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se."

Dessa forma, ao exercício dessa guarda no cotidiano, verifica-se que, o filho pode residir um mês na casa do pai, por exemplo, e outro mês na residência de sua mãe, ou seja, ele não exatamente possui uma moradia fixa, e não só isso, por residir em dois lugares, a convivência com familiares de um dos genitores fica limitada, assim como do próprio genitor, o que pode resultar uma certa confusão mental no menor.

Dentre os vários tipos de guarda, percebe-se quem todas prezam pelo convívio da criança e seus genitores, não sendo diferente com a guarda alternada, onde o regime de convivência do menor poderá ser estipulado pelos próprios pais. De toda forma, deve haver sempre o cuidado para o bem-estar da criança, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, positivada na Constituição Federal.

Quanto ao exercício da supracitada guarda, vários são as discussões e estudos sobre a sua eficácia, ocasionando em controvérsias, dentre elas Silvana Maria CARBONERA expõe que: "A constante troca de casa seria prejudicial ao equilíbrio do filho, impedindo que ele tenha a necessária estabilidade para seu completo desenvolvimento"

A realidade é que, considerando que a criança não possui residência fixa, ela não terá também uma rotina, o que pode ser prejudicial a sua saúde mental, pois, ela não conseguirá firmar parâmetros para sua vivência. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entendeu da mesma forma a inconveniência da Guarda Alternada.

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO DE "GUARDA ALTERNADA" - INCOVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE HARMONIA E RESPEITO ENTRE OS PAIS - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DO ALIMENTADO
> A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança.
> A guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor somente nas hipóteses em que os pais apresentam boa convivência, marcada por harmonia e respeito.
> Para a fixação de alimentos, o Magistrado deve avaliar os requisitos estabelecidos pela lei, considerando-se a proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento pelo requerido a fim de estabilizar as micro relações sociais. (TJMG - Apelação Cível 1.0056.09.208739-6/002, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/12/2013, publicação da súmula em 09/01/2014)

Portanto, é necessário que não haja a generalização de que, a guarda alternada não seja eficaz, é importante que seja analisado minuciosamente o caso concreto, e que

a decisão não ceda a rivalidade dos genitores, mas, que acima de tudo, haja a observância do que é melhor para a criança.

3. GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada sobreveio da vontade de ambos os pais compartilharem a educação e a criação dos filhos, e de que estes pudessem manter a convivência com seus filhos mesmo depois da ruptura da vida conjugal, permitindo assim, que ambos os genitores participem de forma enérgica na criação de seus filhos.

Anteriormente, com intuito de atender as necessidades da população, a guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico pela sociedade moderna. Mesmo antes de existir a respectiva lei em nosso código, a doutrina e a jurisprudência de nosso país já se valiam desta modalidade de guarda, que a priori, já vinha sendo utilizada por alguns juízes, já que não tinha norma que a proibisse. Vale ressaltar que, antes da introdução da nova lei, a guarda compartilhada somente era aplicada quando possível, se atentando a escolha dos pais.

A partir da Lei Nº 13.058, de 22 de dezembro e 2014, a guarda compartilhada se tornou regra em nosso ordenamento jurídico. Isto porque, objetivando o melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a modalidade de guarda pode ser aplicada, cabendo ao poder judiciário a fixação de atribuições de cada um. O artigo 1.583, parágrafo 2º do Código Civil cita que:

> § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Nesse sentido, dispõe Rosa (2015, p. 63):

> A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Com total respeito ao pensamento contrário, apesar das boas intenções da nova modalidade ser regulamentada no código civil, existe uma grande inquietação por trás desta lei, que é mais complexa do que aparenta ser.

Nos dias atuais, durante o litígio, infelizmente o menor é taxado como prêmio para os pais que, incessantemente querem mostrar que tem o poder. Portanto, seguindo este raciocínio, este tipo de modalidade pode ser arriscada, uma vez que quando os dois genitores obtém a guarda, eles possuem o mesmo tempo de convivência do filho, e com isso, ambos se tornam responsáveis por decisões que envolvam a criança, como por exemplo sua educação, criação, cultura, crenças, atividades extracurriculares, etc.

Quando os pais permanecem em desacordo, isto é, numa convivência desarmoniosa, a guarda compartilhada pode retroceder a um martírio para os filhos. Portanto, os profissionais do direito têm competência para avaliar cuidadosamente o objetivo de quem solicita a guarda, analisando todos os materiais para sustentar e fornecer um ambiente adequado ao menor, contemplando todo o contexto e seu histórico de vida.

Note-se que já existe sentenças pleiteadas da seguinte supracitada nos tribunais:

> ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (Apelação Cível, nº: 70005760673, Sétima 101 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 102-103. 102 NOGUEIRA, 2001 *apud* PAIXÃO, Edivane, op. Cit., p. 59. 103 RODRIGUES, 1983 *apud* PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 13, n. 36, p. 53-64, mar. 1986. P. 57. 52 Câmara Cível, TJRS, relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 12/03/2003).

O advogado João Roberto Farguetti, entende que:

> O que se pode perceber é que com a guarda compartilhada busca-se a preservação do convívio harmonioso entre filhos e pais separados, tendo em vista tratar-se de interesses de um menor em formação e que, para tanto, carece de um plano familiar estruturado ou que se aproxime desse ideal.

Conclui-se que a guarda compartilhada é a modalidade de guarda em que ambos os pais possuem direitos e deveres igualitários, sem que exista um único protetor, podendo o menor morar com um sob a constante presença do outro genitor. A modalidade é regra em nosso ordenamento, sendo considerada por vários doutrinadores como a melhor espécie para o menor, que continuará dispondo de seus pais presentes em sua vida. Ainda em tempo, reitero que por se tratar de pessoas em conflito, esta categoria de guarda deve ser tratada e refletida com muita cautela.

4. GUARDA POR ANINHAMENTO

A guarda compartilhada é um instituto admirado pela sociedade e pela jurisdição. Entretanto, pode causar impactos emocionais negativos naqueles no qual a lei se dirige, como a criança e o adolescente. Por esse motivo, surgiu a guarda da nidação ou aninhamento que é uma modalidade não prevista no ordenamento jurídico vigente, mas reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

A característica mais relevante dessa modalidade é o fato de se criar um “ninho” para a prole se desenvolver de forma saudável, no caso uma residência, enquanto isso os genitores são responsáveis por fixar nesse ambiente por um tempo determinado, alternando as visitas e garantindo assim o monitoramento modularizado entre o pai e a mãe da criança ou do adolescente.

O objetivo da guarda por alinhamento é tornar a menos desgastante emocionalmente e fisicamente a guarda em comparação com as outras modalidades, esse fator ocorre pela logística aderida, no qual o filho(s) reside em uma casa fixa,

preservando a rotina cotidiana, e é de competências dos pais visitarem e permanecerem temporiamente nesse ambiente.

Por mais benéfica que seja, infelizmente no Brasil existem casos raros no qual essa modalidade é aplicada na prática, isso ocorre por conta do alto custo de se manter uma moradia fixa e exclusiva da prole, desincentivando os pais a aderirem tal possibilidade.

5. GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral é uma modalidade que estabelece a um só dos genitores, ou alguém que os substitua a possibilidade de exercer decisões referentes ao menor, e quanto ao não detentor da guarda cabe a ele a supervisão dos interesses dos filhos, dessa forma o Código Civil já explicita:

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o)[...]
> § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Dessa forma, esse tipo de guarda a um primeiro momento, visa evitar conflitos entre os genitores sobre decisões acerca da vida da criança, contudo, cada um dos responsáveis terá seu papel estabelecido seja via acordo consensual ou por meio de decisão judicial (CC 1.584 I, II), no qual deverão ser estritamente seguidas.

Ao detentor da guarda fica responsável pelas decisões referentes à vida do filho sem que seja necessária a consulta ao não detentor, ademais compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (CC 1.634), ou seja, ambos são responsáveis, por dirigir-lhes a educação, e todas outras responsabilidades sobre a criação do menor. No entanto, à pessoa que não possui a guarda criança, mesmo que não possa resolver sem autorização as decisões referentes a ela, poderá exercer o seu direito de visita (não excluindo seu dever de prestação alimentícia), tão como de saber de informações da vida do menor, assim como diz o Código Civil já dispõe:

> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

No Brasil, na maioria dos casos a guarda unilateral é atribuída à mãe, principalmente se o menor ainda é um bebê, pois nessas situações ele necessita de atenção especial da mãe, sobretudo se ela estiver amamentando-o, nestes casos cabe ao pai à visita que deve ser periódica e acordada com a mãe, apesar disso com o passar do tempo o que se verifica é que as visitas ficam cada vez mais escassas, o que é algo que atinge a criança e compromete a sua relação com o pai, propiciando o seu afastamento.

A partir de tais casos, muito se justifica o porquê de o judicial priorizar a guarda compartilhada nos últimos tempos, pois a entendem mais benéfica para o menor, supondo que ela promoverá a manutenção de uma relação mais próxima do não detentor da guarda e da criança, mesmo apesar da separação conjugal dos pais.

Ademais, a guarda unilateral é extremamente indicada, especialmente quando a relação dos pais separados é complicada, sendo realmente um caminho. Com isso, está presente no judiciário milhares de casos de requisição de guarda, pelo pai, por exemplo, mesmo após ela ter sido estabelecida anteriormente pelo juiz à mãe. Para isso são necessárias provas, sendo que constatado o não cuidado da mãe à criança, faz com que ela perca a guarda, e ainda assim, em casos mais extremos, como por exemplo, a entrega do filho a pessoa inidônea, tal guardião poderá responder criminalmente (CP 245).

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FAMÍLIA - GUARDA UNILATERAL - FILHOS MENORES - SITUAÇÃO DE RISCO: FALTA DE PROVAS - CONCESSÃO LIMINAR: REQUISITOS: AUSÊNCIA. Sem indícios de que a conduta da mãe tenha colocado os menores em risco, injustificável atribuir-se a guarda unilateralmente ao pai, sobretudo em sede liminar, embora os fatos devam ser mais bem apurados no curso do devido processo legal, com garantia do contraditório e da ampla defesa. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0555.18.001706-6/001, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/07/2019, publicação da súmula em 29/07/2019).

Todavia é de grande importância que todas as decisões tomadas, sejam pelo juiz ou pelos pais, sejam minuciosamente pensadas e aplicadas visando o melhor interesse do menor, que merece atenção especial e que detém proteção integral, consagrada pela carta magna:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

6. O QUE É PODER FAMILIAR?

O poder familiar, intitulado anteriormente como pátrio poder, é de forma resumida o poder de tutela dos pais sobre os filhos, envolvendo nesse sentido, direitos e obrigações. É Direitos dos pais não somente decidirem questões referentes à educação e formação dos filhos, mas também, é dever de apoia-los na medida de suas necessidades.

A partir da instauração do Código Civil de 2002, a nomenclatura de caráter falocêntrico que antes se denominava pátrio poder, em uma compaixão explícita de que o poder de tutela dos filhos, assim como a condução da família, era papel exclusivamente exercido pelo pai, se findou. A chegada da Constituição Federal de 1988 estabeleceu igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, proibindo qualquer tipo de discriminação ou privilégio, portanto, mostrou-se necessário a alteração do instituto para Poder Familiar.

O supracitado artigo 5º da Constituição, em suas curtas linhas cita que:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 88)

Para mais, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente declara:

> O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Nesse sentido, o exercício do Pátrio Poder deixou de existir, uma vez que Código Civil de 2002 no seu artigo 1.631 estabeleceu a igualdade entre a mãe e o pai no exercício do Poder Familiar. Entende-se, portanto, que o Poder Familiar é mais do que um poder, é um dever. Embasar-se no conjunto de deveres que os pais possuem em face de seus filhos menores ou maiores incapazes. Assim, os pais necessitam cuidar para que os filhos cresçam rodeado de todos os cuidados essenciais para o seu desenvolvimento.

Percebe-se que o artigo 1645 do Código Civil elenca taxativamente as obrigações dos pais:

> Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
> I – dirigir-lhes a criação e educação;
> II – tê-los em sua companhia e guarda;
> III – conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> V – representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2003)

Para Maria Helena Diniz, poder familiar é o:

> Conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Em regra, o poder familiar permanece por todo o período da menoridade, entretanto, em algumas hipóteses, pode ser suspenso, destituído ou extinto.

7. GUARDA X PODER FAMILIAR

A expressão "guarda" é definida como a ação de vigiar e zelar pela segurança de um lugar ou alguém, isto é, está diretamente relacionada com os deveres de proteção e de cuidado. Juridicamente analisando, a guarda é definida como a obrigação de prestar de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conforme descreve o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Nas palavras do professor César Fiuza:

> (...) a guarda, em termos genéricos, é o lado material do poder familiar, é a relação direta entre pais e filho, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes. (Fiuza, 2010, p.1017)

Nesse sentido, é possível afirmar que se trata uma relação de posse dos pais para com os filhos. Embora essa concepção pareça um tanto equívoca, é por meio dessa

vertente que o ECA no art. 33, § 1º, constitui os desdobramentos desse instituto, pois conforme a norma, a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, isto é, a posse direta dos pais sobre os filhos.

Ainda que os conceitos sobre esse instituto sempre remetam aos pais, enquanto detentores da guarda, outras pessoas também podem ser titulares da guarda de uma criança ou adolescente. A legislação estabelece que a guarda poderá ser concedida provisoriamente ao tutor, famílias em processo de adoção, abrigos e também à parentes próximos para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável. Além do mais, a guarda poderá ser entregue definitivamente a um terceiro nos casos em que o juiz identificar nos genitores a ausência das condições essenciais para manutenção do bem-estar do menor envolvido, sobretudo, buscando sempre garantir a concretização do princípio do melhor interesse da criança.

No tocante ao poder familiar, o Código Civil de 2002 o define como um rol de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Esse instituto, diferentemente da guarda, não é perdido e nem é passível de delegação à terceiros, mesmo que por vontade dos pais. O poder familiar é responsabilidade exclusiva dos genitores de sustento, guarda e educação, além do dever de cuidado com os bens dos filhos menores.

O art. 1.634 do Código Civil determina, ainda, que poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, cabendo a eles: dirigir-lhes a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, entre outras designações.

Ao contrário da guarda, o poder familiar não está diretamente relacionado com quem exerce companhia a criança, pois mesmo nas situações de divórcio ou fim da união estável, os genitores não perdem o direito de exercício do poder familiar, podendo exercê-lo sem qualquer interferência.

Contudo, a legislação brasileira tratou de estabelecer as situações em que os pais poderão ter o poder familiar suspenso, extinto ou perdido. Para fins de suspensão, o Código Civil estabelece que:

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Ainda nessa mesma norma, o legislador afirma que o poder familiar também poderá ser suspenso ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A extinção do poder familiar ocorrerá em caso de falecimento dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por sentença judicial.

Já a perda do poder familiar só poderá ocorrer por meio de sentença judicial após uma cautelosa análise do caso concreto, cabendo ao juiz adotar as medidas que melhor atenda a segurança do menor e de seus bens. Dentre as causas que podem culminar na perda do poder familiar, estão: castigos imoderados, abandono, prática de atos imorais, entregar de forma ilegal e irregular o filho a terceiros para fins de adoção e também a prática reiterada de atos passíveis de suspensão.

Diante ao exposto, esclareça-se que a guarda não se equipara ao poder familiar e portanto, são institutos que não podem ser confundidos, pois como já mencionado anteriormente, ao guardião, cabe proporcionar ao menor condições que garantam a preservação à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, etc no período de convivência com a criança, posto que existem situações em que os pais são os detentores do poder familiar, porém a guarda está atribuída a um terceiro.

CONCLUSÃO

No presente estudo constatou-se que mesmo quando há término da sociedade conjugal, o poder familiar de ambos os pais em relação aos filhos permanece sem alterações, portanto, somente se torna necessário determinar a guarda dos filhos menores. Ademais, foi abordado os tipos de guardas e suas especificidades, e conceituado o poder familiar, com o objetivo de diferenciar os institutos.

A mudança do código civil de 2002 referente ao tema, principalmente com a LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014, redimensionou esse assunto trazendo uma considerável transformação doutrinária e jurisprudencial, com consequências positivas e negativas sobre a matéria. Ante todo exposto, verifica-se as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, corroborando assim a necessidade de que haja um estudo do caso concreto, para que seja eficaz a aplicabilidade deste instrumento.

Ficou esclarecido que a Lei da guarda compartilhada não deve ser aplicada indistintamente; deve o magistrado apreciar cada caso, pois, na maioria das vezes a aplicação deste instituto é inviável. Ainda em tempo, reitera-se que se deve enaltecer o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que elas são os maiores impactados. Denise Damo Comel cita que: “a reformar que se nos apresenta exigirá algum esforço do operador do direito na tarefa de harmonizar as novas regras no contexto do Código Civil e com os superiores e prioritários interesses dos filhos menores [...]”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília,1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. ECA - **Estatuto da Criançae do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. **LEI No 13.058**, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014. Brasília, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

JÚNIOR, Jesualdo. **A nova roupagem da guarda compartilhada.** Ministério Público, São Paulo, 2015. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.02.PDF>. Acesso em: 25 ago. 2019.

Guarda alternada ou guarda compartilhada?. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2013. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4966/Guarda+alternada+ou+guarda+compartilhad>. Acesso em 25 ago. 2019.

Guarda Compartilhada X Guarda Alternada: saiba no que se diferem. Instituto Brasileiro de Direito de Famíla, 2017. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6327/Guarda+Compartilhada+X+Guarda+Alternada%3A+saiba+no+que+se+diferem> Acesso em: 05 ago 2019.

CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela. Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>. Acesso em: 05 ago. 2019.

Guarda dos filhos – alternada, compartilhada ou unilateral?. Instituto Brasileiro de Direito de Famíla, 2016. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12623/Guarda+dos+filhos+%E2%80%93+alternada%2C+compartilhada+ou+unilateral%3F>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CARBONERA, Silvana. **Guarda de filhos: o sentido da relação entre seus sujeitos e os critérios de estabelecimento na família** . Acervo digital, 1999. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19599/Dissertacao;jsessionid=FF09C53C124E9D14562DBF2C1BD8000D?sequence=1>. Acesso em: 26 ago. 2019.

TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I.** Migalhas, 2015. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SOUZA, Luiz. **Guarda Compartilhada: Vantagens e Desvantagens em Comparação com outras modalidades de guarda.** Jus Brasil, 2019. Diponível em <https://lluiznogueira.jusbrasil.com.br/artigos/746017007/guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-em-comparacao-com-outras-modalidades-de-guarda?ref=feed>. Acesso em: 31 ago. 2019.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. Edição 14ª. São Paulo: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Edição 11ª. São Paulo: Afilhada, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, **v. 5: Direito de Família**. Edição 29ª. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. 2015. Revista Síntese: Direito de Família. São Paulo, 2015. Ago- Set. 2016.

A REFORMA TRABALHISTA E A LEGALIZAÇÃO DO FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO: UM ESTUDO ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE ÀS FRAUDES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS

Jhemila Paula Cardoso [1]
Janaina Silveira Soares Madeira[2]

Resumo: O presente estudo trata da análise das novas disposições legais introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, pela Lei 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, que autoriza a contratação de trabalhadores autônomo, alterando também, a Lei 6.019/1974, possibilitando a terceirização de serviços, de forma irrestrita, inclusive, em relação às atividades-fim da empresa, importando na legalização do fenômeno conhecido por Pejotização, verificando a utilização do Princípio da Primazia da Realidade como instrumento de combate às fraudes no âmbito das relações laborais. O tema é importante para compreender o fenômeno da Pejotização, que se faz presente na realidade brasileira desde a década de 1970 e se prolifera diante de um contexto de crise econômica e desemprego acelerado, facilitado pelas novas disposições trazidas com a Lei 13.467/2017. O objetivo geral deste estudo visa compreender as novas disposições da Reforma Trabalhista em relação ao Fenômeno da Pejotização frente ao Princípio da Primazia da Realidade. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfico, com fonte em doutrinas jurídicas, legislações e jurisprudências. Através dessa pesquisa foi possível constatar que, a pejotização é normalmente considerada como fraude, sendo que o Princípio da Primazia da Realidade é mecanismo eficiente para combatê-la. Entretanto, existe a possibilidade de contratação de trabalhadores autônomos e prestadores de serviços terceirizados de forma lícita, com benefícios para as empresas e para os trabalhadores.

Palavras-chave: Pejotização. Reforma Trabalhista. Princípio da Primazia da Realidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto compreender as novas disposições legais introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e na Lei 6.019/1974, pela Lei 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, em relação ao fenômeno da Pejotização, analisando a utilização do Princípio da Primazia da Realidade como instrumento de combate às fraudes no âmbito das relações laborais.

As alterações legislativas promovidas que autorizam a contratação de trabalhadores autônomos, inserta no art. Art. 442-B, da CLT e, mormente a possibilidade da terceirização irrestrita de serviços, inclusive, das atividades-fim da empresa, prevista no art. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74, importam na legalização do fenômeno conhecido por Pejotização, afrontando o Princípio da Primazia da Realidade, posto que, no Direito do Trabalho, tem-se que, independentemente da forma de contratação do empregado e de qualquer instrumento escrito, prevalece à realidade fática de que o trabalhador, mesmo prestando serviços de forma autônoma ou por pessoa jurídica, formou típica relação de emprego com o contratante, nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT.

Deste modo, estas disposições trazidas com a Reforma Trabalhista representam um grande retrocesso social, na medida em que permitem que a relação de emprego seja camuflada pela contratação de autônomos ou pela contratação de colaboradores que tenham constituído uma pessoa jurídica, mesmo estando presentes todos os requisitos do vínculo de emprego, na forma do art. 3º da CLT, se caracterizando, assim, fraude com respaldo legal (AFONSO; PINTO; LUKIC, 2017).

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: jhemila.paula@hotmail.com.
2. Professora Mestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogada. E-mail: janaina@holzmadeira.com.br.

Destarte, resta evidente a importância de se pesquisar esse tema, uma vez que concretizada a fraude através da Pejotização, estes obreiros terão seus direitos fundamentais assegurados por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da CLT violados. Nesta perspectiva, os empregadores estarão isentos de cumprir diversos direitos trabalhistas, obrigações previdenciárias e tributárias, mesmo preenchidos todos os requisitos da relação de emprego (BATISTA; SILVA, 2017).

Portanto, o tema deve ser amplamente debatido, em virtude do fenômeno da Pejotização possuir poder de impacto em diversas áreas da sociedade brasileira e diante de um contexto de crise econômica e desemprego acelerado, agregado as novas disposições trazidas com a Lei 13.467/2017, este tipo de contratação estará substituindo o contrato de emprego, com o objetivo exclusivo de reduzir despesas com encargos gerados pelo vínculo trabalhista, em detrimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

Assim, importante apontar ferramentas para combater este fenômeno, com o intuito de preservar a dignidade humana dos trabalhadores brasileiros, bem como, alertar os operadores do direito e empregadores acerca das consequências da opção por um instituto fraudulento. Este fenômeno não vai de encontro com a finalidade de preservar a essência do Direito do Trabalho, que é tutela dos trabalhadores, concretizando assim a justiça social (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014).

Torna-se necessário compreender que a legalização do fenômeno da pejotização traz grandes impactos na vida social dos trabalhadores e, diante das alterações legislativas operadas com a Reforma Trabalhista, criaram-se margens para que os obreiros fiquem desprotegidos e vulneráveis, privando-os de direitos mínimos garantidos constitucionalmente.

A contratação de trabalhador que é compelido a constituir a pessoa jurídica para se garantir economicamente, importa em retrocesso social, posto que, mesmo preenchendo todos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício - que segundo Leite (2017, p.160) são “onerosidade, pessoalidade, subordinação e habitualidade” - não possuem acesso aos direitos trabalhistas previstos na CLT, por terem assumido forma revestida de pessoa jurídica.

Neste contexto, são inúmeros os direitos que os empregados deixariam de ter acesso, tais como: limitação da carga horária de trabalho; descanso semanal remunerado; férias remuneradas; com adicional de um terço; décimo terceiro salário; aviso prévio para rescisão do contrato; verbas rescisórias; salário mínimo; horas extras; direitos decorrentes de acidente de trabalho, e, ainda, caso não haja o recolhimento regular das contribuições previdenciárias acarretará na impossibilidade de gozar de auxílio doença, licença maternidade, entre outros. Logo, os prejuízos são imensuráveis aos trabalhadores, pois legalizada essa prática estarão impedidos de ter acesso aos direitos mínimos garantidos aqueles que possuem a carteira de trabalho devidamente registrada, quando existente o vínculo de emprego.

Ademais, pode se destacar, também, que além de burlar direitos dos trabalhadores há consequências para toda coletividade, posto que o fenômeno da Pejotização, acarreta prejuízo ao erário, ante a diminuição de recolhimentos dos tributos incidentes sobre o salário do empregado, o que, consequente, trará impacto a arrecadação e promoverá a diminuição do financiamento de políticas públicas, ou seja, a sociedade sofrerá como um todo (CHAGAS, 2015).

Nesta perspectiva, será demonstrado no presente trabalho o fenômeno da Pejotização como instrumento de fraude à caracterização do vínculo de emprego, posteriormente, se discorrerá sobre as modificações trazidas pela Lei 13.467/2017 e a tentativa de legalizar a prática da Pejotização e, em seguida, se verificará a utilização do Princípio da Primazia da Realidade como instrumento de combate às fraudes no âmbito das relações laborais.

1. O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FRAUDE À CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO

As mudanças do sistema que evoluiu o modo de produção iniciada com a Revolução Industrial, no século XVIII, foram responsáveis pela mundialização da economia, que acarretaram em consequências diretas nas relações de trabalho. Assim, a democracia obteve conquistas para o Direito do Trabalho, com a promulgação de leis e decretos que regulamentaram as relações laborais no Brasil. Todavia, no início da década de 1970, houve um cenário de desregulamentação deste âmbito do direito trazendo como característica marcante a precarização nas relações de trabalho. Nesta circunstância, surge o fenômeno da Pejotização, prática utilizada por empresários, que com o intuito de aumentar os lucros e reduzir despesas contratam pessoas físicas que se revestem de pessoas jurídicas (BATISTA; SILVA, 2017).

Com o advento da Reforma Trabalhista, por meio da Lei 13.467/2017, surge a tentativa de legalização do fenômeno da Pejotização, com a possibilidade de contratação de trabalhadores autônomos, estabelecida no art. Art. 442-B e, principalmente, com a liberação da terceirização irrestrita de serviços, inclusive, das atividades-fim da empresa, prevista no art. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74. Desta forma, surge regulamentada a possibilidade de contratação e desenvolvimento de prestação de serviço autônomo, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afastando a qualidade de empregado, prevista no art. 3º da CLT ou por meio de empresa de prestação de serviços, oportunizando, assim, a proliferação de fraude na seara trabalhista.

Notadamente, o trabalhador autônomo se vê obrigado a constituir uma pessoa jurídica, a fim de deixar de ser pessoa física e mascarar um dos requisitos da relação de emprego. Assim, nesta modalidade de trabalho, a prestação de serviço ocorre sob o formato de uma relação empresarial, ou seja, uma mera prestação de serviço entre duas empresas. Portanto, a priori, não existe obrigação trabalhista de qualquer natureza, levando em conta que nem todos os requisitos para a configuração de relação empregatícia estão presentes na relação de trabalho (AFONSO; PINTO; LUKIC, 2017).

Para Ortiz (2017) a Pejotização ocorre em um ambiente de precarização das relações trabalhistas, criando-se condições ideais para o surgimento do fenômeno, no qual o empregador induz o trabalhador a constituir uma empresa, não obstante, permanece o trabalhador realizando as mesmas atividades que realizava antes, como empregado pessoa física.

Portanto, a Pejotização fica muito bem caracterizada quando ocorre a demissão de um empregado, admitido com registro em carteira de trabalho, conforme disposições da CLT e, acaba por ser dispensado para recontratação como autônomo ou para prestar serviços através de pessoa jurídica, mantendo o preenchimento de todos os requisitos de relação de emprego.

Há, ainda a situação onde os empregadores contratam diretamente prestadores de serviços autônomos ou que constituíram pessoas jurídicas, que nas relações de trabalho possuem todas as características de vínculo de emprego, disposto no art. 3º da CLT,

quais sejam: subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade, todavia, são contratados com autonomia, inclusive, através de pessoas jurídicas, caracterizando a Pejotização, com intenção de ocultar a relação de emprego.

Desta forma, a pejotização trata-se de prática vantajosa para os empregadores, uma vez que, os obreiros passam a emitir nota fiscal, possibilitando que os empregadores venham se isentar de cumprir diversos direitos trabalhistas, encargos previdenciários e tributários. Portanto, sob este prisma, a caracterização da pejotização é sinônimo de fraude (BATISTA; SILVA, 2017).

No mesmo sentido, Chagas (2015 p.4), discorre sobre a possibilidade dos empregadores se absterem das responsabilidades trabalhistas advindas da relação de emprego por meio da Pejotização:

> A pejotização, como visto, é apontada pela maioria dos doutrinadores trabalhistas como uma das modernas formas de fraude à relação de emprego, de uso bastante comum por empregadores que pretendem livrar-se dos ônus trazidos com a formalização de uma relação de emprego.

Conforme estabelece o art. 9° da CLT a prática da Pejotização é nula, posto que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação" (BRASIL, 1943).

Nessa mesma perspectiva, Santos e Viegas (2019, web), defendem que a prática da Pejotização é ilícita, portanto, deverá ser considerada nula, posto que viola o Princípio da Primazia da Realidade:

> Dessa maneira, resta claro que a pejotização continua sendo uma forma de contratação ilícita, visto que fere o princípio da primazia da realidade e a aplicabilidade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal e, caso ocorra, o empregador está sujeito ao reconhecimento do vínculo em juízo, com o pagamento de todas as verbas suprimidas e ainda a aplicação da multa prevista no artigo 47 da CLT.

Por outro lado, há àqueles que buscam legitimar a prática da Pejotização, defendendo a sua legalidade, com fulcro no art. 129 da Lei n.º 11.196/05, que dispõe:

> Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (BRASIL, 2005).

Conforme Barbosa e Orbem (2015) houve certa legalização da Pejotização, não só com a Lei 11.196/05, mas também com a Reforma Trabalhista, posto que os trabalhos intelectuais e os de natureza científica, citados pelo texto da norma, fazem com que aparentemente a Pejotização pareça benéfica tanto para os trabalhadores e contratantes.

Assim, a partir deste viés, trataremos o fenômeno de Pejotização como instrumento de fraude, utilizado para camuflar uma relação de emprego. Para tanto se faz importante diferenciar o trabalhador com relação de emprego, o trabalhador autônomo e o trabalhador terceirizado, o que será discorrido a seguir.

1.1 DIFERENÇAS ENTRE RELAÇÃO DE EMPREGO, TRABALHO AUTÔNOMO E TRABALHO TERCEIRIZADO

O reconhecimento do vínculo empregatício está estritamente ligado ao preenchimento dos requisitos que estão dispostos na CLT, sendo que, a ausência de um dos pressupostos acarreta o não reconhecimento da relação de emprego.

De acordo com Leite (2017, p.160) “é bem de ver que os arts. 2º e 3º da CLT fornecem os seguintes critérios (ou elementos essenciais) para a caracterização da relação de emprego: pessoalidade, não eventualidade, subordinação hierárquica ou jurídica e onerosidade”. Caso falte um desses elementos, não estará caracterizada a relação de emprego, portanto, todos os quatros elementos são primordiais.

Esses requisitos são responsáveis por direcionar e distinguir se dada atividade laboral se trata de relação de emprego ou relação de trabalho. Sendo que, o presente trabalho estuda justamente este aspecto, a relação de emprego sendo tratada como relação de trabalho.

Desta maneira, sempre que presentes todos os requisitos de relação de emprego, esta atividade laboral deverá ser regida pela CLT, garantindo a estes obreiros todos os direitos assegurados como empregados com Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS devidamente registrada. Entretanto, de outro modo, se caracteriza a relação de trabalho toda prestação de serviços que envolva labor humano, tal qual o trabalho autônomo. Deste modo, a relação de trabalho, nas palavras de Delgado (2007, p. 455):

> Refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de trabalho existente no mundo jurídico atual.

O trabalho autônomo se concretiza quando o trabalhador não preenche um dos requisitos necessários para a caracterização do vínculo de emprego, especialmente o elemento de subordinação. Assim, o obreiro exerce atividade laboral sem receber ordens do tomador do serviço. O serviço ocorre de forma discricionária, podendo o trabalhador determinar sua própria organização, conduzindo assim, o modo de execução do serviço. Portanto, o trabalhador autônomo é aquele que trabalha por conta própria, assumindo os riscos do negócio, não se subordinando às ordens e ao controle do tomador (LEITE, 2017) (ROMAR, 2017).

Diversos profissionais liberais, tais como representantes comerciais, advogados, contadores, médicos, entre outros são trabalhadores autônomos. Como esclarece Barros (2016, p. 148), o trabalhador autônomo, por não possuir o elemento de subordinação, não faz parte da categoria de relação de emprego, portanto, a ele não é aplicada as normas da CLT:

> O trabalho autônomo, por faltar-lhe pressuposto da subordinação jurídica, está fora da égide do Direito do trabalho. No trabalho autônomo, o prestador de serviço atua como patrão de si mesmo, sem submissão aos poderes de comando do empregador, e, portanto, não está inserido no círculo diretivo e disciplinar de uma organização empresarial. O trabalhador autônomo conserva a liberdade de

> iniciativa, competindo-lhe gerir sua própria atividade e, em consequência, suportar os riscos daí advindos.

Impende asseverar que a terceirização representa uma triangularização entre a tomadora de serviços (parte contratante), prestadora de serviços (parte contratada) e o empregado terceirizado, tendo esse último vínculo de emprego direto com a empresa prestadora ou os serviços prestados pelo próprio sócio, como previsto no artigo 4º-A, §1º, da Lei 6019/76, alterada pela lei 13.429/17 (PERREGIL, 2018).

Sobre a prestação de serviços terceirizados João (2019, web) aduz que:

> (...) o objeto contratual é a transferência pela contratante para o atendimento dos serviços que estão sendo contratados e para o qual a prestadora poderá se valer de trabalhadores próprios ou atuar de modo individual em relacionamento contratual cuja finalidade, diga-se de novo, é a prestação de serviços em quaisquer atividades, inclusive a principal, desde que o prestador tenha capacidade econômica compatível com sua execução.

Do mesmo modo do contrato autônomo, o que estabelece a distinção efetiva de um contrato de emprego e o de prestação de serviços terceirizados é a ausência de subordinação, eis que a responsabilidade contratual, contrariamente ao contrato de emprego, deixa o livre-arbítrio em sua plenitude e o contrato se faz pelo resultado do serviço e não pelo controle e domínio do outro (JOÃO, 2019).

Portanto, na relação de trabalho autônomo ou na prestação de serviços terceirizados, existe independência para o exercício da atividade por parte do trabalhador, não devendo assim, o tomador do serviço exercer qualquer conduta de ordem ao modo de realização do serviço prestado. Destaca-se que esta peculiaridade é a questão fundamental que diferencia a relação de trabalho da relação de emprego.

2. AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS COM A LEI 13.467/2017 E A TENTATIVA DE LEGALIZAÇÃO DA PRÁTICA DA PEJOTIZAÇÃO

As modificações advindas com a Lei nº 13.467/2017, flexibilizaram as relações de trabalho, a fim de conferir maior dinamicidade às possibilidades de emprego e à demanda por mão de obra, acarretando significativas modificações no panorama jurídico do Direito do Trabalho, todavia, conforme salientado no tópico anterior, no seu texto legal trouxe a possibilidade da legalização do fenômeno da Pejotização.

A Reforma Trabalhista incluiu na CLT, no art. 442 -B, a permissão e regulação da contratação de autônomo, afastando a qualidade de empregado, *in verbis:*

> Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

A nova legislação alterou, também, a Lei 6.019/74, inovando o ordenamento jurídico, com previsão expressa, acerca da terceirização, antes regulada e tratada pela Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho - TST. Assim, nos arts. 4º-A e 5º-A se estabeleceu a possibilidade legal da terceirização irrestrita das atividades empresariais, sejam atividades-fim ou meio, vejamos:

> Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade

> principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.
>
> Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Percebe-se, assim, pela literalidade do contido nos dispositivos mencionados, incluídos no ordenamento jurídico nacional pela Reforma Trabalhista, que há uma clara tentativa de, mesmo presentes todos os requisitos para a caracterização da relação de emprego, estabelecidos no art. 3º da CLT e já mencionados, havendo a opção pela contratação de autônomos ou terceirizados, não há que se falar em reconhecimento de vínculo de emprego, buscando-se, dessa forma, a legalizar o fenômeno da Pejotização.

Para Chagas (2015) de forma ardilosa, a Reforma Trabalhista reconhece a regra geral – contrato de emprego, todavia, o descarta de forma a colocar os interesses dos empregadores acima dos trabalhadores, no momento em que proporciona a legalização da fraude, chamada Pejotização, fenômeno este, que é responsável por ocultar o vínculo de emprego existente entre empregado e empregador .

Conforme ressaltado por Fortes e Pinheiro (2018):

> A referida lei previu expressamente a inexistência de vínculo empregatício entre trabalhadores e sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante, o que é uma grande conquista para os tomadores de serviço, previu ainda a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, caso a empregadora direta não seja capaz de garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas, regulamentando o que, na prática, já era adotado na justiça do trabalho.

Há que se ressaltar, todavia, que a Reforma Trabalhista, limitou a aplicação da terceirização, eis que proíbe que empregado demitido constitua pessoa jurídica ou seja contratado em outra empresa prestadora de serviços e passe a prestar serviços à sua antiga empregadora, pelo prazo mínimo de 18 (dezoito) meses, a contar do encerramento do seu contrato de trabalho, como se percebe da leitura dos arts. 5-C e 5º-D da Lei 6019/74, alterada pela lei 13.467/17:

> Art. 5º C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.
>
> Art. 5º D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.

Por certo, que as disposições acima destacadas, buscam evitar ou minimizar o fenômeno da Pejotização. Para Chagas (2015), estas disposições legais são mecanismos para tentar evitar o desligamento em massa de trabalhadores, que segundo ordens dos empregadores são demitidos para se constituem pessoas jurídicas e assim voltam a laborar com essa nova roupagem. Não obstante, estas previsões não impedem que novas contratações possam ser feitas totalmente nessa sistemática, portanto, não são aptos a

combater a Pejotização, apenas diminuem seus efeitos colaterais, por determinado tempo.

Isto posto, a Reforma Trabalhista foi responsável por abrir caminhos legais que possibilitaram a proliferação, regularização e possível legalização da Pejotização, mormente diante do contexto atual de crise econômica e desemprego que atinge o país, que, conforme Chade (2019) poderá atingir13,1 milhões de brasileiros em 2019:

> Segundo os números da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad Contínua), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de desemprego média no País em 2018 foi de 12,3%. No trimestre encerrado em dezembro, o porcentual de desempregados era de 11,6%. [...] Segundo as previsões da OIT, em números absolutos, o total de brasileiros desempregados chegará a 13,1 milhões em 2019 e, em 2020, o número seria de 12,7 milhões.

Deste modo, essas transformações sociais, principalmente o alto índice de desempregados, pode ter influenciado e contribuído para rápida expansão da Pejotização, passando os trabalhadores aceitar propostas de trabalho autônomo ou constituir pessoas jurídicas, para prestação de serviços terceirizados, em detrimento da contratação usual, pelo regime celetista, mesmo quando caracterizado os requisitos da relação de emprego. Neste sentido, discorrem Batista e Silva (2017):

> A adequação das relações de emprego ao contexto atual trouxe novos pensamentos acerca da normatização do direito laboral. Buscam-se trabalhadores que se ajustem ao mundo neoliberal, negociem suas condições de trabalho e se adaptem a contratos cada vez mais flexíveis.

A Pejotização isenta os empregadores em relação às obrigações trabalhistas e fiscais, que somente são devidas quando se está diante de uma relação de emprego, conforme discorrem Batista e Silva (2017, p.174):

> É sabido que, para potencializar lucros e obter maior competitividade no mercado, muitas empresas utilizam-se de meios ardilosos para alcançar tais objetivos. Nesta seara, a pejotização surge como uma forma de contratação que exime o empregador de encargos trabalhistas e fiscais que advêm de uma relação de emprego.

No mesmo sentido, Afonso, Pinto e Lukic (2017, p.7) compreende que o fenômeno da Pejotização é utilizado para diminuir custos e ampliar a produtividade, conforme dispõe:

> Tal fenômeno não deixa de ser uma forma que o empresariado brasileiro encontrou para reduzir custos e ampliar a produtividade, à revelia de medidas do governo e de sua falta de percepção e planejamento. Não é fácil, assim, demarcar a fronteira entre o planejamento tributário indevido e a busca por produtividade. A recessão que provou recorde de desemprego começou por atingir mais duramente os assalariados de mais alta renda, e muitos deles se tornaram autônomos ou pessoas jurídicas. Não há garantia de que, uma vez retomada a economia, todos, ou mesmo boa parte, voltem a ser contratados com carteira assinada. A motivação principal persiste e foi aqui demonstrada: o Brasil tem uma das maiores cargas tributárias sobre a folha salarial no mundo, sobretudo para contratar trabalhadores de maior renda.

E, as consequências do referido fenômeno não se limitam a esfera trabalhista, mais de igual modo, envolve questões fiscais, previdenciárias e contribuições devidas ao para o FGTS, como bem destaca Chagas (2015, p.4):

> A fraude perpetrada por intermédio da pejotização, além de significar grave afronta à relação de trabalho e a uma série de diretos trabalhistas, impõe violação e fraude também às contribuições fiscais, previdenciárias e contribuições para FGTS. Via de consequência, frauda-se não só a relação de emprego, afeta-se não só o empregado que deixa de ser reconhecido como tal e de auferir seus direitos, mas toda uma coletividade que é beneficiária do INSS, que é beneficiária dos serviços públicos que são financiados, ao menos em parte, com as arrecadações tributárias, que é beneficiada pelo dinheiro angariado pelas contribuições ao FGTS.

Deste modo, é possível verificar que muitas áreas são atingidas pelo fenômeno da Pejotização, apesar de sua tentativa de legalização surgir com o intuito de aquecer a economia, existe uma enorme onda de pontos negativos, tal como, quando olhamos sob o aspecto social, previdenciário, trabalhista e tributário, pois significa um enorme retrocesso para a sociedade brasileira. Por esta razão, a seguir será a abordado os meios de combate ao referido fenômeno.

Nesta perspectiva, é possível asseverar que as modificações trazidas pela Lei 13.467/2017, buscaram legalizar a prática da Pejotização, não obstante, independentemente da forma de contratação, mesmo a legislação chancelando expressamente a inexistência de vínculo de emprego, quando considerado o Princípio da Primazia da Realidade, pelo qual prevalece à percepção da realidade fática sobre os aspectos formais de um contrato, torna-se extremamente complexo sustentar a regularidade dessas contratações, o que será tratado no tópico a seguir.

3. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE COMO INSTRUMENTO AO COMBATE ÀS FRAUDES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS

Ao vislumbrar o Direito do Trabalho é evidente que consiste em normas e princípios, tal qual os demais ramos do direito. Os princípios são alicerces da norma, sendo considerados como sustentação para sua legitimação, atribuem o norte a ser seguido. A norma consiste em regras criadas conforme os princípios de determinada ciência jurídica. Assim, inicialmente, imperioso realizar breves esclarecimentos sobre a força normativa dos princípios, eis que devem ser considerados nas soluções dos conflitos contidos no caso concreto.

Para Barros (2016) são inúmeras as diferenças entre princípios e normas. Pode-se concluir que no que tange às normas, que elas prescrevem atos relativamente específicos, já os princípios abrangem atos inespecíficos. Outro aspecto é que os princípios podem gerar direitos subjetivos, ao contrário daquilo que ocorre com as normas, que são aplicadas imediatamente. Por fim, ressalta-se que os princípios contêm enunciação ampla, tidos como abstratos, entretanto, as normas são concisas.

Portanto, apesar da legislação trabalhista ter sido modificada pela Reforma implementada pela Lei 13.467/2017, chancelando a possibilidade de contratação de autônomos ou de colaboradores que tenham constituído uma pessoa jurídica, havendo expressa previsão legal pela inexistência de vínculo de emprego, tem-se certo que a mera previsão na norma, não permite garantir que nunca haverá o reconhecimento do vínculo de emprego, posto que, historicamente ao Direito do Trabalho se aplica o Princípio da Primazia da Realidade, que importa na prevalência dos fatos sobre os documentos.

O Princípio da Primazia da Realidade garante a proteção do empregado, na relação com o empregador, garantindo que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos, deve-se dar preferência aos fatos em detrimento de formas, formalidades ou aparências.

No mesmo sentido, imperioso destacar o entendimento de Leite (2018, web) acerca do Princípio da Primazia da Realidade:

> A realidade fática na execução do contrato prevalece sobre o aspecto formal das condições nele avençadas. Trata-se da aplicação do princípio da primazia da realidade. Assim, pouco importa se na CTPS do empregado conste que ele percebe, v. g., apenas um salário fixo, quando, em realidade, há pagamento de comissões "por fora". Além disso, o ordenamento justrabalhista considera nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos trabalhistas (CLT, art. 9o), o que reforça a justificativa da existência do princípio em exame.

Desse mesmo modo, Moura (2016, web) ensina sobre o Princípio da Primazia da Realidade, aduzindo ser um mecanismo de proteção ao trabalhador que se encontra numa relação desigual em relação ao empregador:

> Não há necessidade de o empregado demonstrar fraudes ou coação na confecção dos documentos, bastando que prove que a realidade conflita com o que consta na documentação. Decorre, assim, da índole protetiva do direito do trabalho, esta possibilidade da verdade real (verdade substancial) se sobrepor à verdade meramente formal estampada na documentação produzida ao longo do contrato de emprego.

À vista disso, o Princípio da Primazia da Realidade é considerado um instrumento poderoso para o combate às fraudes perpetradas no âmbito das relações laborais, na forma preconizada no art. 9° da CLT já descrito no presente trabalho.

Sendo assim, considerando que o empregado precisa do emprego, que é sua fonte de renda e meio de subsistência, passando a acatar condições que lhe são impostas unilateralmente e discrepantes da realidade da prestação de serviço, podem ser considerados nulos os atos praticados, a ensejar, por exemplo, o efetivo reconhecimento do vínculo de emprego, mesmo que pactuado por escrito a contratação autônoma ou a prestação de serviços terceirizados.

Desta maneira, constatada a Pejotização como forma fraudulenta de contratação de empregados, ante o Princípio da Primazia da Realidade será desconsiderado o contrato de natureza civil firmado entre as partes, porque caracterizados os requisitos da relação de emprego, dispostos no art. 3º, da CLT, e, em consequência, todas as garantias atinentes a esta relação de fato serão observadas (BATISTA; SILVA, 2017).

Ademais, como bem ressaltado por Barros (2016, p. 126) o Princípio da Primazia da Realidade possui íntima relação com o Princípio da Irrenunciabilidade, os quais protegem os trabalhadores e impossibilitam que renunciem a certos direitos:

> O princípio da irrenunciabilidade possui uma coligação com o princípio da primazia da realidade. Embora atenuado pela negociação coletiva (art. 7º, inciso VI, XIII e XIV da Constituição vigente) está vinculada à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses

> direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.

A jurisprudência trabalhista é pacífica reconhecendo a fraude da Pejotização, ante a prevalência do princípio da primazia da realidade, sendo indiferente a forma de contratação do empregado e de qualquer instrumento escrito, prevalecendo, sempre a realidade fática a fim de reconhecer o vínculo de emprego, quando presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT. Vejamos no acórdão do processo nº 160700-67.2013.5.17.0010, de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 18/04/2018 e publicado em 20/04/2018, no âmbito da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - TST:

> VÍNCULO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. FRAUDE. O Tribunal Regional concluiu, com amparo no conjunto fático-probatório dos autos, notadamente na prova testemunhal, que a primeira reclamada, ora recorrente, utilizou-se de artifícios, com intuito claro de impedir a aplicação das disposições celetistas. Com efeito, consta do acórdão regional que o preposto da primeira ré declarou que a empresa firmou com o Sr. Patrice contratos de prestação de serviços que vigeram durante todos os meses entre os anos de 2004 a 2013. Além disso, o Regional constatou estarem presentes os requisitos configuradores da relação de emprego, previstos no artigo 3º da CLT, durante todo o período de prestação de serviços para a reclamada. **O Regional, após analisar o contexto em que se deu a relação entre as partes, concluiu estar diante da figura conhecida como pejotização, fenômeno em que, na realidade, existe a contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoa física, mediante subordinação, de forma não eventual e onerosa, realizada por meio de pessoa jurídica constituída especialmente para esse fim, na tentativa de mascarar a efetiva relação de emprego, com o intuito de burlar os direitos trabalhistas.** Nesse contexto, o trabalhador, que é a parte hipossuficiente na relação de trabalho, é compelido a constituir a pessoa jurídica para se garantir economicamente, ainda que sejam sucumbidos os direitos previstos no sistema trabalhista, a exemplo da limitação da carga horária de trabalho, DSR, horas extras, férias, 13º salário, verbas rescisórias, entre outros. **Tendo em vista que, no Direito do Trabalho, vigora o princípio da primazia da realidade, tem-se que, independentemente da forma de contratação do empregado e de qualquer instrumento escrito, prevalece a realidade fática de que o trabalhador, encoberto sob o manto da pessoa jurídica, formou típica relação de emprego com o "tomador de serviços", nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT**. Dessa forma, não prospera a alegação da reclamada de que o acórdão regional violou o artigo 3º da CLT, por reconhecer a existência de vínculo empregatício entre duas pessoas jurídicas, porquanto foi constatado que a contratação do autor como pessoa jurídica tinha o intuito de mascarar a continuidade da relação empregatícia. Para se chegar a conclusão diversa, de que era válido o contrato de prestação de serviços pactuado entre as partes e de que não foram preenchidos os requisitos da relação de emprego, seria necessário revolver a valoração do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta instância recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido (grifou-se).

Por outro lado, importante asseverar que analisando os fatos, restando ausentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, não há como se reconhecer o vínculo de emprego e a fraude da Pejotização, conforme já decidido na jurisprudência, a exemplo do acórdão do processo nº 54700-42.2009.5.03.002, de relatoria do Ministro Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 08/08/2018 e publicado em 10/08/2018, no âmbito da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST:

> ALEGAÇÃO DE PEJOTIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E PESSOALIDADE. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO INDEVIDO. 1. Trata-se de pretensão ao reconhecimento de vínculo de emprego do reclamante diretamente com a reclamada, pautada na alegação de que o autor teria constituído sociedade empresária com o fim específico de prestar serviços na atividade fim da reclamada (pejotização), de execução de projetos de engenharia. 2. Registra o Tribunal Regional que a empresa da qual o reclamante era sócio mantinha contratos com outras pessoas jurídicas para a prestação de serviços especializados. Consta do acórdão, ainda, que, nos contratos de prestação de serviço firmados com a reclamada, embora o reclamante fosse indicado como responsável pela execução das atividades contratadas, havia previsão de integração de outros membros à execução dos serviços. Também descreve o Colegiado de origem que havia uma relação de coordenação entre os funcionários da reclamada e o reclamante, e não de subordinação. 3. **Assim, constata-se do quadro fático ofertado pelo Tribunal a ausência de subordinação e de pessoalidade, razão pela qual não há como se proceder ao reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamada, já que não estavam presentes todos os requisitos do art. 3º da CLT**. 4. Ilesos o art. 3º da CLT e a Súmula 331/TST. Imprópria a indicação de ofensa aos arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC/73, pois dirimida a controvérsia com base na valoração da prova efetivamente produzida, forte no livre convencimento motivado. Arestos inespecíficos (Súmula 296/TST). Recurso de revista não conhecido.

Vislumbra-se o importante papel atribuído aos princípios do Direito do Trabalho que são aplicados nos casos onde o fenômeno da Pejotização estiver tentando ocultar uma relação de emprego, assim os referidos princípios são elementos norteadores, capazes de demonstrar a essência do Direito do Trabalho, tutelando os empregados. Desta maneira, os princípios devem prevalecer sobre leis e contratos que expressam valores que não vão de acordo com a essência do Direito do Trabalho que é de tutelar os obreiros para assim garantir a justiça social (BATISTA; SILVA, 2017) e (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014).

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa adota a abordagem qualitativa, que para Lakatos e Marconi (2017, p. 303) “desenvolve-se numa situação natural, oferecendo riqueza de dados descritivos, bem como focalizando a realidade de forma complexa e contextualizada”. Assim, permite a compreensão das informações de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017).

A pesquisa é do tipo bibliográfico, partindo do pressuposto de que nenhuma pesquisa se inicia dela mesma, eis que sempre buscamos o apoio do conhecimento já produzido na área ou que seja aplicável a ela (MEZZAROBA e MONTEIRO, 2017), com fonte em doutrinas jurídicas, legislações e jurisprudências.

Trata-se de método dedutivo que segundo Henriques e Medeiros (2017), “parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão. É um método puramente formal, que se vale apenas da Lógica”. Dessa forma, busca-se a construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação, de modo a apresentar argumentos concretos e plausíveis, atendendo, assim, ao objetivo geral da pesquisa.

5. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A Pejotização é normalmente tratada como uma modalidade de fraude, uma vez que, se realiza através de contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoa física, mediante subordinação, de forma não eventual e onerosa, realizada por meio de pessoa jurídica, constituída especialmente para esse fim, na tentativa de mascarar a efetiva relação de emprego, disciplinada nos artigos 2º e 3º da CLT, com o intuito de burlar os direitos trabalhistas.

O Artigo 442-B da CLT pode demonstrar justamente esta fraude, pois possibilita que trabalhadores autônomos embora laborem preenchendo todas as características da relação de emprego, sejam caracterizados prestadores de serviços, privando-os de seus direitos celetistas. Do mesmo modo ocorre com os prestadores de serviços terceirizados, mormente quando da prestação de serviços nas atividades-fim das empresas, conforme dispõe o art. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74, que pode, assim, respaldara tentativa de burlar a realidade fática e ocultar a relação de emprego.

Inclusive, deve se dar destaque aos arts. 5º-C e 5º-D da Lei 6.019/74 que, também, foram incluídos pela Reforma Trabalhista, contudo, estes artigos foram criados com o intuito de evitar o desligamento em massa de trabalhadores celetistas que aderiram a Pejotização, assim, apesar de minimizar o desligamento deste quadro, estes dispositivos não são aptos de combater novas contratações que são realizadas com essa roupagem de Pejotização camuflando a relação de emprego.

Com os resultados obtidos é possível vislumbrar que princípio da Primazia da Realidade tem a capacidade de desmascarar a Pejotização no trabalho autônomo e na prestação de serviço terceirizado, pois através desse princípio é possível desvendar a fraude, na forma do art. 9º da CLT. Necessário, ainda, dizer que, em regra a Pejotização é considerada fraude, entretanto, há possibilidade de contratação de autônomos e de prestadores de serviços terceirizados de forma regular, devendo assim se utilizar dos requisitos presentes nos art. 2º e 3º da CLT e do Princípio da Primazia da Realidade como bússolas capazes de desvendar a realidade fática existente dentro da relação laboral.

CONCLUSÃO

Por meio da Reforma Trabalhista surge a tentativa de legalização do fenômeno da Pejotização, prática esta considerada fraudulenta, que possibilita que o trabalhador autônomo e o prestador de serviço terceirizado trabalhe preenchendo todos os requisitos de relação de emprego sem sua caracterização.

Assim, visando compreender melhor esta temática, inicialmente, foi analisada as diferenças entre a relação de emprego, trabalho autônomo e trabalho terceirizado. Desse modo, restou claro que na relação de trabalho autônomo e na prestação de serviços terceirizados, há independência para a realização da atividade, ou seja, o trabalhador não está subordinado às ordens direta do tomador do serviço. Diferentemente daquilo que ocorre na relação de emprego, que preenche os requisitos dispostos nos art. 2 º e 3º da CLT.

Em sequência, foram abordadas as modificações legislativas que ocorreram em virtude da Reforma Trabalhista e alguns de seus reflexos na nossa sociedade. A primeira alteração analisada foi o artigo 442-B da CLT, que possibilitou a contratação regular de trabalhador autônomo, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afastando a qualidade de empregado, prevista no art. 3º da CLT.

Adiante, se discorreu sobre a possibilidade de contratação irrestrita de prestadores de serviço terceirizados, conforme o art. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74, que do mesmo modo

afasta a vinculação da relação de emprego mesmo ela estando presente. Percebe-se que, os dispositivos acima são nítidos no sentido de tentar legalizar o fenômeno da Pejotização.

Em seguida, foi alvo da pesquisa os arts. 5º-C e 5º-D da Lei 6.019/74, que trata de uma tentativa de diminuir os desligamentos em massa de trabalhadores com vínculo empregatício, colocando limitação a aplicação da terceirização, pois veda que uma pessoa que prática a Pejotização passe a prestar serviço à antiga empregadora, no prazo mínimo de 18 (dezoito) meses, a contar do encerramento do contrato de trabalho, dessa forma, estes artigos apenas amenizam os efeitos colaterais dessa prática fraudulenta não solucionando o problema.

Já em relação aos efeitos do fenômeno da Pejotização, vislumbra-se que existem vários pontos negativos que refletem em vários setores da nossa sociedade, tal como, quando olhamos para a esfera social, previdenciário, trabalhista e tributário, pois significa um enorme retrocesso para a sociedade brasileira que sofrerá violações de direitos em múltiplas áreas.

Por fim, restou analisada a utilização do Princípio da Primazia da Realidade, como instrumento para o combate a Pejotização, na forma preconizada no art. 9° da CLT, sendo certo que, podem ser considerados nulos os atos praticados que almejem burlar as leis trabalhistas, mesmo tendo sido a contratação autônoma ou a prestação de serviços terceirizados pactuadas por escrito. Logo, havendo o reconhecimento da Pejotização, ante o Princípio da Primazia da Realidade será desconsiderado o contrato de natureza civil firmado entre as partes e reconhecido o vínculo de emprego, na forma do disposto no art. 3º, da CLT. Desse modo, o referido princípio tem a capacidade de preservar a essência do Direito do trabalho, que é a tutela dos empregados e, consequentemente alcançando a justiça social.

Imperioso destacar que, o assunto deste tema não foi esgotado, devendo ser alvo de novas pesquisas, em razão dos diversos impactos que terá em toda a sociedade brasileira, mormente em relação aos reflexos que poderão surgir nas searas do direito tributário, previdenciário e trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto R.; PINTO, Vilma da Conceição; LUKIC, Melina Rocha. O trabalho pela pessoa jurídica: muito além da reforma trabalhista. **Revista dos Tribunais**, (s.l), v. 985/2017, p.187-210, nov. 2017.

BARBOSA, Attila Magno e Silva; ORBEM, Juliani Veronezi. “Pejotização”: precarização das relações de trabalho, das relações sociais e das relações humanas. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 839-859, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20184>. Acesso em: 13.04. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016. Atualizado por Jessé Claudio Franco de Alencar.

BATISTA, Isabel de Oliveira; SILVA, Patrick Luiz Martins Freitas. A PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO. **Revista do Superior Tribunal do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p.171-194, abr. 2017. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110133/2017_batista_isabel_pejotizacao_prisma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Clt saraiva constituição federal**: Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 17. ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 6.019/74, de 3 de janeiro de 1974. **Presidência da República. Casa Civil**: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, Alterado pela Lei nº 13.467, de 2017, que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL, Lei nº 11.196, de 21 de Novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm. Acesso em 13/04/2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. [S. l.], Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 24 maio 2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa nº 160700-67.2013.5.17.0010. Relator: JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA. **Vínculo de Emprego. Pejotização. Matéria Fática. Fraude**. Brasília, Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#void>. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa nº 54700-42.2009.5.03.002. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. **ALEGAÇÃO DE PEJOTIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E PESSOALIDADE. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO INDEVIDO.** Brasília, Disponível em: < https://jurisprudencia.tst.jus.br/#bce9bda6b44fb97329f29dfb3b3860a9 >. Acesso em: 24 maio 2019.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A.; SILVA, Roberto da. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CHADE, Jamil. Desemprego no Brasil. **Estadão.** São Paulo, p. 1-1. fev. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,desemprego-no-brasil-vai-cair-em-2019-e-2020-diz-oit,70002719557>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CHAGAS, Carulina de Freitas. Pejotização e fraude aos direitos trabalhistas. **Revista Fórum Trabalhista - Rft, Belo Horizonte**, v. 19, n. 4, p.01-32, out/dez. 2015. Disponível em: <www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239235>. Acesso em: 05 nov. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6 e.d. São Paulo: LTR, 2007.

FORTES, José Carlos; PINHEIRO, Kamila. Terceirização perante as novas relações de trabalho. **Net.** São Paulo, abr. 2018. Disponível em: <http://www.josecarlosfortes.com.br/blog/terceirizacao-perante-novas-relacoes-de-trabalho/>. Acesso em: 29 maio 2019.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso do direito do trabalho.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica.** 9. ed. [s. l.]: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/10!/4/2/4/2/2@0:0>. Acesso em: 25 maio 2019

JOÃO, Paulo Sérgio. Reflexões Trabalhistas Terceirização e prestação de serviços por meio de pessoa jurídica. Revista Consultor Jurídico, 1 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/reflexoes-trabalhistas-terceirizacao-prestacao-servicos-meio-pessoa-juridica. Acesso em 13/04/2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica.** ed. 7. São Paulo: Atlas, 2017.

LEITE, Carlos Herinque Bezzera. **Curso do direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, Carlos Herinque Bezzera. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602087/cfi/0!/4/4@0.00:57.9>. Acesso em: 23 maio 2019.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilho. **Manual da metodologia da pesquisa no direito.** ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho:** ideal para graduação e concursos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547206673/cfi/0>. Acesso em: 23 maio 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORTIZ, Fernanda Colomby. A pejotização como forma de burlar a legislação trabalhista. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2017. Disponível

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13882>. Acesso em 13/04/2019.

PERREGIL, Fernanda. O contrato autônomo e o contrato com colaborador PJ à luz da reforma trabalhista. Publicado em 06/09/2018 no Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286999,41046O+contrato+autonomo+e+o+contrato+com+colaborador+PJ+a+luz+da+reforma. Acesso em 13/04/2019.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do esquematizado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia científica**: guia para eficiência nos estudos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SANTOS, Camila Fernanda Rocha dos; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. OS IMPACTOS DA PEJOTIZAÇÃO FRAUDULENTA E DO TRABALHO INTERMITENTE NA VIDA DO TRABALHADOR E NOS COFRES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Revista dos Tribunais Online**, [s.i.], v. 1001/2019, p.233-256, mar. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016b34382a2a4f4368f6&docguid=I03013c002b6311e9bb9e010000000000&hitguid=I03013c002b6311e9bb9e010000000000&spos=1&epos=1&td=24&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 jun. 2019.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE QUANTITATIVA DE PROCESSOS SEGUNDO ESTATÍSTICAS DO STF

João Vitor Balbino[1]
Jeison Giovani Heiler[2]

Resumo: O presente artigo, tem como objetivo, elaborar uma breve introdução à constituição, sua supremacia, inconstitucionalidade e controle de constitucionalidade para, após isso, apresentar uma pesquisa e análise elaborada em torno das estatísticas fornecidas pelo Supremo Tribunal Federal em relatório, intitulado Supremo em ação. Nesse sentido, apontar as demandas de processos no judiciário versando sobre o controle de constitucionalidade, acesso à justiça e justiça digital.

Palavras-chaves: Controle de constitucionalidade. ADI. ADO. ADPF. ADC. Supremacia constitucional. Poder judiciário.

INTRODUÇÃO

Muito se discute atualmente sobre um acúmulo de processos na suprema corte. Essa problemática chegou a ser denominada pelo atual ministro Gilmar Mendes de “crise numérica”. O fato é que há demandas de enorme complexidade. Assim como um maior acesso a poder judiciário proporcionado pela CF/88. Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma análise quantitativa a respeito do acesso à justiça e da tramitação dos processos de Controle de Constitucionalidade no âmbito do STF. Para realizar esta análise valer-se-á do relatório “Supremo em Ação” elaborado pelo STF e disponível em plataforma online.

As metodologias adotadas para o presente artigo são a pesquisa quantitativa e bibliográfica. Assim como o método procedimental adotado será o monográfico, pois se dará um estudo aprofundado sobre algumas categorias, que possibilitarão o entendimento do problema dentro de uma perspectiva teórica.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A constituição de 1988 é a norma suprema dentre a hierarquia de normas da sistemática jurídica Brasileira. Nesse sentido, é ela a determinante do regimento de todas as outras. Tal sistema hierárquico é associado por muitos autores a um sistema piramidal, estando a Constituinte em seu topo e, as diversas normas decorrentes dela e determinadas por ela abaixo. Como afirma Rosemary Weeks “A pirâmide de Kelsen foi definitivamente adotada no sistema rígido – insculpida pelos Constituintes e proclamada na Constituição da República vigente, no seu artigo 59, que dispõe sobre o processo legislativo.” (WEEKS, 2003, p.36)

Tal teoria jurídica de Hans Kelsen apresenta esse sistema hierárquico normativo no qual a constituição opera a principal função de poder sob todas as outras. Onde uma norma não pode receber sua validade de mais nada, a não ser de outra norma. “Um “dever ser” deve ser sempre deduzido de outro “dever ser”; nunca é consequência de um mero “ser” (KELSEN, 2001, p.215).

1. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito a aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias” do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville-Brasil. E-mail:joaovitorbalbinosig@gmail.com.
2. Professor Doutor e Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito a aceleração da dinâmica social e as novas tecnologias” do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville-Brasil. E-mail: jeison@catolicasc.org.br.

Determinada a superioridade constitucional, é factível a relevância dos assuntos constitucionais e suas predisposições, visto que, desta forma ela é o princípio, fonte originária e determinante das demais. Além disso, pode-se considerar sua autodeterminação e regência, pois ela pode prever as formas preservadoras dos direitos fundamentais e, sua própria segurança e controle sob as demais normas, através do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, afirma Miguel Reale o seguinte:

> Como as normas constitucionais são as normas supremas, às quais todas as outras têm de se adequar, a Constituição, além de delimitar as esferas de ação do Estado e dos particulares, prevê as formas preservadoras dos direitos fundamentais *in abstracto* e *in concreto*. É graças, sobretudo, à competência atribuída ao Poder Judiciário, que pode ser decretada a inconstitucionalidade de um ato normativo do próprio Estado, de maneira originaria ou de qualquer ato concreto ofensivo as normas constitucionais, no decorrer de uma demanda. (REALE, 2002, p. 343).

Conforme apresenta Kelsen: “A ordem jurídica de um Estado é, um sistema hierárquico de normas legais” (KELSEN, 2001, p.2015). Portanto, essa hierarquia é delimitada das normas menores as maiores, onde para existência de validade deve haver concordância com a norma superior. Esse sistema apresenta uma demanda própria de auto regulação e funcionalidade.

Como afirma Rosemary: “A estrutura piramidal impõe uma conformação da norma inferior a superior, dentro da rigidez de compatibilidade vertical, sem exceção possível e dentro de um sistema federativo onde a hierarquia é respeitada neste contexto também.” (WEEKS, 2003, p. 37). Importante também ressaltar a distinção da supremacia constitucional em seu sentido material e formal, visto que a matéria em que versa a constituinte tem sua supremacia de conteúdo em relação as demais leis. E é suprema de forma formal devido a sua forma rígida, para assegurar a matéria que é o fundamento de todas as outras. Como esclarece Marcelo Novelino:

> A supremacia da constituição pode ser referida em sentido material ou formal. Por estabelecerem os direitos e garantias fundamentais, a estrutura do Estado e a organização dos poderes, afirma-se que as constituições possuem uma supremacia conteúdo em relação as leis. A *supremacia material* seria, portanto, corolário do objeto clássico de todas as constituições por trazerem em si os fundamentos do Estado de Direito. Com as revoluções liberais, responsáveis, responsáveis por introduzir o modelo moderno de constituição (escrita, formal e dotada de rigidez), surge a ideia de *supremacia formal* como atributo exclusivo das constituições rígidas. (NOVELINO, p.165)

Novelino assinala também o aspecto que compõe uma explicação da natureza do processo de hierarquização e supremacia da constituinte, e assim acaba por justificar o plano dogmático da doutrina do direito nesse sentindo, onde as normas só serão válidas quando produzidas em consonância com a forma e/ou o conteúdo constitucionalmente determinados, nessa direção, a supremacia da constituição impõe uma compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, a fim de impedir a criação ou manutenção de atos normativos em desacordo com seu fundamento de validade. (NOVELINO, 2017, p.165)

Com o advento do positivismo jurídico as normas que antes eram justificadas de diversas formas são justificadas pela própria constituição, pois, a norma é legitimada enquanto estiver de acordo com a norma superior. Consequentemente, isto fez com que

fosse possível prever as sanções, pois estão devidamente positivadas e claramente determinadas. Segundo Kelsen:

> Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar o outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de porque essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente de maneira que a constituição prescreve. (KELSEN, 2000, p.168).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito foi conduzido em favor da segurança jurídica, visto que a Constituinte substituiu de forma positiva vários outros princípios abstratos utilizados no decorrer da história para determinar e justificar as normas. Esse rompimento do positivismo jurídico com diversos princípios relativos, e seu compromisso com a ciência do direito tornou a legislação segura e previsível, alicerçada na constituição. Nas palavras de Novelino: “Como os poderes públicos retiram suas competências da constituição, presume-se agirem de acordo com ela.” (NOVELINO, 2017, p.165)

2. INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade versa em torno da contrariedade a constituição, trata-se de um erro, um vício ocasional que deve ser sanado. Segundo Kelsen há um problema lógico dentre a própria declaração de inconstitucionalidade, explica que: “A afirmação de que uma lei valida é “contraria a constituição” (anticonstitucional) é uma *contradctio inadjectio*; pois uma lei só pode ser válida com fundamento na Constituição.” (KELSEN, 1998, p. 300)

Mas de toda forma, incoerentes ou não, recursos extraordinários nesse sentido são frequentes na conjuntura brasileira. Todavia, Hans Kelsen, em sua teoria defende a ideia de um tribunal guardião dos preceitos constitucionais, que assegure a vigência e eficácia dos interesses constitucionais, esse tribunal tem seu papel fundamental na corroboração para funcionalidade da constituinte, visto que é este que discute, interpreta e afirma a constitucionalidade das normas. Acerca da competência do STF frente aos recursos extraordinários, o ministro Gilmar Mendes afirma o seguinte:

> Cabe ao STF apreciar os recursos extraordinários cuja questões debatidas já tenham sido apreciadas pela corte a *quo*, ou seja, cuja matéria já esteja devidamente prequestionada ao tribunal de origem. Acrescente-se que, por ser um recurso que vise à segurança sistêmica e não a revisão da causa, em concreto, o recurso extraordinário não pode reexaminar a prova dos autos, para lhe dar nova conformação.” (MENDES, 2012, p. 1028)

Para o ministro trata-se de uma matéria de densa importância por visar à segurança sistêmica, fato este, que é anterior a Constituição de 1988. Neste sentido, Gilmar Mendes discorre que: “Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal.” (MENDES, 2012, p. 1028)

Segundo Paulo Bonavides, o controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade em que está envolto, contudo, o

que se deve fazer é buscar acomodá-la aos cânones da Constituição, à sua filosofia e princípios políticos fundamentais. (BONAVIDES, 2005, p.299)

Desta forma, compreende-se que tal demanda é tão difícil e delicada tanto quanto necessária para a funcionabilidade da Constituinte.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A EXEGESE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988, ao ampliar a legitimação da propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103) diminuiu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais manifestadas como relevantes fossem direcionadas ao STF mediante o processo de controle abstrato de normas.

É importante ressaltar a edição de dois diplomas legais, elemento fundamental para a consolidação do processo de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. Trata-se da Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99 dois textos normativos com o intuito de disciplinar instrumentos processuais relativos ao controle de constitucionalidade. A primeira, regulamenta o julgamento e processamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação direta de constitucionalidade (ADC). A segunda, ao regular o art. 102 §1º da CF, estabeleceu os contornos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que confere uma nova conformação ao controle de constitucionalidade, especialmente quando se tratando de modelo abstrato e difuso. (CANOTILHO *et al*., 2013).

Conforme apresenta a Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu 2º artigo, os capacitados para propor a ação direta de inconstitucionalidade são: O presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho da Ordem dos advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou entidade de âmbito nacional.

No seu 3º artigo aponta o conteúdo que deve indicar, no inciso I afirma o dever de conter o dispositivo da lei, ou ato normativo impugnado e seus respectivos fundamentos jurídicos para os pedidos, no inciso II aponta o dever de conter o pedido e suas especificações. (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

Conforme a Lei nº 9.882 no seu artigo primeiro a arguição prevista no § 1o do art. 102 da CF deverá ser proposta diante do Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto evitar ou reparar lesão contra preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Caberá também a arguição, de acordo com o inciso I da mesma lei, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. De acordo com o artigo segundo, inciso primeiro os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade podem propô-la. (Vide artigo 102 da Constituição Federal)

José Afonso da Silva explica que na inconstitucionalidade por ação o fundamento é de natureza resultante da *incompatibilidade vertical* das normas dentro a hierarquia constitucional, onde o vício é não estar de acordo com o previsto pela norma superior. (SILVA, 2010, p.47)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi introduzida no direito brasileiro sob a influência da Constituição Portuguesa de 1976, tem como fundamento

declarar a omissão de uma norma, no sentido de não atender o preceito constitucional, por meio de omissão. Nesse sentido visa tornar efetiva a disposição constitucional. Como indica José Afonso da Silva a respeito da inconstitucionalidade por Omissão:

> Verifica-se nos casos em que não seja praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. (SILVA, 2010, p.47)

Foi acrescentada a Lei nº 9.868/99, Capítulo II-A pela Lei no 12.063, de 27 de outubro 2009. Os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Importante ressaltar que a falta de efetividade dos dispositivos constitucionais por omissão expõe a credibilidade do ordenamento ao perigo, também se faz necessária a ressalva da ausência de uma medida reguladora que determine a limitação da eficácia, pois, quando se tratando de princípios constitucionais o objeto do princípio é ainda, mesmo que positivado, extremamente relativo, o que impossibilita uma verificação exata de sua eficácia. Outro aspecto limitante evidenciado por José Afonso da Silva são as *limitações formais* da Constituinte, acerca do poder de reforma constitucional afirma o seguinte:

> É inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma configurada *limitações formais*, que podem ser assim sinteticamente enunciadas*: o órgão de poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição*. (SILVA, 2010, p.65)

A inconstitucionalidade pode ocorrer por vício formal ou material. No caso do vício formal, vício formal propriamente dito trata-se de inconstitucionalidade que decorre da inobservância do devido processo legislativo. Entendido também por inconstitucionalidade orgânica quando não é observado os pressupostos legislativos para a construção do ato, e inconstitucionalidade formal por vício em sua forma, em seu processo de formação e elaboração, ou tendo sua elaboração por autoridade incompetente.

Nessa direção, existe também a Inconstitucionalidade formal por violação de pressupostos objetivos do ato, quando no decorrer do processo legislativo não é observado requisitos para a elaboração da lei, ou não estando de acordo com as leis existentes, ou ainda, contrariando a constituição, poder-se-á ser declarada inconstitucional por violar pressupostos objetivos do ato.

Quando se tratando de vicio material, a inconstitucionalidade se dá pelo conteúdo, matéria do ato normativo. Por exemplo, em caso de um ato normativo possuindo em seu conteúdo matéria contraria a constituição, na direção de violar direitos e garantias fundamentais ou princípios constitucionais, esta deve ser declarada inconstitucional.

O controle de constitucionalidade também é dividido em preventivo e repressivo, onde o preventivo, como o próprio nome indica, visa prevenir, ou melhor, evitar o ingresso de leis inconstitucionais no ordenamento jurídico. Faz isso através das comissões de

constituição e justiça e, através do veto jurídico. (MORAES, 2015, p.741). Como esclarece Alexandre de Moraes:

> A primeira hipótese de controle de constitucionalidade preventivo refere-se às comissões permanentes de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal."(MORAES, 2015, p. 741)

No artigo 58 da Constituição Federal está previsto a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento. No artigo 32, inciso III, do Regimento interno da Câmara dos deputados restou constituído a comissão de constituição e justiça e de redação. Porém é previsto também no artigo 101 do Regimento interno do Senado Federal a existência desta comissão. (MORAES, 2015, p. 741)

A segunda hipótese, o veto jurídico, por sua vez se encontra com o chefe do Poder Executivo dentre o processo legislativo. Segundo o previsto no artigo 66, §1º o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional caso o entenda inconstitucional.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade repressivo trata-se de função própria do Poder Judiciário, que visa retirar do ordenamento jurídico os atos inconstitucionais. Esta função divide-se em dois métodos de aplicação, o primeiro é denominado controle concentrado ou reservado (via de ação), o segundo é denominado como aberto ou difuso (via de exceção ou defesa). (MORAES, 2015, p. 742) Alexandre de Moraes aponta a ressalva de que:

> Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá retirar normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade.

Tais exceções apontadas pelo autor estão previstas nos artigos 62 e 49, inciso V da Constituição Federal. O artigo 62 dispõe que em situação de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, tendo estas, vigência imediata e força de lei pelo prazo de 60 (sessenta dias), devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que poderá aceitá-la, neste caso convertendo-a em lei ou rejeitá-la.

No caso do artigo 49, inciso V é declarado de competência exclusiva do Congresso Nacional "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". (Vide artigo 49 da Constituição Federal)

Como explica Alexandre de Moraes, em ambos os casos, no decreto presidencial (CF, artigo 84, inciso IV) ou lei delegada (CF, artigo 68) o Congresso Nacional editará um decreto legislativo podendo interrompê-los por desrespeito a forma constitucional prevista para suas edições. (MORAES, 2015, p. 742)

Feito esta ressalva do Poder Legislativo e, regressando ao Poder Judiciário o autor afirma que o controle de constitucionalidade repressivo no Brasil é realizado de forma mista, ou seja, tanto de forma concentrada quanto de forma difusa.

O controle difuso ou aberto, também conhecido como controle de exceção ou defesa é caracterizado pela generalizada permissão de julgamento, ou seja, é dada a permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal analisar a compatibilidade do ato normativo

com a Constituinte. Tal atributo, diz o autor, tem sua origem no caso Madison *versus* Marbury (1803), onde o Juiz responsável, Marshall da Suprema Corte Americana apontou que seria próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei e, fazendo-o de acordo com a Constituinte.

No controle difuso a declaração de constitucionalidade é a causa de pedir, não o pedido do processo, ou seja, existe um caso específico que é afetado pela constitucionalidade do ato normativo. O mérito, portanto, não é a inconstitucionalidade, mas sim a análise da resolução do mérito. Portanto, qualquer juiz de qualquer tribunal dentre um caso específico pode julgar a respeito da constitucionalidade dos atos normativos.

Contudo, com a ressalva do artigo 97 da Constituição Federal, onde dispõe que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (CF, artigo 93 inciso XI) poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Neste sentido, Alexandre de Moraes afirma o seguinte:

> Está verdadeira clausula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado. (MORAES, 2015, p. 746)

Qualquer lei ou ato normativo pode ser submetido ao controle de inconstitucionalidade na sua forma difusa e seu refeito é restringido as partes, chamado *inter partes e*, sua decisão tem natureza declaratória *ex tunc*, portanto, retroage ao momento que o ato começou a viger. Porém foi previsto pela Constituição Federal (artigo 52, inciso X) um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O inciso X, prevê que compete de forma facultativa ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, o Senado poderá editar uma resolução suspendendo a execução, totalmente ou parcialmente da lei declarada inconstitucional, que terá então, seus efeitos *erga omnes*, contudo, a partir da publicação da resolução do Senado, ou seja, *ex nunc*.

Por outro lado, o controle concentrado, ou via de ação direta desenvolvido por Hans Kelsen foi concebida com a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade.

O controle concentrado, também chamado de abstrato passou a vigorar no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965 atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência de processar e julgar as representações de inconstitucionalidade. Alexandre de Moraes, no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade explica que:

> Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei, ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. (MORAES, 2015, p. 759)

Portanto, no controle concentrado a declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, não a causa de pedir, mas o próprio pedido e finalidade do processo.

O controle concentrado é apresentado de diversas formas dentro a Constituinte, sendo elas: a ação direta de inconstitucionalidade genérica (artigo 102, inciso I, alínea a), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (artigo 36, inciso III), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, Parágrafo 2º), ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, inciso I, alínea a, *in fine*, EC nº 03/93), arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º). (MORAES, 2015, p. 759)

Por fim, é valido salientar as palavras de Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, acerca do Poder Judiciário Brasileiro, as quais permanecem atuais, refletindo a realidade contemporânea:

> Levando-se em conta que o Direito, como diz o ilustre Prof. Diogo Leite de Campos, acaba sendo "o que o jurista diz que é Direito e aplica como tal", ou, indo mais além, com o mestre Amílcar de Castro, " O direito é aquilo que o Juiz diz que é", pode-se perceber a responsabilidade do Poder Judiciário brasileiro neste momento de grandes mudanças no cenário jurídico-político do Brasil. Os brasileiros, embora o critiquem por sua morosidade e por eventuais falhas de seus magistrados, ainda acreditam e esperam dos tribunais nacionais. A Constituição de 1988 tratou bem o Judiciário, mas o encheu de responsabilidades. É preciso, pois, que esse terceiro órgão do Poder tenha realmente a última palavra na solução dos conflitos, concorrendo, assim, para a paz social no nosso querido Brasil. (FIÚZA, 2004 p.102)

Considerando estas ponderações acerca do funcionamento e aplicabilidade do Controle de Constitucionalidade e ressalvando a relevância e responsabilidade do Poder Judiciário neste contexto, a próxima seção visa abordar estes aspectos no cenário atual.

4. A CRISE NUMÉRICA, SEUS REFLEXOS E A JUSTIÇA DIGITAL

"Parabéns, ministra, pela demora", diz advogada a Rosa depois de cliente morrer esperando julgamento". Este é o título da matéria publicada pelo Jornal O Estado de São Paulo (Estadão) no dia 30 de setembro de 2019. A matéria relata o caso em que defensora faz crítica apontando o 'desprezo' da Ministra Rosa Weber por "fazer dormir um processo por onze anos", no qual o interessado de 80 anos que aguardava julgamento da Corte há onze anos, havia falecido. O texto juntado aos autos fala por si próprio:

> Os *amicus curiae*, por sua procuradora, vêm, mais uma vez, dizer e requerer o que segue:
> 1. Este processo aguarda julgamento no STF desde maio de 2008; há 11 (onze) anos, a parte aguarda o pronunciamento da Corte.
> 2. Interveio no feito, e desde maio de 2012 suplica o julgamento deste RE, cujo objeto tem reflexos no processo 96.1000026-6, que tramita, suspenso, na 2ª Vara Federal de Rio Grande/RS.
> 3. No entanto, o STF não cumpriu, até hoje, o dever de prestar jurisdição de forma célere. A sociedade está cansada de um Judiciário caríssimo e que, encastelado, desconsidera os que esperam pela "efetividade" e pelo cumprimento das promessas constitucionais. Esse desprezo pelo outro, que Vossa Excelência encarna tão bem, ao fazer dormir um processo por 11 anos, encontrou agora a morte de um dos que esperam. É com lástima que vimos aos autos juntar a cópia de atestado de óbito de Celmar Lopes Falcão, e dar-lhe os parabéns. Parabéns, Ministra, pela demora! Informamos também que as pompas fúnebres foram singelas, sem as lagostas e os vinhos finos que os nossos impostos suportam. (STF. REX 586068, INSS e HILÁRIA ANTUNES CARDOSO E OUTRO, 2008.)

O judiciário tem acumulado críticas nos últimos anos. Como afirma a advogada Lílian Velleda Soares na prestação de informações protocolada no Tribunal e divulgadas pelo mesmo Jornal “A sociedade está cansada de um Judiciário caríssimo e que, encastelado, desconsidera os que esperam pela ‘efetividade’ e pelo cumprimento das promessas constitucionais”, O Judiciário há tempo já perdeu a credibilidade e esperança do povo brasileiro, se é que um dia a teve. Isto se dá por diversos motivos, entre eles, a falta de compreensão do sistema jurídico e a complexidade de seus problemas, mas o motivo maior é, sem dúvidas, a imputada lentidão e ineficiência para superar estas adversidades. Segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, o agravo desta crise de ineficiência do Poder Judiciário tem suas raízes na Constituição de 1998, afirma que:

> Impõe-se observar que, sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema o sistema direto passa a ter precedência ou primazia, é verdade também que é exatamente após a Constituição de 1988 que se acentua a crise numérica do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos). (MENDES, 2012, p. 1029)

A crise numérica, no uso das palavras do ministro Gilmar Mendes, pode ser relatada como um efeito maligno de avanços e benfeitorias da Constituição de 1988 em direção a ampliação da eficácia do acesso à justiça. Nas palavras do autor: “A constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis.” (MENDES, 2012, p. 47)

E nesse sentido, aumenta a demanda de processos no Poder Judiciário, os quais demandam de resoluções que variam em sua complexidade. Nesse sentido, como afirma Mauro Cappelletti: “Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune a crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.07)

É por meio das críticas que se buscam os remédios e, este caso não foi uma exceção, dada a crise já mencionada, buscou-se meios para que esta fosse solucionada. A Justiça Digital nasceu desse interesse, tendo início no STF em 2007, superou os processos físicos em 2012, alcançando 95,7% do total de casos novos registrados em 2017, de acordo com relatório do Supremo Tribunal Federal. Segundo o mesmo relatório, cada vez mais os processos estão tramitando eletronicamente. Em 2009, dois anos após a implementação da Justiça digital, apenas 4,8% do estoque era de processos eletrônicos, e, ao final de 2017 constatou-se que 88,2% do total de processos do estoque eram eletrônicos.

Decorrente disso, pode-se dizer que somente por meio do progresso da justiça eletrônica se tornou possível hoje a captação de dados para elaboração de análises e relatórios, possibilitando não só estudos relativos aos processos e suas demandas, mas também propostas de melhorias. Um exemplo que demonstra o exposto de forma muito evidente é o relatório do próprio Supremo Tribunal Federal, dissertado a seguir.

5. ANÁLISE QUANTITATIVA: RELATÓRIO SUPREMO EM AÇÃO

O relatório intitulado “Supremo em Ação” elaborado e apresentado pelo Supremo Tribunal Federal afirma ter por seu objetivo central sistematizar e divulgar dados relativos

às atividades do Supremo Tribunal Federal, incorporando informações sobre recursos humanos, despesas e receitas e movimentações processuais. Desta forma, visa indicar não apenas um relatório, mas também apontar tendências na atuação do Tribunal no decorrer do tempo.

Ressalta-se que, muito embora as estatísticas processuais, andamentos e decisões do STF já se fazerem disponíveis no sítio eletrônico do STF1, o relatório do Supremo em Ação tem seu interesse e inovação no uso de dados de lógica analítica, de visualização acessível e prática.

Dada a análise quantitativa abordada e o objetivo central do texto, a sexta seção do relatório tem sua relevância muito clara, visto que aborda o tempo de tramitação dos processos baixados no período de 2009 a 2017 e daqueles que compunham o acervo ao final do ano de 2017, incluindo a identificação dos processos com os maiores tempos de tramitação no período.

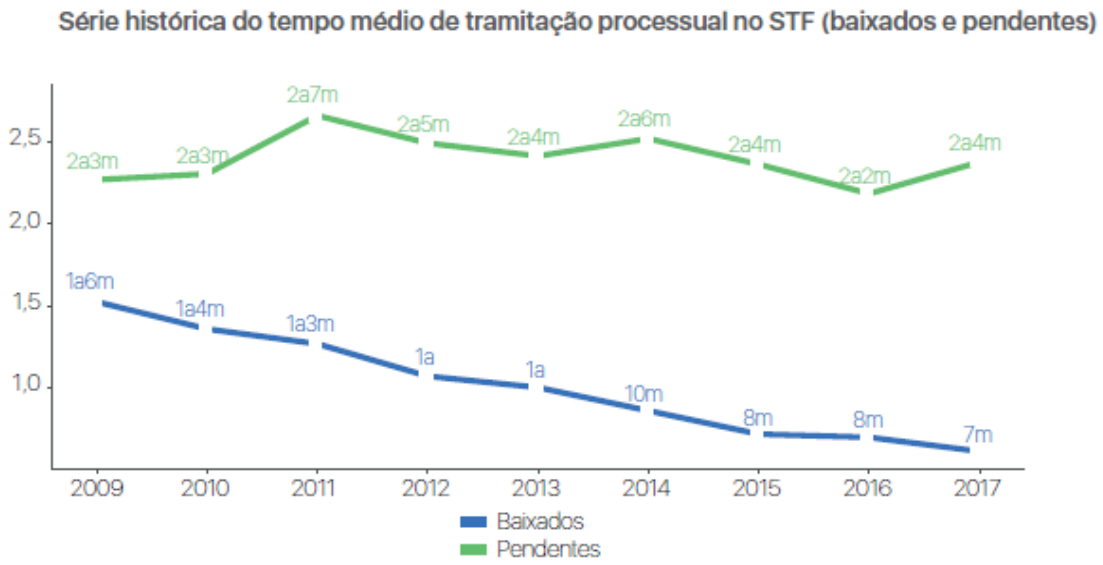
5.1 ANÁLISE QUANTITATIVA: TEMPO DE TRAMITAÇÃO

A presente seção se propõe a apresentar o tempo de duração dos processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal, segundo o conteúdo da análise elaborada pelo próprio Tribunal. Para tanto, se faz necessário apontar as seguintes observações, de acordo com o próprio relatório do STF, primeiramente que para o caso dos processos pendentes é computado o período entre a autuação e data-base de cálculo de 31 de dezembro de 2017. Foram considerados 825.801 processos que tramitaram no Supremo Tribunal Federal no período de 2009 a 2017, dos quais 781.828 (94,7%) foram baixados e 43.973 (5,3%) permaneciam pendentes no final do ano de 2017 (BRASIL, 2018).

Em análise cronológica do tempo médio de tramitação processual no STF (baixados e pendentes) é possível verificar que a média de duração dos processos pendentes permaneceu relativamente estável no decorrer do tempo, com uma variação entre 2 anos e 2 meses em 2016, e 2 anos e 7 meses no ano de 2011. Já em 2017, os processos pendentes aguardavam no acervo do STF há 2 anos e 4 meses, em média (BRASIL, 2018).

Com relação aos processos baixados, nota-se a tendência de redução de sua duração média ao longo do tempo. Em 2017, os processos solucionados duraram 7 meses, em média, sendo que entre 2009 e 2011, a duração média chegava ao dobro do observado em 2017. Tais informações podem ser verificadas no gráfico abaixo elaborado e exposto no relatório Supremo em ação.

Gráfico 01: Tempo médio tramitação processual STF – 2009/2017

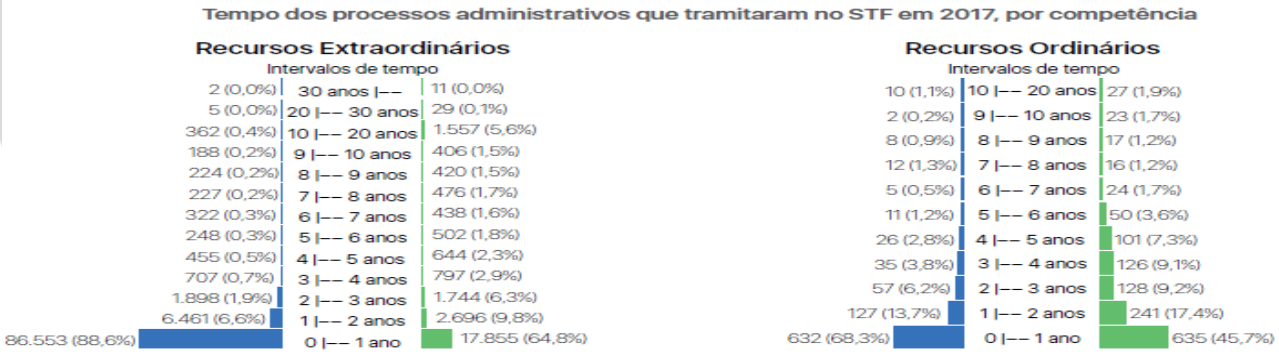


Fonte: BRASIL, Relatório Supremo em Ação, 2018

O relatório também evidencia que a média é fortemente influenciada por casos extremos, portanto, tais dados são melhor visualizados a partir do conjunto de gráficos desagregado por competência constitucional apresentados mais abaixo. Nos gráficos a barra em azul indica processo findos e em verde aqueles que ainda estão em tramitação.

No caso dos processos administrativos, conforme os dados apresentados, verifica-se que dentre os processos de 2017, 86,7% duraram menos de um ano e, apenas 7% duraram de um a dois anos. De acordo com os mesmos dados, foram 621 processos baixados com o tempo de duração superior a dez anos, o que equivale a 0,5% dos casos solucionados. Contudo ainda existem no acervo 2.919 processos tramitando há pelo menos uma década, correspondendo a 6,7% dos casos pendentes, conforme indica o gráfico abaixo.

Gráfico 02 – Tempo médio processos administrativos em tramitação STF



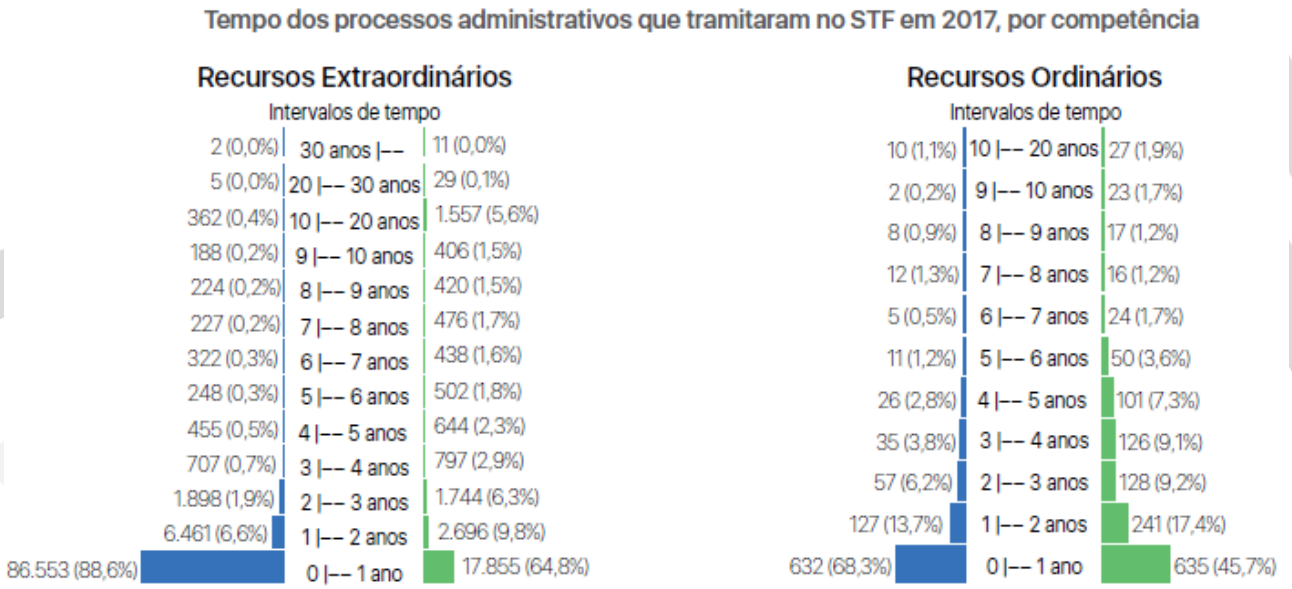
Fonte: BRASIL, Relatório Supremo em Ação, 2018

Desta feita, cabe a ressalva de que entre 2.919 processos do acervo com período igual ou superior a dez anos, 1.597 (54,7%) são recursos extraordinários e 727 (24,9%) são de controle concentrado. Mesmo assim, quando comparada com as outras

competências constitucionais, são os recursos extraordinários os detentores do menor tempo de duração. Sendo, por outro lado, os processos de controle concentrado os mais demorados, levando, em média, 7 anos e 11 meses para serem

resolvidos, tramitando no STF há 7 anos e 7 meses, em média (BRASIL, 2018). Os gráficos que seguem visam demonstrar essa análise temporal de forma específica para cada competência.

Gráfico 03 - Tempo médio recursos ordinários e extraordinários em tramitação STF

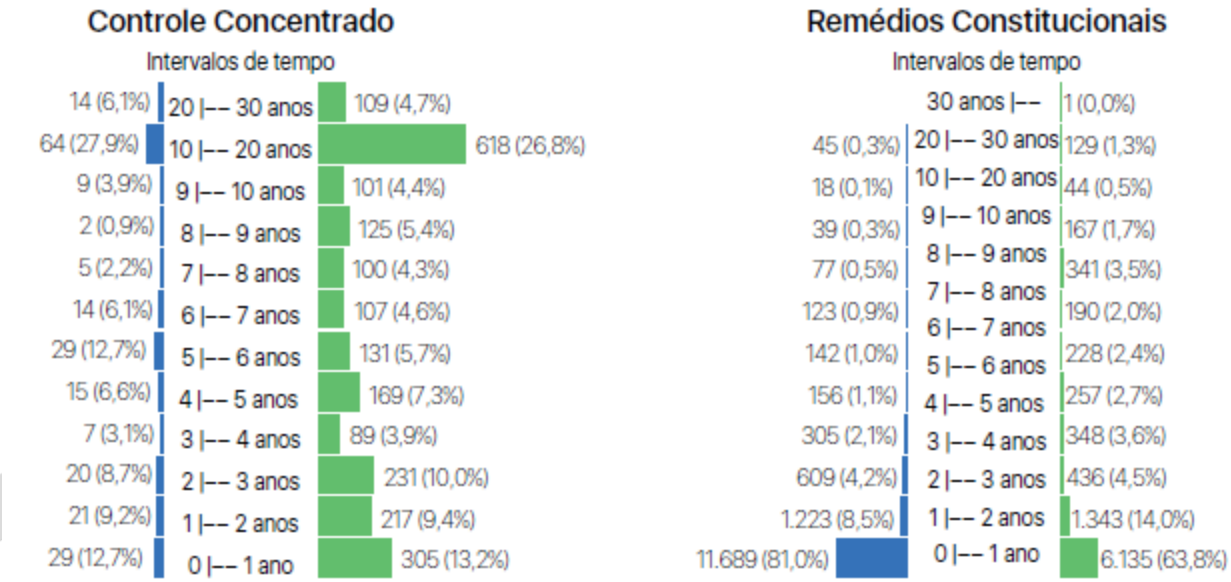


Fonte: BRASIL, Relatório Supremo em Ação, 2018

Entre os recursos Extraordinários e Ordinários é possível visualizar uma certa paridade na estrutura do gráfico, contudo em proporções distintas. Dentre os processos pendentes (anotados em verde) destaque-se 1557 com duração entre 10 a 20 anos. Já entre os recursos ordinários poucos superam o período de 10 a 20 anos, contudo há uma certa proporcionalidade entre processos findos e em tramitação.

O gráfico 04 abaixo apresenta a comparação entre o tempo de tramitação das ações em controle de constitucionalidade concentrado e dos remédios constitucionais em tramitação no STF.

Gráfico 04 - Tempo controle de constitucionalidade concentrado e dos remédios constitucionais em tramitação STF



Fonte: BRASIL, Relatório Supremo em Ação, 2018

A respeito do Controle Concentrado verifica-se que possui intervalos de tempos bem diversificados, isso concerne justamente a diversidade de complexidade de cada recurso que demanda intervalos de tempo desiguais, contudo, há de se ressaltar o intervalo de tempo de 10 a 20 anos no qual se verifica o maior número de processos desta competência sendo reduzido em praticamente 1/6 na escala superior, de 20 a 30 anos. Importante expor a relevância do segundo gráfico, que aborda os dados relativo aos remédios constitucionais (Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança e Reclamação) visto que estes, como o próprio nome propõe se tratam de soluções, proposituras que visam intervir e remediar a ofensa direta a garantias fundamentais tais como a liberdade no Habeas Corpus. O gráfico demonstra um intervalo de atuação relativamente célere, haja visto que o número maior destes (81,0%) se encontram baixados no intervalo de 01 ano, contudo, por outro lado (63,8%) restaram pendentes.

Em ambos os gráficos apresentados por último, relativos à matéria penal e outros também é possível verificar essa disparidade entre os intervalos de tempo, porém ambos têm sua maior porcentagem de processos baixados ao primeiro ano, os de matéria penal (51,7%) e outros (55,1%). Nessa propositura, verifica-se que a demanda de maior intervalo de tempo se justifica a complexidade de cada caso particular, ao qual o Poder Judiciário muitas vezes não pode proporcionar celeridade, pelo fato de que para promover o justo necessita-se de tempo.

CONCLUSÃO

Com base nos dados evidenciados e, tendo consciência da importância do controle de constitucionalidade, não só para manutenção da democracia e eficácia dos direitos fundamentais, mas também da estrutura e atividade do Estado, é possível verificar um grande problema, cuja grandiosidade é proporcional a relevância constitucional. Tal problemática, da crise numérica de processos em trâmite, tem a potencialidade de

inviabilizar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário como todo.

Desta forma, aliando-se aos dados apresentados pelo relatório Supremo em ação, fica evidente um conflito pendular entre a eficácia e a impotência do Judiciário para lidar com o fenômeno do acesso à justiça e, também é evidente a emergência com que tal assunto deve ser considerado, visando sua resolução e, evitando um caos generalizado. Não obstante, não é lícito retroagir no tempo e voltar a negar direitos fundamentais, conquistados com muitos sacrifícios no decorrer na história. O que é devido é buscar uma resolução eficaz e pacífica de tal problemática evidenciada no decorrer deste texto.

Se a Constituição é a norma suprema, qualquer problema relativo a ela, que impossibilite de alguma forma sua atuação é tão supremo e relevante quanto ela, portanto, deve ser tratado de forma pressurosa. Desta feita, percebe-se que esta problemática do acesso à justiça e crise do poder judiciário, não pode ser solucionada de forma simples e literal, dada a complexidade do entorno, contudo, percebe-se também a movimentação do Supremo Tribunal em torno dos problemas que o mesmo evidencia através de seus relatórios. O que se pode afirmar, posicionado sob o texto discorrido, é que os processos que demandam julgamento possuem complexidades distintas e nesse sentido demandam um tempo divergente de solução. Portanto a solução para os conflitos e, no geral da crise numérica, requer ainda muitas análises, estudos, projeções e uma vigilância constante por parte da sociedade.

Em suma, se de um lado, como evidenciado pelos dados que apontam a existência de cerca de 3 mil processos (BRASIL, 2018, p. 54) no acervo do STF com tempo igual ou superior a uma década, dos quais, 54,7% são recursos extraordinários, e que os processos do acervo que tratam sobre controle concentrado tramitam no STF há 7 anos e 7 meses, em média, percebe-se que a solução mais célere dos conflitos jurídicos, ainda permanece distante. Contudo, pode-se afirmar a par de outros dados revelados pelo STF que, estamos cada vez mais próximos dela ao verificar-se que entre os processos baixados em 2017, 86,7% duraram menos de um ano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *et al*. **Comentários a Constituição**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

BRASIL. **Supremo em Ação 2018**: Ano base 2017, Conselho Nacional de Justiça, Brasília CNJ, 2017. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao/>. Acesso em 01/09/2019.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros**. Direito Constitucional Comparado**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça ?: A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Gilmar. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC, ADO, comentários a lei n. 9.868/99**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

REALE, Miguel**. Lições preliminares de Direito**. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros.

O ESTADÃO. **Parabéns, ministra, pela demora', diz advogada a Rosa depois de cliente morrer esperando julgamento**: Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/parabens-ministra-pela-demora-diz-advogada-a-rosa-depois-de-cliente-morrer-esperando-julgamento/. Acesso em 10/10/2019.

WEEKS, Lilian Rosemary. **O controle da Constitucionalidade da Norma**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

O PRINCÍPIO SISTÊMICO DO EQUILÍBRIO, AS ORDENS DA AJUDA E A RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO

Marcelle Stähelin[1]

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar o Princípio Sistêmico do Equilíbrio na relação cliente-advogado. Serão abordadas as leis sistêmicas observadas por Bert Hellinger (pertencimento, hierarquia e equilíbrio) e as Ordens da Ajuda também por ele desenvolvidas. Tratará, brevemente, da definição de Direito Sistêmico e seu surgimento no Brasil através do juiz Sami Storch. Por fim, analisará o Princípio Sistêmico do Equilíbrio entre dar e tomar, juntamente com as Ordens da Ajuda, que podem ser observados na relação entre advogado-cliente. Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: "como observar o Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar e as Ordens da Ajuda, de Bert Hellinger, na relação entre advogado-cliente?". A hipótese de observância do Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar das Ordens da Ajuda foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento. A relevância acadêmico-científico-social se dá por ser uma nova perspectiva a respeito da relação entre advogado-cliente, resultando numa relação mais saudável ente ambos.

Palavras-chaves: Bert Hellinger. Direito Sistêmico. Ordens da Ajuda. Postura Sistêmica. Leis Sistêmicas.

INTRODUÇÃO

O que é o Princípio Sistêmico do Equilíbrio entre dar e tomar? E as Ordens da Ajuda? O que eles influenciam nas relações entre cliente e advogado? Qual a postura e o lugar do advogado? Essas e outras indagações são pertinentes para o tema, por meio do estudo de situações em que há um olhar sistêmico para as relações entre o advogado e seu cliente.

A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: "como observar o Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar e as Ordens da Ajuda, de Bert Hellinger, na relação entre o advogado e seu cliente?". Como hipótese, tem-se que observância do Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar as Ordens da Ajuda podem modificar as relações entre cliente e advogado. Observou-se também que quando se tem em mente o Equilíbrio entre dar e tomar nas relações humanas e as Ordens da Ajuda do profissional do Direito, e quando o advogado assume a postura de conhecedor da lei e não a de salvador de seu cliente, consequentemente, o cliente deixa de assumir a postura de vítima e resgata sua autonomia na tomada de decisões.

Assim, o presente artigo dividiu-se da seguinte forma: em um primeiro momento serão abordados os princípios sistêmicos de Bert Hellinger e a definição de Direito Sistêmico. Posteriormente serão apresentadas as ordens da ajuda, a postura sistêmica, realizando uma análise sobre como a visão sistêmica do Direito, que pode auxiliar na relação entre advogado-cliente.

1. PRINCÍPIOS SISTÊMICOS E DIREITO SISTÊMICO

Bert Hellinger foi um teólogo, filósofo e pedagogo alemão, que trabalhou por 16 anos como missionário em uma tribo Zulu, na África do Sul e desenvolveu a técnica das constelações familiares. Teve como influências, Gestalt, psicanálise, dinâmicas de grupos, terapia primal, análise transacional, hipnoterapia, programação neurolinguística (PNL) e

1. Pós-graduanda em Direito Sistêmico pela Hellinger Schule em parceria com a Faculdade Innovare. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola do Ministério Público de SC em convênio com a Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogada. E-mail: marcelle@marcelle.adv.br.

terapia familiar. O livro “Um lugar para os excluídos” traz toda a história de Bert Helllinger e de como ele desenvolveu seu trabalho.

A constelação familiar está fundamentada em conceitos da sociologia, psicologia, fenomenologia, psicanálise, terapia sistêmica, familiar e estrutural.

Segundo Adhara Campos, a constelação sistêmica é

> uma técnica terapêutica breve voltada para soluções, que trabalha por meio de representações e imagens e perspectivas de mais gerações (ideia da transgeracionalidade). Essa terapia está fundamentada nas Ordens do Amor ou Leis Sistêmicas, sistematizadas por Bert Hellinger a partir da década de 70, ocasião em que ele entrou em contato com a técnica por meio de Ruth Mc Clandon, Les Kadis e Thea Schönfelder (VIEIRA, 2018, p. 12).

Contudo, constelação familiar não é psicoterapia pois não tem objetivo de tratar nem curar ninguém. É uma mudança de compreensão associada a uma correta ação. Trata-se de uma abordagem de cunho filosófico e fenomenológico hellingeriano.

A expressão “constelação familiar” foi traduzida do termo alemão *Familienaufstellung* (em tradução literal, “configuração familiar”) por *Family Constellation* (“constelação familiar”) (HELLINGER, 2019, p. 14).

Constelar na verdade, significa, portanto, configurar, posicionar, recolocar.

A constelação familiar tem como base três princípios sistêmicos (leis sistêmicas, ordens do amor ou leis do amor) desenvolvidas por Bert Hellinger, quais sejam: 1) Pertencimento; 2) Hierarquia; 3) Equilíbrio entre dar e tomar.

A constelação familiar tem como base as três princípios sistêmicos (leis sistêmicas, ordens do amor ou leis do amor) desenvolvidos por Bert Hellinger, quais sejam: 1) Pertencimento; 2) Hierarquia; 3) Equilíbrio entre dar e tomar.

1.1 OS PRINCÍPIOS SISTÊMICOS

Bert Hellinger observou que da mesma forma que existem as leis da física, que nós não vemos mas sabemos que estão atuando, também existem as leis sistêmicas, que regem as relações humanas, sem que as pessoas se deem conta disso.

O primeiro princípio sistêmico é o Pertencimento. Pertencimento é vínculo, e se dá desde o momento da concepção, quando a pessoa já passa a pertencer ao seu sistema familiar: mesmo que desse embrião não nasça uma criança com vida, ela não se desenvolva ou seja abortada, nada disso exclui seu pertencimento. “A lei do pertencimento parte do princípio de que, nos sistemas, quando ocupamos um lugar, ele nos pertence, independentemente das circunstâncias ou fatores externos” (CARVALHO, 2018, p. 32).

Este princípio não se aplica apenas aos filhos e aos membros de um sistema familiar. O pertencimento deve ser observado em qualquer situação: os professores e alunos de uma universidade, a ela pertencem; os moradores de um condomínio pertencem a ele, os membros de uma congregação pertencem a esta, os advogados pertencem à OAB, todos os empregadores e empregados pertencem à empresa para a qual trabalham.

Para Bert Hellinger, se não for respeitado que todos pertencem, ocorre um desequilíbrio no sistema, de modo a possibilitar que os excluídos sejam incluídos. E esse desequilíbrio pode ser observado de diversas formas: uma relação conjugal que não dá certo por falta de reconhecimento da primeira esposa; falta de prosperidade na empresa

que não reconhece o lugar do antigo dono; demissão quando houve desrespeito com o antigo funcionário.

A segunda lei é da Hierarquia e diz respeito à ordem e precedência: o que vem primeiro. Para Bianca Carvalho (2018, p.37), a hierarquia "corresponde ao lugar de cada um no sistema. Na posse do direito de pertencer, o membro do sistema precisa conhecer o seu devido lugar".

Em uma família, observa-se a hierarquia entre os ascendentes e descendentes (bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos) bem como entre os irmãos, do mais velho para o mais novo (incluindo-se abortos e natimortos). Entre casais não há hierarquia, pois ambos os cônjuges se encontram lado a lado, um em relação ao outro.

Quando essa ordem não é observada, gera conflitos nas relações familiares, inclusive entre os casais. De modo geral, todos os sistemas possuem uma hierarquia, determinada pelo momento em que alguém começou a fazer parte do sistema.

Em uma empresa, quem entrou primeiro tem precedência sobre aquele que ingressou depois. Contudo, se a empresa for familiar, mesmo que os filhos dos sócios passem a integrá-la depois de um funcionário antigo, os filhos têm precedência a este funcionário, porque a empresa é familiar e esse sistema tem mais valor.

A última lei é a do Equilíbrio entre dar e tomar e refere-se à compensação. Conforme explica Bianca Carvalho (2018, p.39):

> a lei do equilibro de troca – Dar e Tomar – é basicamente a possibilidade, dentro de uma relação, de ambos poderem oferecer e receber com certa paridade, favorecendo a sensação de bem-estar pela existência de justiça ou ausência de reivindicação. Se em uma relação, seja de afeto, amizade, trabalho ou negócio, uma das partes dá mais do que recebe, aquele que recebe mais do que dá se sente pressionado a recompensar e não consegue, e aquele que dá demais e recebe nada ou pouco se sente desvalorizado, pois precisa receber algo e nem sempre consegue. Em qualquer uma das hipóteses, o efeito é a tensão nessa relação e o consequente afastamento ou sentimentos secundários, como mágoa, desconforto ou intolerância.

É importante ressaltar que aqui se utiliza a expressão "tomar" e não "receber". Isso se dá porque "tomar" é ativo – cabe à pessoa tomar o que a outra está dando. E "receber" é passivo, ou seja a pessoa não age, apenas espera que a outra dê.

Assim, dessa breve explicação acerca das três leis sistêmicas já é possível entender a origem dos conflitos, sejam eles familiares, interpessoais, negociais ou empresariais.

1.2 O DIREITO SISTÊMICO

A expressão Direito Sistêmico surgiu em 2010, quando o juiz Sami Storch publicou o primeiro artigo sobre o tema em seu blog (2016, *web*).

Referido juiz iniciou os trabalhos em 2006, na Comarca de Itabuna, na Bahia, quando ingressou na magistratura. No início utilizou-se de frases "sistêmicas" e percebeu como resultado a sensibilização das partes envolvidas no conflito, levando-as a olhar para um contexto maior.

Para o referido magistrado:

> A expressão "direito sistêmico", no contexto aqui abordado, surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. (...) O direito sistêmico se propõe a

> encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso. (2013, *web*).

Assim, denota-se que, no início, para Sami Storch, Direito Sistêmico era a aplicação das constelações familiares no Direito. Importante observar que não se trata apenas de uma técnica e sim de uma postura, um modo de agir sistêmico, em que o juiz é ainda mais imparcial quando consegue perceber o que está por detrás do conflito.

Segundo Eunice Schlieck, advogada e presidente fundadora da 1ª Comissão de Direito Sistêmico do Brasil, na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina,

> o Direito Sistêmico, pode ser percebido como uma releitura do conflito, a partir da compreensão dos princípios sistêmicos e do pensamento sistêmico, que possibilita ao operador do Direito um alcance do que está além do aparente e, ainda, resgatar a dignidade e a autonomia de vontade do indivíduo, direitos constitucionalmente garantidos. Com efeito, o Direito Sistêmico traz novas possibilidades de uma solução técnico-jurídica pacificadora e sustentável aos conflitos, permitindo que seus gestores protagonizem a cultura da paz. (Informação Verbal fornecida por Eunice Schlieck, dezembro de 2018, Rio de Janeiro RJ, II Congresso Nacional de Direito Sistêmico).

Referida Comissão entende que o Direito Sistêmico vai além da utilização da técnica das constelações familiares no Poder Judiciário, uma vez que não é necessário realizar uma constelação familiar para atuar de forma sistêmica. É necessário que o profissional, no caso o advogado, esteja atento ao lugar que se encontra no momento em que está com o cliente, percebendo, desta forma, os limites do que deve ou não dizer e fazer (2018, *web*).

Importante ressaltar que tanto para Schlieck quanto para a Comissão de Direito Sistêmico da OAB de Santa Catarina, Direito Sistêmico não se trata da aplicação das constelações familiares no Direito. Pelo contrário a posição tanto da autora, quanto da Comissão é de que o advogado não pode constelar o seu cliente.

O que seria adequado é que o profissional do Direito, seja ele qual for, aplique seu conhecimento técnico-jurídico utilizando-se dos princípios sistêmicos em sua postura enquanto profissional da ajuda e auxilie seu cliente em busca da melhor solução para o conflito.

Ainda, acerca da nomenclatura utilizada, Caroline Vieira Ruschel, em sua tese de doutorado, observou que estão sendo utilizadas nomenclaturas diversas para o uso da constelação familiar no Direito, tais como: Direito Sistêmico, Justiça Sistêmica e Advocacia Sistêmica. Na sua opinião, o termo Direito Sistêmico pode gerar alguns problemas, pois entende que para surgir um novo Direito, faz-se necessário um objeto próprio, o que para a autora, não é o caso, “porque a técnica pode ser aplicada de forma transversal por todos os profissionais do Direito” (2018, *web*, p.217-218).

Para esta autora, portanto, trata-se da aplicação das constelações familiares no Direito e não apenas a adoção de uma postura sistêmica.

João Gilberto Rodrigues Bernardes bem sintetizou em seu artigo o que vem a ser Direito Sistêmico:

> Desta forma, podemos concluir que o Direito Sistêmico não é uma novidade, tampouco uma criação contemporânea e, sim, pura e simplesmente a revelação da essência do próprio Direito, sendo mister a separação do Direito Sistêmico da aplicação de técnicas sistêmicas. (2018, *web*).

Percebe-se que, em que pese haja a utilização das constelações familiares no judiciário, o Direito Sistêmico não se resume a isso, pois uma vez conhecedor da técnica das constelações, bem como das leis sistêmicas de Bert Hellinger, o profissional do Direito poderá adotar uma postura sistêmica, cujas características são: sem medo, sem julgamento, sem intenção de salvar ou vingar a parte, sem pena e sem amor que vincula. Além dessas características é importante que o profissional esteja em estado de presença, desenvolva a escuta ativa (percepção do essencial), utilize-se da percepção fenomenológica e atua sempre com autorresponsabilidade.

2. AS ORDENS DA AJUDA, A POSTURA SISTÊMICA E A RELAÇÃO CLIENTE-ADVOGADO

Em seu trabalho com as Constelações Familiares, Bert Hellinger observou cinco ordens que atuam nas relações entre os profissionais da ajuda e seus clientes e as chamou de “ordens da ajuda”.

Trata-se, neste caso da ajuda enquanto profissão e não da ajuda interpessoal. Há uma diferença entre as duas. “A ajuda como profissão é uma arte, uma habilidade de saber como. Sobretudo, precisamos saber como fazer para não nos deixarmos ser envolvidos em um relacionamento” (HELLINGER, 2017, p. 112).

Assim, em sendo a profissão de advogado uma profissão de ajuda, uma vez que os clientes procuram um profissional conhecedor das leis e técnicas jurídicas para auxiliá-lo a solucionar um problema, mister se faz que esses profissionais conheçam as ordens da ajuda, segundo Bert Hellinger.

Para ele, “a primeira ordem da ajuda consiste, portanto, em dar apenas o que se tem e somente esperar e tomar o que se necessita” (HELLINGER, 2013, p. 14).

Quando uma pessoa quer dar o que não tem, e a outra quer tomar algo de que não precisa ocorre a desordem da ajuda. Também ocorre desordem quando uma pessoa espera e exige da outra algo que ela não pode dar, porque ela mesma não tem. Ou quando uma pessoa não pode dar algo, porque com isso tiraria da outra algo que só ela pode ou deve carregar e fazer. Portanto, existem limites no dar e tomar.

O advogado observa essa ordem da ajuda quando, por exemplo, nos pedidos, em uma ação judicial, requer apenas aquilo que o cliente pede. Não são raros os casos em que, apenas no momento da audiência conciliatória o cliente fica sabendo quais foram os pedidos feitos em seu nome. E muitas vezes seu defensor pediu coisas que ele nem queria.

A segunda ordem da ajuda consiste em submetermo-nos “às circunstâncias e somente interferir e apoiar à medida que elas o permitirem. Essa ajuda é discreta e tem força” (HELLINGER, 2013, p. 15).

A desordem da ajuda, neste caso, consiste em negar ou encobrir as circunstâncias, ao invés de olhá-las juntamente com o cliente. O querer ajudar contra as circunstâncias enfraquece tanto o ajudante quanto o cliente.

Sobre essa ordem, é importante que o advogado consiga aceitar a situação na qual seu cliente está envolvido, sem querer alterar os fatos. Quando o advogado não quer aceitar, por exemplo que seu cliente praticou o crime, sendo que ele próprio confessou, o profissional não está conseguindo aceitar as circunstâncias, e isso enfraquece ambos.

A terceira ordem, seria “que o ajudante também se colocasse como adulto perante um adulto que procura ajuda. Com isso, ele recusaria as tentativas do cliente de forçá-lo a fazer o papel de seus pais” (HELLINGER, 2013, p. 17).

Para Hellinger, a desordem da ajuda aqui é permitir que o cliente faça reivindicações ao profissional da ajuda como uma criança aos seus pais, e que o advogado trate o cliente como uma criança, para poupá-lo de algo que ele mesmo precisa e deve carregar – a responsabilidade e as consequências de seus atos.

Quando um advogado toma os problemas do cliente como se fossem seus, como se fosse o salvador, eximindo o cliente de qualquer responsabilidade, ele está tratando seu cliente como uma criança e está agindo como pai/mãe. Pois é apenas a criança que não tem responsabilidades e espera que seus pais resolvam todas os seus problemas.

Por isso é importante a postura sistêmica, não ter pena do cliente. Pois se ele se envolveu naquele conflito, possui plenas condições de sair dele. O que cabe ao advogado é auxiliá-lo com o conhecimento técnico-jurídico, ajudando-o a escolher as melhores alternativas jurídicas para o seu caso.

É mister que o advogado veja toda a força que existe no seu cliente e devolva a ele a autonomia e a dignidade. E isso só é possível quando o cliente é tratado como adulto.

Muitas vezes o cliente pode não gostar que seu advogado o trate como adulto. Mas cabe ao profissional ficar no seu lugar, na postura sistêmica, sem medo e sem pena. O cliente tem todas as condições de olhar para a solução do problema, às vezes é ele quer apenas passar essa responsabilidade para outra pessoa e isso fica muito pesado para o advogado, caso ele permite que isso ocorra.

Sobre a quarta ordem da ajuda, o que se tem a dizer é que muitos ajudantes encaram seu cliente como um indivíduo isolado, o que pode facilitar uma transferência da relação entre pais e filhos o que pode ser perigoso. “Somente quando o ajudante o percebe como uma parte de sua família é que ele percebe de quem o cliente precisa e a quem ele talvez deva algo” Esta ordem verifica, portanto, “que a empatia do ajudante deve ser menos pessoal, mas sobretudo sistêmica. Ele não se envolve num relacionamento pessoal com o cliente” (HELLINGER, 2013, p. 18).

Ajudar o cliente de uma forma sistêmica inclui olhar o todo. Perceber de quem o cliente não está falando, quem ele está excluindo. Muitas vezes ali pode estar a solução.

Para Bert Hellinger, a desordem da ajuda seria, aqui, se o cliente e o advogado não olharem para as pessoas que estão sendo excluídas na fala do cliente, pessoas excluídas da família, por exemplo. Esses excluídos precisam ser vistos e honrados.

Por fim, a quinta ordem da ajuda é “o amor a cada um como ele é, por mais que ele seja diferente de mim. (...) Só alguém que dá imediatamente um lugar em sua alma à pessoa de quem o cliente se queixa pode ajudar a serviço da reconciliação” (HELLINGER, 2013, p. 19).

Aqui se trata, novamente, de não julgar, não apenas o cliente, mas também a pessoa da qual o cliente está se queixando. Quando se julga quem está certo ou errado, se afasta da possibilidade de encontrar a solução para o conflito. Todo julgamento pressupõe uma separação.

“A desordem da ajuda seria aqui o julgamento sobre outros, que geralmente é uma condenação, e a indignação moral ligada a isso. Quem realmente ajuda, não julga” (HELLINGER, 2013, p. 19).

É muito comum que o advogado aceite a versão do cliente como sendo a verdade. E não raras vezes, no decorrer do processo judicial a verdade dos fatos aparece e nem sempre a parte contrária estava tão errada assim.

O cliente não é sempre vítima, tampouco perpetrador. Ele é 50% responsável pelos conflitos nos quais está envolvido. A outra parte nunca é 100% responsável. Por isso é importante não julgar.

Por fim, é sempre importante ressaltar que Bert Hellinger alerta que “o que disse sobre as ordens da ajuda não deve ser aplicado de modo rigoroso e metódico. Quem tentar isso, pensa, ao invés de perceber” (2013, p. 19).

Para tanto, é necessário que o profissional da ajuda, no caso, o advogado, desenvolva uma postura sistêmica, o que possibilita uma real conexão do profissional com aquilo que o cliente realmente necessita. O advogado precisa perceber o cliente, sem a intenção de salvar. E para isso é necessário desenvolver algumas habilidades: observação, percepção, compreensão, intuição e sintonia.

No livro “Conflito e Paz: Uma resposta”, Bert Hellinger afirma que “o maior obstáculo para a reconciliação entre “bons e maus” são os justos”. São eles que têm os sentimentos mais agressivos” (2018, p. 41).

Quando o advogado toma as dores do cliente como sendo suas, e quer vingar-se por ele, “fazer justiça”, dificilmente o profissional estará facilitando uma conciliação entre as partes ou a resolução do conflito de forma mais profunda.

Assim, quando o advogado não julga, não sente pena, age sem medo, sem intenção de salvar e sem amor que vincula, ele não será um obstáculo para a reconciliação entre seu cliente e a outra parte envolvida o conflito.

CONCLUSÃO

Da análise obtida da leitura do material encontrado para a realização deste trabalho, denota-se que, quando se tem em mente o Equilíbrio entre dar e tomar nas relações humanas e as Ordens da Ajuda do profissional do Direito, e quando o advogado assume a postura de conhecedor da lei e não a de salvador de seu cliente, consequentemente, o cliente deixa de assumir a postura de vítima e resgata sua autonomia na tomada de decisões.

Ao adotar uma postura sistêmica, o advogado vem auxiliar na solução pacífica dos conflitos, possibilitando que o conflito trazido seja resolvido, até mesmo, extrajudicialmente, o que poderá evitar o ajuizamento de mais ações no Judiciário, a menos que seja imprescindível por determinação legal, e possibilitando que seu cliente seja o protagonista na solução dos seus próprios conflitos.

A hipótese de observância do Princípio do Equilíbrio entre dar e tomar e das Ordens da Ajuda foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento.

Observou-se que, quando se tem em mente o Equilíbrio entre dar e tomar nas relações humanas e as Ordens da Ajuda do profissional do Direito, e o quando o advogado assume a postura de conhecedor da lei e não a de salvador de seu cliente, consequentemente, o cliente deixa de assumir a postura de vítima e resgata sua autonomia na tomada de decisões.

A partir do momento em que o advogado assume essa nova postura perante seus clientes, com esse novo olhar para o conflito, possibilitando que vejam o que está além do aparente e ocupando apenas o lugar que lhe cabe, de quem detém o conhecimento técnico-jurídico para auxiliar a parte a encontrar uma solução para seus conflitos, aliado ao conhecimento das leis sistêmicas de Bert Hellinger, é devolvida aos clientes a dignidade de decidir e resolver os seus problemas, sem colocá-los nas mãos de terceiros,

sejam eles juízes ou advogados, pois estes não estarão mais ocupando o lugar de salvador.

Desta forma, a relação entre cliente-advogado também fica mais saudável, pois o profissional não se sentirá responsável pela resolução do conflito como sendo seu. A partir do momento em que o advogado percebe que seu papel é o de auxiliar juridicamente, sem a necessidade de salvar o seu cliente, todos ganham, pois, o relacionamento entre eles passa a ser mais leve e respeitoso.

A longo prazo, é possível que ocorra uma diminuição de ações judiciais, quando as pessoas perceberem que, tendo ao seu lado um profissional habilitado, é possível que cada um seja o responsável pela sua própria vida e pelo seu destino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ana Cecilia Bezerra de *et al*. **Direito Sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen, 2018.

BERNARDES, João Gilberto Rodrigues. **Direito Sistêmico: criado ou revelado?** 2018. Disponível em: http://www.oab-sc.org.br/artigos/direito-sistemico-criado-ou-revelado/1898. Acesso em: 07 dez. 2018.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica.** Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

HELLINGER, Bert. **As Ordens do Amor.** São Paulo: Cultrix, 2017.

_____. **Conflito e Paz: Uma resposta.** São Paulo: Cultrix, 2018.

_____. **O Amor do Espírito.** 4. ed. Belo Horizonte: Atman, 2017.

_____. **Ordens da Ajuda.** 3. ed. Goiânia: Atman, 2013.

_____. **Um Lugar para os Excluídos.** 4. ed. Divinópolis: Atman, 2016.

HELLINGER, Sophie. **A própria felicidade: fundamentos para a Constelação Familiar**. Brasília: Trampolim, 2019.

OLDONI, Fabiano *et al*. **Direito Sistêmico:** Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2. ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seccional de Santa Catarina. Comissão Estadual de Direito Sistêmico. **Postura Sistêmica na Advocacia.** 2018. Disponível em: http://www.oab-sc.org.br/arquivo/galeria/87_94_5bf5beefb7b7d.pdf. Acesso em 05 dez. 2018.

QUEZADA, Fabiana *et al*. **Pensamento Sistêmico: Abordagem Sistêmica aplicada ao Direito.** São Paulo: Editora Leader, 2019.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Os limites do Direito Ambiental na preservação dos recursos naturais comuns:** epistemologia da sustentabilidade e estudos de caso. 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189036/PDPC1375-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y. Acesso em: 07 dez. 2018.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** 2010. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/ Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Direito Sistêmico:** primeiras experiências com constelações no judiciário. 2016. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. 2017. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Direito Sistêmico. 2013. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos. 2014. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/. Acesso em 05 dez. 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário** – Manual de Boas Práticas. Disponível em: ebookconstelacaonojudiciario.pdf. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **A Constelação Sistêmica no Judiciário.** Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

O PROBLEMA DA EUTANÁSIA EM RONALD DWORKIN

Moisés Novaes[1]

Resumo: O presente trabalho teve como enfoque discutir e trazer à tona os aspectos positivos da prática da eutanásia, sob o olhar do jusfilósofo Ronald Dworkin. Tratar da temática eutanásia e dos institutos que se correlacionam a ela, é sem sombra de dúvidas, um grande paradoxo a ser perseguido pela órbita da moral, da política e, igualmente do direito. Sabe-se que, não é de hoje, e nem de alguns tempos para cá, que o problema da eutanásia tem sido pauta em situações delicadas entre o direito à vida e a uma morte digna. Nesse envolto, surge a seguinte indagação: Entre o direito pela vida e a dignidade da pessoa humana, qual princípio deve prevalecer? Dada a seguinte indagação, diante de um choque de princípios frente ao problema da eutanásia, deve-se prevalecer o de maior peso, respeitando em todas as instâncias a escolha/autonomia do paciente, de acordo com a concepção dworkiniana. À vista disso, a pesquisa foi constituída a partir do método dedutivo e bibliográfico, aparato necessário para analisar pensadores que dialogam com Dworkin a respeito da eutanásia. No caso, para solucionar o problema em questão, foi utilizado o livro "Domínio da vida", escrito pelo autor supramencionado. Esta obra traz recortes importantes para dilemas da vida como o aborto e a eutanásia. Em razão disso, foi possível verificar que a solução dada por Dworkin consiste no respeito à liberdade e autonomia do paciente, uma vez que o moribundo quando consciente detém este poder de escolha, e na hipótese de não possuir poder de discernimento, tal poder se transfere para os mais próximos. Nada obstante, a autonomia e liberdade do paciente estão ligadas diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio consagrado no ordenamento jurídico permite condições de vida mínima, todavia, tais condições de vida não podem ser valoradas ou suprimidas por interesse do Estado.

Palavras-chave: Ronald Dworkin. Eutanásia. Vida. Dignidade da pessoa humana. Autonomia.

INTRODUÇÃO

Tratar da temática da eutanásia e dos institutos que se correlacionam a ela, é sem sombra de dúvidas, um grande paradoxo a ser perseguido pela órbita da moral, da política e, igualmente do direito. Sabe-se que, não é de hoje, e nem de alguns tempos para cá, que o problema da eutanásia tem sido pauta em situações delicadas entre o direito à vida e a uma morte digna.

Ao longo dos anos, tanto a ciência quanto os estudos da medicina trouxeram avanços significativos para aumentar as chances de vida na terra. Em que pese, nem sempre esses estudos foram capazes de proporcionar de forma efetiva a "fuga da morte".

Logo, analisar a morte num aspecto não apenas jurídico, mas humano, faz com que se atravesse os princípios básicos solidificados na Carta Magna de 1988 (ultrapassando a simples letra de lei), uma vez que ninguém deseja a morte, mas o direito de escolha por uma morte digna/boa, deve ser compreendido e respeitado. Pois afinal, o ciclo da vida (nascer, reproduzir, envelhecer e morrer) é ínsito a todo ser vivente, e nesse ciclo todos os direitos, sem exceção, devem ser garantidos, inclusive a morta digna!

À vista disso, o presente trabalho tem como enfoque discutir e trazer à tona os aspectos positivos da prática da eutanásia, sob o olhar do jusfilósofo Ronald Dworkin. O autor em destaque, busca adotar a concepção de favorecimento ao argumento da eutanásia na medida em que se possa invocar os princípios e os ideais da dignidade e da autonomia assegurando os interesses do indivíduo.

Em sua obra *Domínio da Vida,* Dworkin revela que a Constituição pode ser analisada de dois modos: primeiro, uma Constituição de detalhes; e em segundo, Constituição de princípios. A Constituição de detalhes visa um ponto histórico, por outro

1. Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville. Estagiário da 1º Promotoria de Justiça de Joinville. E-mail: moises.novaes@catolicasc.org.br.

lado, a Constituição de princípios, demanda por respeito aos princípios mais fundamentais, quer sejam, liberdade e igualdade. Direitos de 1ª e 2ª geração.

Vê-se que, o assunto é antigo e ao mesmo tempo atual, por mais que existam diversas discussões a respeito, tal tema não está totalmente solidificado. Criminalizar tal prática faz com que seja mais discutida na esfera penal, e menos debatida no campo constitucional. Outrossim, é inegável reconhecer os interesses da religião e da moral, mas o que se discute é o princípio da autonomia, a vontade do ser decidir como? Quando? De que forma? Diante das circunstâncias ao caso em análise.

Assim, resta claro o conflito existente sobre a eutanásia, discutido por longas décadas. No entanto, ainda é tema muito presente e defendido em termos polarizados em todo o mundo. Frente a isso, o presente trabalho tem suma importância na busca por esclarecimentos a respeito do dilema da eutanásia, que envolve disputa legítima na proteção dos bens jurídicos de ambos os lados do conflito: de um lado o direito à vida, e de outro, a liberdade de escolha e autonomia do paciente.

Destarte, analisando tais direitos e interesses, busca-se apontar uma possível solução moral e jurídica para a controvérsia, que não insulte nenhum grupo nem implique na perda de direitos, principalmente à luz do pensamento de Ronald Dworkin, cientista contemporâneo que busca referenciar suas decisões face aos princípios da ordem moral e política inseridos na sociedade.

1. O PROBLEMA DA EUTANÁSIA NA CONCEPÇÃO DE DWORKIN

Dworkin em sua obra “Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”, começa sua fala apontando que “todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que outras as matem. Às vezes, pedem que outras as matem”. (DWORKIN, 2003, p. 248). Tratar da temática da morte, nunca foi uma tarefa simples, haja vista que nesse envolto (morte digna) existem diversos entraves legais, bem como morais e éticos que inviabilizam a prática da eutanásia.

Os avanços tecnológicos têm refletido de maneira significativa para o universo da medicina, entretanto, quando o assunto é o lado ímpar da vida, no caso, a morte, tais avanços encontram barreiras nos princípios de ordem moral da sociedade. Sob este olhar, revela Dworkin (2003, p. 252):

> [...] os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – às vezes por semanas, em outros casos por anos – pessoas que já estão à beira da morte o terrivelmente incapacitado, entubadas, desfiguradas por operações experimentais, com dores ou no limiar da inconsciência de tão sedadas, ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes para tornar-se verdadeiros campos de batalha.

Em situações análogas, não resta alternativa ao indivíduo a não ser esperar pela morte. Ocorre que, as pessoas que se encontram em um leito de hospital com uma patologia insuportável de ser vivida, ao esperar pela morte, tem seus direitos fundamentais violados, uma vez que morrer dignamente não é uma opção do moribundo, mas sim, direito. “O direito de optar pela eliminação da dor e do sofrimento e de morrer com dignidade no tempo e no lugar de nossa própria escolha, quando nos tornamos doentes terminais, é uma parte integral de nosso direito a controlar nosso próprio destino”. (DWORKIN, 2003, p. 253).

O jusfilósofo supra, traz como exemplo o caso de Lilian Boys, inglesa de setenta anos de idade que agonizava a morte ante uma terrível artrite reumatoide. Lilian havia se medicado de todos os remédios possíveis, contudo, a dor e sofrimento eram maiores que qualquer analgésico, não lhe restando alternativa à morte.

Infelizmente, existem situações das quais a vida se encontra num estágio sem volta, noutras palavras, o encontro com a morte é inevitável. Em que pese, diversos esforços possam ser feitos a fim de aliviar a dor do paciente ou algo nesse viés, todavia, até que ponto tais esforços não estariam violando a autonomia do paciente? Mais que respeitar o direito à vida, é dar ao paciente o direito de escolha quando assim o puder, ou na hipótese de não ser possível, transferi-lo para as pessoas de sua confiança.

2. AS TRÊS QUESTÕES DE ORDEM MORAL E POLÍTICA APONTADAS POR DWORKIN FRENTE AO PEDIDO DE MORTE

Dworkin em sua obra “Domínio da Vida”, aponta três questões fundamentais ao se deparar com um pedido de morte, quais sejam: autonomia, interesses fundamentais e santidade. As três questões levantadas pelo autor são de suma importância para inúmeros casos frente ao pedido de morte, haja vista que tais questionamentos percorrem pelo campo da moral, do direito e da religião. Como se verá, a autonomia é a livre escolha do moribundo diante de um sofrimento insuportável, por outro lado, deve-se levar em consideração os seus interesses fundamentais, e, na hipótese de não ser possível analisar tais interesses, quer seja, quando consciente, outorga-se tais poderes aos familiares e pessoas próximas ao indivíduo quando inconsciente. No entanto, a sacralidade da vida humana é sem sombra de dúvidas, um dos maiores entraves para pedidos de morte, o que será analisado no presente tópico. Passe-se então, a analisar cada um dos quesitos supraditos.

2.1 A QUESTÃO DA AUTONOMIA DADA POR DWORKIN

Num primeiro momento, cita Dworkin (2003, p. 268) que, “as pessoas que acreditam que se deveria permitir que os pacientes competentes planejassem sua própria morte, com a assistência de médicos dispostos a ajudá-los se assim o desejarem, invocam frequentemente o princípio de autonomia”.

Segundo o autor supramencionado, o princípio da autonomia é crucial para decisão do paciente frente ao pedido de morte. A autonomia, acima de tudo, permite a escolha pela morte ou pelos cuidados paliativos. Entretanto, quando se fala em cuidados paliativos, sabe-se que, os mesmos requerem acompanhamento, cuidado adequado e a apoio ao longo de seus percursos de vida. Em que pese, no Brasil, infelizmente não contamos com sistema de saúde ou aparatos eficazes para pessoas que estão no estágio final da vida.

Sob esse olhar, revela Castro e Guimarães (2015, p. 69) que:

> Os cuidados paliativos ainda são frequentemente mal compreendidos pelos profissionais de saúde. O cuidar pleno de alguém que apresenta uma doença crônica e prognóstico reservado, algumas vezes com a morte esperada para alguns dias, semanas ou meses, requer um conhecimento amplo da condição humana; muito além do conhecimento técnico e do controle adequado dos sintomas. [...]. Não é tarefa simples lidar com o sofrimento e a finitude.

Urge mencionar, que o cuidado paliativo também demanda investimento financeiro, isto é, requer gastos orçamentários do poder público (diante da peculiaridade do caso),

haja vista que em determinadas situações a patologia do paciente vai além do simples cuidado paliativo, necessitando, para tanto, de maiores gastos com o tratamento adequado e, ainda assim, pode não haver êxito.

A autonomia, contudo, pode encontrar certas limitações em duas situações: quando o paciente está no seu estágio de consciência, ou seja, quando detém o poder de escolher manter-se vivo ou não, ou quando o paciente está no estágio de inconsciência, isto é, não é mais capaz de fazer escolhas, transferindo-se para terceiros (família ou parentes próximos), os quais podem optar pela morte digna, ou entrar no dissenso de que qual escolha o moribundo faria se estivesse em condições de decidir?

No entanto, quando a questão da autônima é apresentada em casos em que o paciente está inconsciente, nada mais justo que um familiar próximo ou ente querido para decidir o caso ou se colocar no lugar do inconsciente, uma vez que para Dworkin (2003) a busca de informações seria manifestada pelo relato de parentes mais próximos do enfermo. É claro que nunca se teria certeza, se realmente esse era ou não seu desejo, ou se poderia mudar de ideia no momento final.

2.2 OS INTERESSES FUNDAMENTAIS DO PACIENTE DIANTE DO PEDIDO DE MORTE

O estágio final da vida pode se deparar com duas situações fáticas, quais sejam: consciência e inconsciência. O paciente que se encontra em uma situação insuportável de viver a vida, foi capaz de durante toda a mesma fazer escolhas, desde uma simples escolha até mais complexa.

Imagina-se um senhor, na casa dos seus 80 anos de idade, totalmente lúcido, mas com uma doença incurável, noutras palavras, câncer em estágio avançado, e que diante da situação hipotética pede por sua morte, mas é negada por ser contrária ao ordenamento jurídico vigente. Não seria iníquo respeitar-lhe tal decisão de escolha, haja vista que durante toda a sua vida foi capaz de fazer inúmeras escolhas?

Para além disso, suponha-se que o mesmo senhor seja diagnosticado com doença de Alzheimer, além de possuir a patologia Diabete Mellitus (estágio avançado). Nos últimos momentos de sua vida, o senhor em destaque não detém mais a capacidade de escolha, ou seja, sua autonomia fica restrita, cabendo aos familiares e entes próximos optar por tal escolha. Aqui, Dworkin (2003, p. 67) faz a seguinte indagação:

Como a morte poderia ser melhor para alguém que não tem a menor consciência do estado em que se encontra?... Por que seus pais deveriam enfrentar tantos problemas adicionais – processos e apelações intermináveis - para mudar o estado da filha, passando-a do status de praticamente morta para o de tecnicamente morta?

Em que pese, nas duas situações acima, a decisão de escolha encontra diversos entraves, seja na esfera moral/ética ou do direito. “Neste ponto, Dworkin diferencia interesses experienciais de interesses críticos do ser humano, com intuito de buscar por que alguns resistem à morte até as últimas consequências, quando se sabe que esta é certa” (CAUDURO, 2007, p. 68).

Como bem analisado pelo autor supracitado, os interesses experimentais dizem respeito às nossas experiências rotineiras, tais como, jogar bola, tomar cerveja e, dentre outros. Já no tocante aos interesses críticos, consiste em valores que nos fazem bem, que acrescenta nossa condição humana, como boas ações.

Para Cauduro (2007), a ideia de integridade em Dworkin, está ligada com a dignidade e com os interesses críticos, quer dizer, aquela pessoa que respeita sua índole,

guiada por princípios, que preza pelos bons costumes. À grosso modo, seria aquele indivíduo que não deixa de lado seus valores em vista de lucro ou felicidades.

Isso posto, importante ressalvar que cada indivíduo carrega consigo valores, crenças, interesses que não podem ser deixados de lado, devendo ser a todo instante respeitado. No caso da morte, é inegável não reconhecer que a decisão deve partir do senso individual, ou seja, o próprio indivíduo deve ter resguardado o seu respeito/direito por tal escolha.

Os interesses experimentais e os interesses críticos, são de suma importância para questões de como cada indivíduo avalia sua vida. “Dworkin acredita que, a partir da compreensão dos interesses supramencionados, pode-se entender as razões relevantes para se decidir em prosseguir lutando pela vida ou entregar à morte”. (CAUDURO, 2007, p. 69).

A busca pelos interesses do moribundo, quer seja, quando consciente ou inconsciente, requer uma profunda análise do seu histórico durante toda sua vida. em tese, seria impossível compreender ou desvendar qual o desejo de uma pessoa quando não é mais capaz de decidir sobre ele. Aqueles que foram próximos a ele durante sua vida, tendem a serem mais precisos neste *decisum* final.

2.3 O VALOR ESSENCIAL DA VIDA E SANTIDADE HUMANA NA CONCEPÇÃO DE DWORKIN

O último ponto dado por Dworkin para avaliar a decisão de abreviar ou não a vida, consiste nos valores intrínsecos da vida e a santidade da vida humana. Dworkin

(2003, p. 272), revela que, “a eutanásia é condenável - mesmo quando o paciente deseja a morte, e mesmo quando esta se acha entre os seus interesses fundamentais e a santidade da vida humana”.

Para Dworkin, a vida humana em si possui um valor intrínseco, valor este que jamais poderá ser mensurado. “Sua teoria pretende estabelecer um equilíbrio, um consenso, entre os que apoiam e os que condenam as práticas de eutanásia, pautando a discussão não em direitos, mas na sociedade da vida ou na ideia de que a vida humana tem um valor intrínseco, ou seja, é valiosa por si mesma (DWORKIN, *apud* CAMPI, 2004, p. 22).

O valor sagrado da vida, é sem sombra de dúvidas, um dos maiores entraves frente ao pedido da eutanásia, muitos além de considerarem a vida humana como sagrada, destacam que é intocável, cabendo apenas ao “Autor da vida” qualquer decisão. Contudo, esquece-se que, assim como a vida (num todo) é sagrada, a morte também é. Portanto, a sacralidade por muitos apontadas, revela que o sagrado é inviolável.

Sendo assim, Dworkin (2003, p. 275) elucida que, “a convicção de que a vida humana é sagrada talvez ofereça mais poderosa base emocional para oposição à eutanásia nas formas e nos contextos distintos que até distinguimos”. Grande parte da doutrina religiosa, parte da premissa que a vida humana deve ser respeitada em todos os seus estágios, ou seja, desde os momentos bons quanto ruins. Logo, por mais que um paciente esteja em sua fase terminal da vida, deve-se preservar sua vida em quaisquer circunstâncias.

De acordo com Cauduro (2007, p. 72) “o princípio da santidade da vida humana é visto com muitas ressalvas, ora porque não respeita a autonomia do paciente e/ou o interesse da família, ora porque visa à quantidade de vida, independente de qualidade”. Nessa mesma linha de pensamento, apresenta Campi (2004) que a ideia de Dworkin é que devemos dar ênfase àquilo que as pessoas efetivamente creem e não à retórica

pública do debate, ou seja, à convicção de que a vida é valiosa por si mesma. Mesmo que, muitas vezes, no calor da discussão, um argumento seja apresentado em termos de direitos da pessoa, o que se está a discutir é o valor da vida. Debater o tema da eutanásia somente em argumentos do direito, será uma discussão interminável, uma vez que nesse envolto existem vários aspectos, bem como princípios constitucionais, contra ou a favor de tal prática.

Diante do cenário, em determinadas situações paira a dúvida sobre se o pedido de abreviamento da morte seria um crime ou um pecado? Se analisarmos sob à ótica da doutrina religiosa, sem dúvidas seria um pecado imperdoável, um desrespeito para com o "Autor da Vida", Deus. Outrossim, se partir para o campo do direito, poderia se enquadrar em crime, no caso, homicídio.

Frente a isso, Dworkin apresenta a ideia de que a vida tem valor sagrado, como uma opção para que os grupos pró-vida e pró-escolha, como se autodenominam os grupos conservadores e liberais em questão, construam um lugar comum que permita um equilíbrio na resolução do problema. "Um argumento fundamentado no princípio da sacralidade da vida pode ser aceito por todos que partilham da ideia de que a vida humana é sagrada". (CAMPI, 2004, p. 23).

Finaliza Dworkin (2003) que a ideia de que a vida humana é sagrada ou inviolável se revela mais aberta a diferentes interpretações do que seu uso conservador e religioso reconhece, permitindo posições mais liberais frente à eutanásia. As pessoas que consideram o investimento natural na vida, prioritário, e que, por isso, são contrárias ao aborto, podem não estar de acordo que a eutanásia frustre, inevitavelmente, a natureza. Destarte, "a eutanásia, como fuga da dor e da agonia, acontece primeiro no espírito, e depois na sociedade e no direito". (SGRECCIA, 1996, p. 701).

Isso posto, para o autor em evidência o problema estaria na não aceitação do direito de autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e a sacralidade da vida humana, ou seja, a forte presença de que a vida é sagrada e, em nenhuma hipótese pode ser retirada. Assim, os tópicos a seguir irão analisar a questão dos princípios conflitantes dentro ordenamento jurídico brasileiro, bem como a questão dos casos fáceis e difíceis e, na sequência, qual a proposta, ou melhor, solução dada por Dworkin para o problema da eutanásia, diante da omissão de uma legislação especifica que trate sobre tal tema.

3. VIDA, LIBERDADE E DIGNIDADE NO CONTEXTO DA EUTANÁSIA

Sem dúvidas "a irrenunciabilidade e a inviolabilidade do direito à vida suscitam profundas divergências acerca da legitimidade de condutas que abreviam ou não prolongam a vida de um paciente com o objetivo de reduzir seu sofrimento físico e moral" (NOVELINO, 2013, p. 471).

Por esse motivo, ao tratar da eutanásia e de seus aspectos voltados para o âmbito dos direitos fundamentais, percebe-se que, entre vários princípios em "jogo", cumpre citar apenas três solidificados no texto constitucional (dignidade, vida e liberdade) que de certa forma são capazes de justificar a realização do procedimento eutanásico e afastar a ilicitude da conduta, isto é, da esfera penal. Inicia-se então, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor supremo, quer dizer, norteador da concretude dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Ocorre que, alinhar o princípio da dignidade da pessoa humana no contexto da eutanásia, não é uma tarefa tão fácil de ser analisada frente a um caso fático, tendo em vista que tal princípio

não possui um fim em si mesmo, podendo ser invocado em diversas situações/contextos, além de ser apresentado, na maioria das vezes, de maneira deturpada.

Salienta-se que, tal princípio está previsto no art. 1, inciso III da Lei Maior, exposto no rol dos princípios fundamentais. "Sendo assim, entende-se que todos os demais direitos fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade e, inclusive o direito à vida, devem observância e respeito ao primado da Dignidade da Pessoa Humana" (CAUDURO, 2007, p. 84).

Nesse mesmo raciocínio, Ingo Sarlet (2004, p. 148) enfatiza que: “a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida”. Com efeito, a dignidade parece revelar-se com clareza em algumas situações concretas de violação. Todavia, a complexidade das relações sociais desafia constantemente o juiz, apresentando situações controversas.

Todavia, no cenário da eutanásia, leva-se em consideração que a escolha pela celeridade da morte, diante de uma situação insuportável de ser vivida, não violaria a dignidade da pessoa humana, pelo contrário, possibilita que o indivíduo busque uma morte digna, quer dizer, sem sofrimento, sem dor. Igualmente, a dor não é apenas do sujeito, mas de todos aquele que, por ora, estão envolvidos.

Ingo Sarlet observa que:

> [...] quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna (SARLET, 2004, p. 37).

Em vista disso, pacientes que se encontram em leitos de hospitais em condições condenáveis à morte, ao solicitar a sua aceleração não estariam violando sua dignidade humana, uma vez que viver de maneira digna também requer condições para uma existência digna.

Por outro lado, o direito à vida, consagrado no art. 5º, caput da Lei Maior, "é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado" (ALEXANDRINO *et al*, 2014, p. 121). O texto constitucional protege o direito pela vida tanto extrauterina como também intrauterina. A respeito ensina Novelino que o direito à vida pode ser compreendido em dupla acepção, quais sejam, acepção negativa e acepção positiva:

> [...] em sua acepção negativa, consiste no direito assegurado a todo e qualquer ser humano de permanecer vivo. Trata-se, aqui, de um direito de defesa que confere ao indivíduo um *status negativo* (em sentido amplo), ou seja, um direito a não intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares. A acepção positiva costuma ser associada ao direito a uma existência digna, no sentido de ser assegurado ao individuo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas. Esta concepção, no entanto, não se limita à garantia do mínimo existencial, atuando também no sentido de assegurar ao individuo pretensões de caráter material e jurídico (NOVELINO, 2013, p. 459).

Diante disso, em situações de pacientes no seu estágio terminal de vida, busca-se assegurar o direito pela vida de forma digna. Noutras palavras, o simples fato da proteção no sentido negativo não pode ser suprido pelo sentido positivo, isto é, do ser estar vivo somente porque se entende que o Estado não possa pôr fim à vida humana. Assim sendo, Alexandrino (2014, p. 121) entende que "o direito à vida, entretanto, não se

resume ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, abrangendo uma existência digna".

Por consequência, o direito à vida não deve ser invocado pelo simples fato da existência do ser humano permanecer vivo na terra, mas sim, que haja uma vida na terra condizente com sua dignidade humana. Logo, pessoas em estágios finais da vida, podem, bem como devem optar pela escolha de uma boa morte, já que a dignidade da pessoa humana também se pauta no respeito e apreço pelo moribundo.

Ademais, o princípio da liberdade encontra respaldo jurídico no art. 5º da Carta Constitucional, que por vez segundo Alexandrino (2014) é retirado da própria essência dos direitos fundamentais de primeira dimensão, porquanto, denominado de liberdades públicas. Ensina o autor supra, que a liberdade deve ser tomada na sua ampla concepção, compreendendo não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicções, de expressão de pensamento, reunião e dentre outros.

A liberdade é reconhecida como uma das garantias constitucionais do indivíduo, portanto, devendo ser interpretada da forma mais ampla possível (suporte fático amplo). Aponta Novelino (2013), que quanto maior for a necessidade de conformação jurídica do setor da realidade em questão, maior deve ser o grau de abertura normativa dos direitos e garantias fundamentais ao direito ordinário. Para o autor acima mencionado, a liberdade pode ser dividida em duas esferas, quais sejam liberdade positiva e liberdade negativa:

> A liberdade positiva - também denominada de liberdade política ou liberdade dos antigos ou liberdade de querer - pode ser definida como a "situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros". A liberdade negativa - conhecida também como liberdade civil ou liberdade dos modernos ou liberdade de agir - é a "situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros". Consiste, portanto, na ausência de impedimentos ou constrangimentos (NOVELINO, 2013, p. 501).

Na situação da eutanásia, aplica-se a liberdade negativa, isto é, a liberdade que o moribundo detém de escolha dada a situação complexa. Nesse aspecto, indica Dworkin (2002) o argumento de princípio, no qual se justifica uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo, tendo em vista que garante a autonomia do paciente pela escolha de uma morte digna.

Caso um paciente seja absolutamente capaz e esteja consciente no momento de manifestar sua decisão, entende-se que não deve ser imposto um determinado tratamento ou algo similar, mas sim, o médico deve respeitar a liberdade, bem como autonomia da vontade, núcleo da dignidade da pessoa humana.

Todavia, em situações de paciente inconsciente ou incapaz, a manifestação de vontade pode ser suprida ou substituída pela dos pais, familiares e responsáveis, objeto de estudo por Dworkin na obra Domínio da Vida. Desse modo, cita Cauduro (2007) que devesse levar em consideração que a liberdade quanto a autonomia não pode serem invocadas de maneira exacerbada, sem fundamentação legal, sob o risco e pretexto de haver indivíduos pedindo a morte sem qualquer respaldo válido para o caso prático.

Destarte, dentre esses três princípios basilares no texto constitucional, deve-se analisar minuciosamente o caso em questão, pois algumas situações podem ser dadas como casos fáceis, e outras como casos difíceis, o que requer maiores cautelas por parte dos julgadores. Partindo dessas premissas, analisa-se a questão dos casos fáceis e difíceis dados por Dworkin.

4. A ANÁLISE DE DWORKIN PARA OS CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS DIANTE DA EUTANÁSIA

Em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (2002), Dworkin trabalha a questão de casos fáceis (simples de serem resolvidos na prática) e casos difíceis, isto é, complexos, os quais requerem um certo esforço do magistrado. Reforça Cademartori que:

> um caso pode ser considerado difícil quando existe incerteza, seja esta estabelecida pela existência de diversas normas que determinam decisões diferentes – porque as normas podem ser contraditórias -, seja porque não existe uma norma aplicável de forma precisa ao caso. Por outro lado, diz-se que um caso é fácil, quando a subsunção de determinados fatos sob uma determinada regra não é contrária ao sistema de princípios que dão coerência à instituição ou setor normativo que lhe diga respeito. Ou seja, quando bastar a adoção da regra como razão peremptória para a resolução do caso concreto (CADEMARTORI, 2005, p. 2).

No caso da eutanásia, como bem explanado, tal prática pode ser dividida nas seguintes modalidades, quais sejam, eutanásia voluntária, provocada, solutiva e resolutiva. Diante disso, passa-se a analisar como Dworkin trabalha tais questões em relação aos casos fáceis e difíceis.

A eutanásia voluntária trabalha com a concepção de que o paciente detém o poder sobre sua vida, ou seja, respeita-se a sua autonomia, dada às circunstâncias do caso em questão. Portanto, para Dworkin (2002), estar-se-ia diante de um caso simples, se analisados países que permitem tal prática, haja vista o respeito pela liberdade do paciente. De outro modo, no Brasil a prática da eutanásia é abolida em todas as suas circunstâncias - voluntária, provocada, solutiva e resolutiva. Logo, Dworkin (2002) aponta como um caso difícil de ser resolvido na prática, uma vez que não existe uma legislação específica para tal instituto.

Seguindo essa lógica de raciocínio e a fim de melhor compreender a proposta do autor, analisa-se a eutanásia voluntária – heterônoma, que por vez, permite a interferência de terceiros – médicos e familiares. Imagine-se a situação de um moribundo com morte cerebral, estando no seu estágio final de sua vida, noutras palavras, não havendo mais chance voltar à vida ou algo miraculoso que o possa fazer retornar.

Dada a situação hipotética, por mais que a família conteste o desligamento dos aparelhos tendo em vista que o coração continua a bater, e que alegue diversos motivos, dentre eles, religioso, os médicos detêm o poder de desligar os aparelhos, uma vez que se encontram amparados pela Resolução do Conselho de Medicina 1.995 de 2012 em vigor.

Outrossim, em situações em que o enfermo não possui mais sua capacidade de discernimento – inconsciência, tal capacidade para Dworkin (2002) pode ser dada aos familiares, sendo apresentado para o autor supra como um caso difícil, tendo em vista que a autonomia do paciente passa a ser outorgada para terceiros, o que dificilmente na prática pode a vir ser uma decisão acertada. Justamente por isso, o autor em comento na obra “Domínio da vida” aponta que as pessoas próximas ao moribundo saberiam, em tese, qual escolha o mesmo faria no momento mais preciso do seu estágio final de vida.

Nesse ponto, existem em que situações que nem sempre a terminalidade da vida será simples de ser resolvida, ainda mais se “o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer

que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas" (DWORKIN, 2002, p. 131).

Outrossim, nos casos da eutanásia solutiva e resolutiva, tais modalidades se aplicariam ao suicídio assistido e não a figura da eutanásia propriamente dita, uma vez que a eutanásia solutiva consiste na ajuda física ou psicológica, sendo penalizada tal prática no ordenamento jurídico vigente, enquadrando-se como no crime previsto no art. 122, do Código Penal vigente, qual seja, induzimento ou instigação ao suicídio.

Desse modo, no caso da eutanásia pode haver decisões que se pautem no aspecto da política, quer dizer, o juiz do caso em questão pode entender pela decisão política com viés na coletividade será de maior relevância, diante da precariedade nos cuidados paliativos ou pode haver situações em que o magistrado busca analisar o caso complexo na ordem de princípios.

Sendo assim, "estes argumentos não são decisivos, mas têm força suficiente para sugerir a importância da tese e justificar a atenção que será necessária para dar-lhes uma formulação mais cuidadosa" (DWORKIN, 2020, p. 132). Além disso, ressalta-se que, o magistrado deve buscar refúgio no direito criado por outras instituições, e não criar um novo direito. Sem embargo, dado o contexto apresentado, o juiz deve buscar respaldo jurídico nos princípios já existentes, haja vista serem eles norteadores para os conflitos existentes.

Deste modo, a única hipótese de abreviamento da vida, e que para o autor em comento pode ser dado como um caso fácil, é a questão da ortotanásia, uma vez que no Brasil, e como já explanado nesta pesquisa é permitido tal prática, onde os médicos estão acobertados pela resolução citada acima. Diferentemente dos casos da distanásia, mistanásia e a da própria eutanásia, em que diversos princípios constitucionais estão em jogo, tornando por óbvio sua prática uma conduta delituosa, por assim infringir o código penalista e a Constituição Federal.

5. A SOLUÇÃO DADA POR DWORKIN PARA O PROBLEMA DA EUTANÁSIA

Como já analisado no decorrer deste trabalho, não existe uma legislação especifica no Brasil que trate a respeito do instituto da eutanásia. O código penal brasileiro enquadra a eutanásia na modalidade suicídio assistida.

Diante disso, a fim de se achegar a uma decisão mais acertada diante de um caso prático, Dworkin em sua obra "O Império do Direito" divide a o método da interpretação construtivista em três etapas, quais sejam:

> [..] pré-interpretativa na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática; etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a convivência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática; e, por fim, a etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática "realmente" requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa. (DWORKIN, 2003, p. 81-82).

À vista disso, o julgador analisa o caso fático sob a visão das circunstâncias particulares e suas próprias convicções, observando-se as regras e os princípios tanto de

ordem política quanto de ordem moral pautados no seio da sociedade. O togado não tem o dever de criar novos direitos quando existem princípios dos quais possam ser instrumentos para os problemas apresentados. Na questão do direito como integridade, como bem analisado por Cauduro:

> a integridade seria um ideal político a ser perseguido, no qual Dworkin apela inicialmente ao legislativo, para que este elabore as leis de acordo como os princípios já existentes; num segundo momento, que a comunidade observe os princípios postos e, finalmente, em caso de conflitos, caberia ao Judiciário resolvê-los orientados pelos princípios positivos, na busca da melhor decisão. No direito como integridade haveria uma coerência nas decisões judiciais, garantindo sua legitimidade, uma vez que estas seriam fundamentais no ordenamento jurídico vigente, bem como seria dada a segurança jurídica almejada, haja vista que deveriam ser observados os precedentes jurisprudenciais.

Entende Dworkin (2002) que nos casos complexos, ou seja, casos em que a decisão do togado requer um grau de esforço hermenêutico maior, que julgador busque encontrar a solução dentro do ordenamento jurídico em vigor, noutras palavras, dentro da Lei Maior e, na hipótese de haver dificuldade em se achegar numa resposta, o julgador deve pautar-se nos princípios políticos presentes no seio da comunidade.

Dessa maneira, para o autor supracitado "podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas" (DWORKIN, 2002, p. 47).

No entanto, no caso da eutanásia existe colisão de diversos princípios, dentre eles, dignidade da pessoa humana, vida, liberdade e autonomia, como já mencionados no tópico anterior. Deste modo, como determinar o que deve prevalecer? Segundo Cauduro, no caso da colisão de princípios frente ao problema da eutanásia, Dworkin trabalha com a seguinte concepção:

> Para Dworkin não existe uma hierarquia de princípios, para ele os princípios são *standard* de justiça e equidade que possuem uma dimensão de peso ou importância, o que significa dizer que os princípios encontram-se num nível de paridade e, portanto, um deverá prevalecer em face do caso concreto, segundo as convicções do juiz. Vê-se novamente que o autor recorre às convicções do juiz, requerendo uma análise sobre o objeto (normas), para prover a única e acertada decisão (CAUDURO, *apud* DWORKIN, 2007, p. 87).

Dworkin analisa que cada decisão judicial é única, ou seja, uma resposta apresentada para certo caso, não será a mesma para uma outra situação. Nada obstante, deve o julgador ter como base os princípios postos, haja vista que os mesmos são diretrizes eficazes para solucionar problemas apresentados. Expõe, Joseane Cauduro que:

> no caso da eutanásia, considerando a legislação brasileira e a posição de Dworkin, bem como a falta de regra especifica que regulamente o instituto da eutanásia, a proposta do autor se encontra baseada nos princípios de nosso ordenamento jurídico (CAUDURO, 2007, p. 88).

Cita a autora que existe um dilema maior no caso da eutanásia, qual seja, o conflito dos direitos fundamentais da vida, bem como da sacralidade da vida humana, pois para Dworkin (2004) o valor intrínseco da vida é um grande contraponto à autonomia do

paciente, alegando que este argumento por si só, obstaria qualquer procedimento eutanásico.

Segundo Heck (2019, p. 220) “a livre criação divina vincula Deus, quer como criador quer como legislador, aos princípios constitutivos do universo”. Portanto, aqueles que levantam a bandeira de que a vida é sagrada, e por este motivo deve ser respeita e protegida, entendem que Deus é o autor da vida, ou seja, somente ele tem o poder de conceder e retirar o fôlego de vida nesta terra.

No entanto, prolongar o sofrimento da vida humana, vincula-se à prática da distanásia, em outras palavras, o distanciamento da morte até o seu estágio final, o que violaria em todas as instâncias o princípio da dignidade da pessoa humana. Dando continuidade ao que fora exposto, afirma José Heck que:

> [...] em suma, santidade não confere direitos. A vida tão-só é intrinsecamente valiosa, pondera Dworkin, se o valor é independente do que as pessoas de fato gostam ou querem ou precisam ou é bom para elas. Embora não isenta de problemas, a definição é apta a limitar a competência do direito às linhas mestras das relações políticas entre indivíduo e Estado. Isto distingue o direito em acepção dworkiniana, ao ar e às águas, sem qualquer contenção inflacionária de direitos (DWORKIN, *apud* HECK, 2019, p. 226).

Desse modo, a santidade não pode ser tida como um dos maiores vetores frente à escolha do paciente, devendo ser respeitado sua autonomia de escolhas, uma vez que durante toda sua vida foi capaz de fazer simples, bem como complexas escolhas.

Dworkin (2002), como defensor do liberalismo, acredita no respeito e escolha do paciente, quer dizer, o moribundo tem condições de decidir qual o melhor trajeto para sua vida nos momentos finais. Igualmente, quando o paciente não tem esse poder de escolha - consciência, tal escolha quando – inconsciente, transferindo-se para os mais próximos desse.

A respeito da autonomia-escolha do paciente, menciona Heck (2019) que, segundo a bioética uma conduta merece ser vista como autônoma, quando passa pelo crivo do consentimento, em que o moribundo decide acerca de seu próprio bem e toma decisões isentas de paternalismo. Ainda, afirma o autor supracitado que, como coluna vertebral da bioética, a autonomia não altera apenas a maneira de entender o mundo, mas promove também a pretensão de o dominar e de colocá-lo à disposição dos humanos, a serviço de suas necessidades, seus objetivos e propósitos.

No caso da eutanásia, o enfermo que solicita o processo de antecipação de sua morte, busca uma posição confortável, dada a situação exposta. Tal busca é muito concreta de controle. O paciente que clama pela morte, tenta encontrar um refúgio para uma dor insuportável de ser vivida.

Por esse motivo, acredita Dworkin (2002) que a eutanásia deve ser vista como uma decisão de respeito, respeito este pela escolha de quem faz, bem como quem busca. O autor em evidência, nos faz remeter à dignidade do indivíduo para valorar os demais direitos fundamentais, pois de nada adianta clamar pela proteção da vida, sem, no entanto, possibilitar condições dignas para o paciente terminal.

Sob o mesmo olhar, expõe Heck (2019, p. 221) que “a morte é o fim da vida, razão porque é relevante o instante quando morremos, mas a morte é também parte de nossa vida, razão pela qual é importante o modo como morremos”.

A dignidade da pessoa humana quando ligada ao princípio da autonomia, revela tão somente a importância que é dada ao indivíduo diante do seu estágio terminal de vida. Infelizmente e, como já mencionado neste trabalho, o Brasil carece de um sistema de

saúde adequado em cuidados paliativos, uma vez que cuidados paliativos requerem uma certa atenção adequada e orçamento público por parte do Estado.

Dworkin é categórico em apontar que a dignidade e a liberdade do paciente podem ser grandes vetores para o processo de aceleração da morte em paciente em estágio terminal.

> Uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção da liberdade individual e não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é exigência fundamental e absoluta do amor próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame e respeite. (...) insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. E por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. (...) A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal sobre a reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada. (...) O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade (DWORKIN, 2002, p. 268).

Dworkin em sua obra “Domínio da Vida”, disserta que o paciente durante toda sua vida foi capaz de decidir por simples escolhas, desde o que comer, vestir, cursar e dentre outros. Mas porque no estágio final da vida, o moribundo agonizado no leito de um hospital não pode decidir por acelerar sua morte? Há necessidade de o legislativo intervir nesse momento tão peculiar e particular do indivíduo?

Dadas essas indagações, o ideal a ser seguido é o primado da dignidade da pessoa humana, pois "não se pode perder de vista a proteção legal da dignidade, e isto significa dizer que, usufruí-la é fundamental o direito à liberdade, somente com o respeito da autonomia do paciente" (CAUDURO, 2007, p. 91).

Em suma, a solução dada por Dworkin consiste no respeito à liberdade e autonomia do paciente, uma vez que o moribundo quando consciente detém este poder de escolha. Não obstante, a autonomia e liberdade do paciente estão ligadas diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio consagrado no ordenamento jurídico permite condições de vida mínima, todavia, tais condições de vida não podem ser valoradas ou suprimidas por interesse do Estado.

Ademais, assim como a vida é um direito sagrado, a morte também o é. Logo, optar por uma morte digna não violaria a dignidade humana, pelo contrário, seria uma das soluções encontradas frente aos princípios constitucionais existentes em nosso ordenamento jurídico. Por este motivo, não basta apenas viver de forma digna e morrer de forma indigna, isto é, num leito de hospital agonizando pela morte. A autonomia do paciente permite que o lado ímpar da vida seja entendido como um lado bom, lado humano, lado de respeito por quem apenas quer morrer de forma digna, sem sofrimento.

CONCLUSÃO

Como visto até aqui, o entrave a respeito da prática da eutanásia é sem dúvida um assunto polêmico, suscitador de paixões e ampla discussão. O enunciado em questão não é assunto recente, pelo contrário, há décadas vem se arrastando na literatura. Todavia, o que se percebe é a dificuldade dos tribunais em chegar a um consenso frente

ao problema da eutanásia, haja vista envolver questões que ultrapassam a simples esfera jurídica, além da existência do conflito de princípios.

No caso, vários princípios constitucionais estão em jogo, todavia, dentre eles, coube analisar a dignidade da pessoa humana (como fundamento para os demais princípios) o princípio da autonomia e o princípio da vida, objetos da presente pesquisa. Justamente por isso, foi possível observar a influência de Dworkin para as três questões de ordem moral e jurídica, quais sejam, a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e a sacralidade da vida humana descritos na obra “Domínio da Vida”. Tais questões são de suma importância para o problema da eutanásia, uma vez que as três questões levantadas pelo autor, se encontram inseridas dentro do nosso ordenamento jurídico vigente, ou seja, são aparatos que permitem uma interpretação construtivista do direito.

A questão da autonomia foi vista como um direito de escolha do indivíduo em optar por uma morte digna, diante de um sofrimento insuportável, haja vista que durante todo o delinear de sua vida foi capaz de fazer simples escolhas. Desse modo, a autonomia não violaria a dignidade da pessoa humana, lhe conferindo uma opção de escolha, de autocontrole, tanto para quem faz, quanto para quem busca.

Em que pese, em situações em que o paciente não seja capaz de discernir sobre o melhor a ser feito dada a situação concreta, tais interesses pela análise dworkiniana passariam para os familiares e pessoas próximas a este. Todavia, pode-se observar que nem sempre tais decisões são simples de serem resolvidas na prática, por esse motivo, Dworkin apresenta os casos fáceis e difíceis, alguns requerem maior complexidade e outros menor dificuldade, como no caso da eutanásia.

A sacralidade da vida humana entende que a morte deve respeitar o seu percurso natural, uma vez que a vida é sagrada e, por óbvio, só o “Autor da vida” tem o poder de conceder, bem como retirar o fôlego de vida. No entanto, verificou-se que, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura uma vida digna durante o seu estágio em vida, quanto em seus momentos finais, permitindo que a morte seja considerada sagrada, assim como a vida também é.

Assim, verificou-se que, a refutada hipótese da pesquisa corroborou em evidenciar que entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, o que deve prevalecer é a dignidade da pessoa humana, dada a peculiaridade do caso concreto, uma vez que tal princípio postulado no ordenamento jurídico vigente é tido como o balizador dos demais princípios. Não bastasse isso, viver de forma digna, requer condições de tratamento digno. Assim, deixar que pacientes agonizem pela morte dada a situação fática, estaria violando sua dignidade humana, algo de valor supraconstitucional. No Brasil não existe uma lei específica que regulamente tal instituto e, por esse motivo, a concepção dworkiniana prioriza a questão do respeito pela escolha do paciente, ou seja, a liberdade do moribundo, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é interligada a autonomia do paciente. Ademais, a Carta Constitucional respeita o direito à vida, e não o dever de viver à vida em situações deploráveis, isto é, sofrimento insuportável. Portanto, viver de forma digna, requer-se também uma morte digna.

Dessa maneira, como já explanado, dificilmente haverá uma legislação especifica que atenda todos os casos voltados para morte sem dor. Contudo, diante do caso em tela, o magistrado deve pautar sua decisão levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o respeito pela autonomia do paciente, posto que o mesmo detém condições de decidir qual o melhor trajeto a ser traçado para sua vida, e quando não o puder, outorga-se tal decisão para os parentes ou mais próximos desse. No entanto, aquele que

foi mais próximo ao moribundo deverá conhecê-lo melhor, razão pela qual é alta a probabilidade de que este adote a decisão mais próxima do que seria buscado pelo familiar em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Rodrigo Siqueira *et al*. **Eutanásia:** pelas veredas da morte e da autonomia**.** Revista Scielo. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n1/19821.pdf. >. Acessado em: 14 mai. 2019.

CABRERA, Heidy de Avila. **Eutanásia: Direito de Morrer Dignamente.** 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo – Unifieo – Osasco, São Paulo, 2010.

CAUDURO, Joseane. **O conceito de eutanásia em Ronald Dworkin.** 2007. 108 fls. Dissertação de Mestrado – Universidade de Caxias do Sul – Caxias do Sul, 2007.

COELHO, Thales Cavalcanti. **O consentimento da vítima na criminalização da eutanásia.** 2012. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – São Paulo, 2012.

DE CASTRO, João Cardoso *et al*. **Caminhos da Natureza –** Volume 1. Rio de Janeiro: Unifeso, 2018.

DIAS, Maria Clara. **Ensaios sobra a moralidade.** Rio de Janeiro, Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Domínio da Vida:** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo:Martins Fontes, 2003.

FILHO, Wilson Roberto Theodoro. **A Teoria da Interpretação em Ronald Dworkin.** 2015, 20 fls. Artigo jurídico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acessado em: 16 jun. 2019.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Do xadrez à cortesia.** Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. **Teoria da Integridade de Ronald Dworkin:** Um olhas matemático para a tese da resposta correta**.** 2015, 18 fls. Artigo Jurídico. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14242 >. Acessado em: 26 mai. 2019.

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia *in* Iniciação à Bioética**. COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores). – Brasília:Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm>. Acessado em: 18 jun. 2019.

MEYER, Phillippe. **A irresponsabilidade médica**. Tradução de Maria Leonor Loureiro. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**.19. ed. São Paulo: Atlas, 2002. Vol. 2.

MONTEIRO, Etienne. **Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária?** Reflexões sobre a tese da autonomia. São Paulo: RT-778, Ano 89, agosto de 2000. Disponível em: < https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2000;1000743638>. Acessado em: 18 set. 2019.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **A bioética e a relação médico-paciente.** Artigo disponível em <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 29 junho 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador – Bahia: 11ª. ed. Juspodivm, 2016.

A (IN)VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE FRANQUIA

Roberta Cristina Emmenderfer [1]
Beatriz Regina Branco[2]

Resumo: O tema aborda a análise da validade ou invalidade da cláusula compromissória e suas implicações nos contratos de franquia, vez que reconhecendo a validade da cláusula, um possível litígio será inicialmente encaminhado para o juízo arbitral ao qual reflete na redução das demandas da justiça comum. Assim, a importância do tema se dá em razão deste modelo empresarial apresentar elevados índices de satisfação dos empreendedores, bem como resultados satisfatórios economicamente para o desenvolvimento nacional e, ainda demonstra a possibilidade de os litígios serem solucionados fora da esfera judicial, contribuindo com a celeridade e a redução do dispêndio de elevados valores a serem pagos pelas partes envolvidas. Desta forma, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a possibilidade do reconhecimento da validade da cláusula compromissória nos contratos de franquia, partindo do entendimento dos tribunais, por meio de jurisprudências consolidadas. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Como resultado verificou-se que apesar da divergência ainda ser predominante sobre o tema, a grande maioria da jurisprudência utiliza o entendimento do STJ firmado através do Recurso Especial nº 1.602.076 para anular a cláusula compromissória somente nos casos em que for verificada situação de patologia na instituição da cláusula.

Palavras-chave: Franquias. Cláusula compromissória. Contrato.

INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado no presente artigo visa a análise da possibilidade do reconhecimento da validade ou não da cláusula compromissória no contrato de franquia, conforme os dispositivos legais e o entendimento jurisprudencial dos tribunais. Com isso, busca-se compreender o instituto da resolução alternativa de conflitos, qual seja, a arbitragem, que ao ser instituída no contrato empresarial por meio da cláusula compromissória, visa desviar os conflitos da superlotação da máquina judiciária, vez que tais métodos geralmente são mais céleres e menos burocráticos. No entanto, a arbitragem não possui como objetivo primordial solucionar ou, ainda, aliviar a crise de superlotação da máquina judiciária, mas sim atuar como justiça privada, de forma restrita, prestando-se, fundamentalmente a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o qual demonstra-se atualmente ser um método de solução de conflito eficiente e mais adequado para determinados casos (PANTOJA, 2018).

Neste contexto, evidencia-se o relevante papel da Arbitragem como influenciadora direta na ordem econômica do país viabilizando os contratos comerciais, vez que o Estado não é mais capaz de arcar com o número crescente de processos e busca incansavelmente uma solução, despendendo cada dia mais de recursos públicos para este fim. (AMORIM, CARVALHO, SOUSA, 2015).

Atualmente, a crise econômica em que o Brasil vem enfrentando resulta em uma economia não crescente de forma progressiva, oscilando em determinados períodos ao longo dos anos. No entanto, o contrato de Franquia, apesar do alto índice de faturamento e de crescimento econômico, pode vir a apresentar conflitos originários da própria relação contratual entre um ou mais franqueados da rede durante o processo de formação da

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Estagiária no escritório Martinelli Advogados. E-mail: robertaemmenderfer@gmail.com.
2. Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Coordenadora do Programa de Extensão do Juizado Especial e Vice Coordenadora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: beabranco@uol.com.br.

Franquia, os quais, podem gerar a insatisfação do franqueado com relação ao empreendimento que investiu, gerando a quebra de expectativa (PLÁ, 2001).

Ao optar pela cláusula arbitral no contrato de franquias, as partes lançam mão de levar inicialmente seu conflito perante a justiça comum, tornando obrigatória que a solução de conflito seja dada tão e somente pelo Tribunal Arbitral, vez que possui efeito vinculante (PANTOJA, 2018). No entanto, jurisprudências recentes dos Tribunais de Justiça dos Estados vêm discutindo se há validade ao instituir no contrato de franquias um modelo de resolução de conflitos alternativos, qual seja, a arbitragem, ao qual leva-se em consideração a discussão sobre ser o contrato caracterizado como contrato de consumo ou não. Desta forma, embora haja divergências perante os tribunais, o Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, entendeu que o contrato por suas próprias características é considerado contrato por adesão, e, em razão disso, não há validade em instituir a cláusula de arbitragem nos contratos de franquia, vez que as partes não possuem o livre arbítrio de incluí-la ou não no pacto negocial. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, ainda não há decisão sobre o caso, restando pendente recurso extraordinário até o presente momento.

Assim, este artigo inicialmente tratará aspectos gerais do contrato de franquia. Após, discorrerá sobre a cláusula compromissória empresarial como método de resolução de conflito alternativo e por fim, serão analisadas jurisprudências a respeito do tema, conforme entendimento já consolidado pelos tribunais.

1. CONTRATO DE FRANQUIA NO BRASIL

As franquias vêm demonstrando elevado crescimento nos diversos setores da economia e visando atender esta demanda comercial, houve a necessidade de criação da Lei de Franquias, responsável hoje por regulamentar o instituto contratual, através das suas disposições previstas na Lei 8.955 de 1994. Neste sentido, os contratos passam a ter requisitos indispensáveis à boa formação e uma vez preenchidos todos os pressupostos de lei proporciona maior segurança jurídica aos contratantes Assim, em seu artigo 2º, o legislador já definiu como um sistema onde um franqueador cede direito de uso de marca ou patente ao franqueado, bem como o direito de distribuição de produtos ou serviços e em alguns casos o direito de uso da tecnologia inerente a esta, mediante remuneração, sem que se caracterize vínculo empregatício (LEI 8.955, 1994). O franqueador e franqueado são as partes do contrato de franquia empresarial e consideram-se empresarialmente independentes entre si, com personalidades jurídicas distintas. (MAMEDE, 2018).

Com relação a instituição do contrato de franquias, de acordo com o artigo 6º da Lei 8.955/94, o contrato de franquia empresarial é classificado como formal, devendo obrigatoriamente ser escrito e assinado na presença de duas testemunhas, podendo ser levado a registro público o instrumento de contratação da franquia, caso em que não o faça, segundo o artigo 221 do Código Civil, não poderá ser oposto perante terceiros (LEI 8.955, 1994). Ainda, a lei brasileira de arbitragem determina que qualquer pessoa que seja capaz de contratar poderá celebrar um acordo de arbitragem. Segundo a legislação, tal capacidade é requisito indispensável à formação do negócio jurídico, no entanto, não basta a mera capacidade de direito ou de gozo, mas sim capacidade de fato, ou seja, capacidade para que a pessoa realize qualquer ato sem o auxílio de terceiro (VASCONCELOS ROQUE, 2012).

Considera-se que no contrato de franquia, o principal documento é a Circular de Oferta, onde deverá constar o histórico resumido do franqueador, forma societária e o

nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a este vinculados e seus nomes fantasia e endereços, necessários para que o adquirente da franqueadora esteja ciente de todas as condições e riscos do negócio (ALMEIDA e ALMEIDA JUNIOR, 2018). Neste sentido, quando verificada a falta de entrega da circular de oferta, o franqueador assume o risco de todo o negócio jurídico ser nulo por decisão judicial, vez que o franqueado pode ser considerado hipossuficiente em relação ao negócio firmado.

A criação de uma empresa, em sua essência, é a busca por superávit, ou seja, resultados positivos, com o objetivo de lucros aos seus investidores, o que torna necessária toda uma estrutura organizacional por meio de maquinário, insumos e mercadorias, marcas, patentes, modelos industriais, servindo estes como base para obtenção dos resultados positivos. (MAMEDE, 2018). Levando em consideração a crise econômica em que o Brasil vem enfrentando e que esta resulta em uma economia não crescente de forma progressiva, dados recentes da Associação Brasileira de Franquias – ABF vêm apontando que é crescente economicamente este empreendimento, apresentando elevados índices de confiança empresarial e de faturamento, inclusive chegam a ser um dos mais procurados pelos investidores, principalmente de perfil mais jovem, visto que neste atual cenário, é considerado um dos contratos mais seguros por já ser um modelo de negócio que vem gerando resultados, (LIMA JÚNIOR *et al*, 2014 e MARIANO OLIVEIRA *et al*, 2018).

Segundo a ABF (2017) esta espécie de contrato tem crescido continuamente nos últimos anos, cerca de 20% ao ano e em 2017 o setor elevou seu faturamento em 8% se comparado ao ano anterior, aumentando sua receita para R$163 bilhões de reais. Além disso, demonstrou ainda que em 2017 o setor levou seus índices de emprego em 1% com relação a 2016, gerando aproximadamente 1,2 milhões de empregos. (ALMEIDA e ALMEIDA JUNIOR, 2018).

Neste contexto, percebe-se que o crescimento do número de franquias beneficia não somente a economia brasileira, mas também os consumidores de modo geral, vez que há diversidade na oferta de diferentes produtos, bem como produz aumento no quadro de vagas de emprego no âmbito nacional. Ainda, apresenta-se como benéfica aos investidores, vez que o modelo empresarial possui maior garantia de mercado, o apoio do franqueador para obtenção do sucesso em seu negócio e a independência jurídica e financeira, ainda que esteja vinculada a uma marca.

2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EMPRESARIAL E SEUS REQUISITOS

Assim como qualquer relação contratual, a relação franqueador e franqueado também é sujeita aos mais diversos conflitos. Desta forma, de plano, cabe ao Estado, em uma de suas funções, a de pacificação de tais conflitos por meio da jurisdição, havendo ainda a possibilidade de resolução de conflitos extrajudicial, onde o Estado deixa de exercer esta função para que um terceiro alheio ao conflito, decida sobre a matéria através dos métodos de heterocomposição (BIANA E SANT'ANA, 2017).

Com o passar do tempo, o conflito se reforça e toma um destino incontrolável que por fim, acaba em rompimento das relações empresariais. Assim, tais conflitos merecem menor formalismo processual e a instituição de uma abordagem através de técnica da arbitragem, que propicia uma visão ampla da controvérsia e utiliza mecanismos céleres para a resolução do conflito instaurado (MOESSA, 2015). Neste sentido, uma das obrigações do franqueador é informar aos franqueados sobre os procedimentos de resolução de conflitos, especialmente o método arbitral. Compreende-se, contudo, que alguns requisitos são indispensáveis à celebração da cláusula compromissória nos

contratos de franquia e à sua validade como acordo, perante ao franqueado hipossuficiente (BIANA E SANT'ANA, 2017).

A arbitragem define-se como justiça privada e como solução alternativa de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, tendo como resultado final a sentença arbitral prolatada pelo árbitro, normalmente especialista na matéria discutida. (SCAVONE JUNIOR, 2016). A arbitragem como método de resolução de conflitos extrajudiciais vem se mostrando muito útil às empresas e aos seus colaboradores. Tal método pode ser instituído através da clausula compromissória, onde é possível solucionar conflitos empresariais dos mais simples aos mais complexos onde se preza a celeridade, confidencialidade e economia, o que supera o procedimento judicial. (RIBEIRO E ALMEIDA, 2011). Desta forma, a alternativa é considerada lucrativa não somente para as partes, mas para toda uma sociedade, visto que geralmente os contratos que contenham a cláusula arbitral tende a ser menos custosos se comparados com outros em que o judiciário é o único responsável por solucionar os conflitos, considerando a celeridade e a diminuição significativa de futuros prejuízos (AMORIM, CARVALHO, SOUSA 2015).

Para que seja instituída, necessário se faz a expressa vontade e adesão das partes, podendo estas optarem pela convenção arbitral, onde são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A grande diferença entre a primeira e a última é que a cláusula compromissória é estipulada por escrito, objetivando submeter futuros litígios decorrentes da relação contratual ao processo arbitral. (RIBEIRO E ALMEIDA, 2011, PG. 2)

No contrato de franquias, é possível verificar que se encontram previamente estabelecidas algumas obrigações aos franqueado e franqueadores que se repetem nas diversas espécies de franquia, tais como o pagamento de uma taxa de adesão e de um percentual do seu faturamento como ressalta Biana e Sant'ana (2017 *apud* Silva Coelho 2014, p. 493-494), o que não significa dizer que tais obrigações e todas as demais cláusulas não são passiveis de negociação (BIANA E SANT'ANA, 2017). Neste sentido, o legislador preocupou-se muito mais no aspecto informacional do contrato, onde o artigo 3º da Lei de franquias estabelece quando o empresário tiver interesse em sistematizar uma franquia empresarial, deverá fornecer ao possível franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo as mais diversas informações no que tange o negócio proposto (LEI 8.955, 1994).

Assim, a circular de oferta não pode ser considerada como um contrato de franquia, mas sim uma proposta inicial, já que sua finalidade é apontar os principais aspectos do sistema, de forma que ainda possibilita às partes a discussão a respeito de cada um dos termos do contrato que eventualmente será celebrado (BIANA E SANT'ANA, 2017).

Um dos requisitos indispensáveis considerados pelo legislador no art. 4º da lei 8955/94, é que a circular de oferta deve ser disponibilizada ao possível franqueado no mínimo 10 dias antes da assinatura do contrato de franquia, caso em que desrespeitado tal prazo pelo franqueador, poderá o franqueado pleitear a ser a anulabilidade do contrato de franquia, bem como o franqueado fará à jus a devolução de todas as quantias que tiver pagado ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, além das indenizações pelas perdas e danos que incorrer (MAMEDE, 2018).

Para Scavone Junior (2016), durante as tratativas do contrato, nada impede as partes optarem pela inserção de cláusula compromissória visando a resolução de conflitos de forma mais célere e eficaz, contemplada no art. 4º da lei de arbitragem, no qual a conceitua:

> A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

No entanto, é possível que a cláusula de arbitragem seja inserida posteriormente a consolidação de tal contrato, o que importa para sua caracterização é que esta seja convencionada antes do surgimento de conflitos e contenha a obrigação das partes de submeter suas eventuais diferenças à solução dos árbitros, nos termos da Lei de Arbitragem (SCAVONE JUNIOR, 2016) Assim, a cláusula deve ser inserida no contrato de franquia de forma cheia[3], o que significa dizer que deve haver a previsão de quais conflitos serão submetidos à arbitragem, o juízo arbitral e quais os limites.

Neste momento, verifica-se que apesar da cláusula compromissória não ser obrigatória no contrato de franquia, ou seja, pode ser pactuada pela livre negociação do franqueador e franqueado, necessita, no entanto, preencher diversos requisitos elencados na lei de arbitragem, cabendo no caso concreto, a análise da validade ou invalidade da cláusula, assunto que será abordado a seguir.

3. HIPÓTESES DE VALIDADE OU INVALIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA A PARTIR DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELOS TRIBUNAIS

A cláusula compromissória arbitral ao ser instituída no contrato de franquia torna obrigatória que a solução de conflitos surgidos na relação entre franqueador e franqueado seja analisada pelo juízo arbitral. No entanto, diante da possibilidade de a cláusula ser estabelecida de forma abusiva ou não preencher os requisitos previstos na Lei nº 9.307, houve diversos casos em que se buscou o judiciário para sanar lacunas existentes no caso concreto. Ante a distribuição de demandas no judiciário envolvendo a arbitragem no contrato de franquia buscando a invalidade da cláusula compromissória, fez com que os tribunais passassem a decidir com base na interpretação do caso concreto e nos princípios gerais contratuais, surgindo, no entanto, divergências de entendimento a respeito da validade e da invalidade da cláusula compromissória. Com isso, alguns recursos foram interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça para sanar eventuais equívocos e em 2016, surge a primeira decisão emblemática a respeito do tema, onde o STJ, no Recurso Especial nº 1.602.076, considerou nula a cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de franquia, fundamentando que o contrato de franquia é contrato de adesão, gerando repercussão do tema em razão da popularidade do contrato de franquia.

Neste contexto, o primeiro caso a ser analisado é o emblemático Recurso Especial nº 1.602.076, que ensejou flexibilização da regra “competência-competência” e a partir daí o entendimento mais recente dos Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo e Santa Catarina, os quais passaram a utilizar a jurisprudência supracitada do STJ.

3. A cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas que o art. 10 da Lei de Arbitragem impõe para o compromisso arbitral), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc., tornando prescindível o compromisso

3.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste tópico passamos a expor alguns julgados a respeito do assunto:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp nº 1.602.076/SP 2016/0134010-Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, data da publicação: DJ 02/02/2017)

No Recurso Especial nº 1.602.076, o autor requereu a anulação do contrato de franquia ou, subsidiariamente, a rescisão, com a condenação de devolução dos pagamentos feitos a título de Taxas de Franquia e de Royalties, bem como o pagamento de multa, em caso de rescisão contratual, assim, o Superior Tribunal de Justiça, para analisar se havia ou não validade da convenção de arbitragem, é pontuou os seguintes aspectos: I) avaliar se a esta relação jurídica pode ser aplicada as normas do Código de Defesa do Consumidor, o que atrairia por consequência o art. 51, VII, do CDC; (II) se os contratos de franquia são sujeitos ao que dispõe o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, salienta-se que somente pode ser aceita a aplicação da cláusula se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição; e (III) possibilidade de o Poder Judiciário analisar a validade do compromisso em função da doutrina do *kompetenz-kompetenz*[4]

Quanto ao reconhecimento da invalidade aplicando as normas do Código de Defesa do Consumidor, fundamentou a turma que a parte autora não assistia razão ao requerer o reconhecimento da nulidade do compromisso arbitral com base no disposto no art. 51, VII, do CDC, vez que a mesma turma (terceira), já havia decidido sobre a matéria em casos análogos, conforme exposto abaixo:

> CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. FORO DE ELEIÇÃO. COMPETÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. MATÉRIA DE FATO E REEXAME CONTRATUAL. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283-STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, **eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais.** II. Situação, ademais, em que não restou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede

4. É o instituto pelo qual todo juiz tem competência para analisar sua própria competência, tendo em vista que ao verificar sua incompetência absoluta pode reconhece-la de oficio.

> de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado. III. Incidência à espécie das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra "d", do CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil. V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula n. 283 do Pretório Excelso. VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido. (REsp 632958/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJe 29.3.2010).

No entanto, a lei de arbitragem é clara ao instituir por meio do art. 4º, § 2º que somente haverá a eficácia da estipulação de arbitragem quando o contratante concorda expressamente e no presente caso, o alcance de tal disposição foi claramente violado, considerando ser necessário avaliar se a franquia é um contrato de adesão a atrair os requisitos do mencionado dispositivo legal e se a lei de arbitragem pode ser aplicada nos contratos de franquia.

Com efeito, inicialmente em uma primeira análise, o contrato de Franquia não se trata de uma relação de consumo, onde haja uma parte hipossuficiente. No entanto, quando um dos requisitos indispensáveis a formação do contrato principal for violada, especialmente no que tange a cláusula compromissória, nos temos da referida decisão do STJ, cabe a aplicação das normas do CDC o caso concreto.

Assim, considerando que no caso em análise houve a violação do art. art. 4º, § 2º da lei de arbitragem, o STJ concluiu que o objetivo da lei de arbitragem ao instituir requisitos específicos, dos quais muitas vezes não são atendidos, é proteger a parte hipossuficiente na relação contratual, evitando abusos e que a cláusula compromissória seja inserida de forma arbitrária.

Ainda, quando da análise da competência do juízo arbitral, entende o STJ que, com relação a aplicação restrita do princípio da *kompetenz-kompetenz*, apenas teria legitimidade para analisar a matéria após sentença arbitral. No entanto, de acordo com o entendimento recente aplicado no Resp. 1.278.852/MG, este princípio foi objeto de discussão e delimitou-se a exceção ao *kompetenz-kompetenz* não ocorre apenas nos compromissos arbitrais “em branco”, ou seja quando a cláusula se limita a afirmar que litígio entre as partes será resolvido por arbitragem, em diversos casos o princípio é relativizado, o que possibilita a atuação do Poder Judiciário quando houver a necessidade de apreciação de questões anteriores e necessárias à instauração do juízo arbitral, especialmente quando se discute a validade da convenção de arbitragem na demanda, em claro desprestígio ao princípio da competência-competência tendo em vista que pode o Poder Judiciário atuar quando houver lacunas em situações atípicas, onde a cláusula é considerada patológica, podendo declarar a nulidade quando foi flagrantemente ilegal, independentemente a situação arbitral em que está se encontre.

Resumidamente, o STJ no presente julgado passou a reconhecer o contrato de franquia como contrato por adesão, podendo aplicar ao caso concreto as regras do CDC em razão da violação ao art. 4º, § 2º e ainda, reconhece que pode ocorrer a relativização do princípio da kompetenz-kompetenz nos contratos de franquia em que a cláusula arbitral for inserida de forma a patológica.

3.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Foram ainda analisados dois julgados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para fins de comparação com o Recurso Especial nº 1.602.076.

O primeiro caso em análise trata-se do Agravo de Instrumento 0040381-21.2018.8.19.0000 de uma ação de indenização por danos materiais e danos morais entre

franqueadora e franqueado, em que se pretendia o afastamento da competência do Poder Judiciário para que prevaleça a competência Arbitral.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE FRANQUIA POR ADESÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. DECISÃO RECORRIDA QUE REJEITA A PRELIMINAR INVOCADA PELA AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DO CDC. Conhecimento prévio e informado acerca da aludida cláusula, firmada pela agravada e redigida em negrito. Validade. Lei 9307/96 que positivou a regra da *kompetenz kompetenz,* pelo qual o árbitro é o juiz de fato e de direito da causa submetida a arbitragem, devendo decidir com primazia sobre o poder judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes do STJ. Decisão que clama por reforma para extinguir o feito principal sem análise do mérito na forma do artigo 485, VII do CPC. Provimento do recurso. (Agravo de Instrumento 0040381-21.2018.8.19.0000, Relatora Myriam Medeiros da Fonseca Costa, julgamento em 31/10/2018)

Ocorre que a parte ré (franqueadora), aduziu em sua defesa a existência de cláusula compromissória contratual a ensejar o afastamento da jurisdição, defendendo a absoluta incompetência do juízo estatal. Em decisão de primeira instância restou relativizado o princípio *Kompetenz-Kompetenz,* considerando o entendimento já firmado pelo STJ a respeito do tema, tendo em vista se tratar de uma cláusula compromissória patológica e ainda, foi considerado o contrato firmado um contrato por adesão, reconhecendo assim a hipossuficiência da parte autora.

Por meio do presente julgado, a parte ré argumentou pela prevalência do princípio *Kompetenz-Kompetenz* da arbitragem, que deve se sobrepor em relação à jurisdição estatal, inclusive como forma de fortalecer o instituto da arbitragem no país. Ressalta ainda que a parte autora é comprovadamente empresária e não haveria hipossuficiência na relação contratual.

Em contrapartida a decisão de primeira instância, cabe salientar a jurisprudência mais atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a “existência de uma relação de consumo e de contrato de adesão é premissa que deve ser levada em consideração na análise da validade da cláusula compromissória arbitral em questão. ” (REsp 1753041/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 18/09/2018) e assim, com base em tal jurisprudência, ainda fundamenta que a análise do caso concreto deve ser revestida pelas regras da lei de Arbitragem.

Neste sentido, por haver a anuência expressa das partes no contrato de franquias em instituir cláusula arbitral, inclusive havendo destaque e visto pela parte autora, não se trata de contrato por adesão. Desta forma, houve a extinção do feito sem resolução do mérito, vez que preenche os requisitos de validade previstos no art. 4o, § 2o, da Lei de Arbitragem, não havendo invalidade na cláusula compromissória, devendo ser observada a competência do juízo arbitral para dirimir conflitos.

Em caso semelhante, o julgamento do Agravo de Instrumento nº 0072731-96.2017.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi também no sentido de reconhecer a validade da cláusula compromissória e declarar o feito extinto sem resolução de mérito em razão do reconhecimento da cláusula arbitral, sendo fundamentado nos mesmos termos do Agravo de Instrumento 0040381-21.2018.8.19.0000/TJRJ, senão, vejamos:

> Ação declaratória. Pleito de prorrogação do contrato de franquia entabulado entre as partes, pelo prazo de doze meses ou até o momento em que os respectivos

> sócios consigam transferir a exploração do negócio a terceiros. Decisão de antecipação de tutela. Agravo de instrumento. “2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória” (REsp 1550260/RS – Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas – Terceira Turma – DJe 20/03/2018) Cláusula contratual que elege o foro da Comarca do Rio de Janeiro para a apreciação de eventuais medidas urgentes. Art. 22-A e parágrafo único da Lei 9.307/96. Extinção do processo sem solução do mérito. Recurso provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0072731-96.2017.8.19.0000, Relator MAURICIO CALDAS LOPES, julgamento em 16/05/2018)

Acrescenta-se que apesar a parte autora ter alegado abusividade da cláusula compromissória no caso em análise, os julgadores tiveram seu entendimento baseado nos mesmos moldes do julgado anterior, vez que no contrato de franquia havia a expressa anuência da parte autora, não havendo, portanto, qualquer resquício que a cláusula arbitral pudesse ser anulada, ainda que se trate de contrato por adesão. Ressalta-se no julgado que o contrato prevê com clareza que ao judiciário caberá a resolução do litígio quando tratar-se de única e exclusivamente de medida urgente, conforme disposição expressa do art. 22-A da lei 9.307/96, não cabendo, portanto, o afastamento da competência arbitral das demais matérias em conflito.

Em ambos os casos, verifica-se que embora tenha sido observado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto verificou-se que não havia possibilidade de invalidação da cláusula compromissória por não haver indícios de patologia ou abusividade na instituição da cláusula, sendo que todos os requisitos legais foram preenchidos. Ainda, percebe-se a efetiva aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*, tendo em vista que as partes realizaram um negócio jurídico por livre e espontânea vontade, concordaram em todos os termos do contrato e assim deve prevalecer o a autonomia da vontade no contrato em discussão.

Em síntese, percebe-se que em ambos os casos houve expressa anuência das partes na instituição da cláusula compromissória, não podendo o contrato ser considerado contrato de adesão levando em consideração inclusive que qualquer das partes poderia não ter anuído com tal cláusula sem que esta prejudicasse a assinatura do contrato de franquia. Ainda, no que tange a aplicação das regras do CDC, nos casos em análise não se verifica a inobservância dos requisitos previstos no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, não acarretando o reconhecimento, portanto da hipossuficiência do franqueado perante o franqueador. Ainda, demonstrou-se que o princípio da kompetenz-kompetenz foi observado em razão do não conhecimento de patologia na instituição da clausula arbitral.

3.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

No Tribunal de Justiça de São Paulo podemos destacar as seguintes decisões:

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da Apelação nº 1016516-79.2017.8.26.0100 julgou o recurso fundamentado no pedido na abusividade da cláusula compromissória, requerendo inaplicabilidade desta em razão do contrato de franquia ser contrato de adesão, considerando que somente poderia ser válida a cláusula em caso de anuência do autor ou sua expressa concordância deste.

> Cláusula compromissória. Contrato de franquia. Alegada nulidade. Questão a ser dirimida inicialmente pelo Juízo Arbitral. Art. 8o, p. único, da Lei 9.307/96. Precedentes do STJ e das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Vício

> flagrante, de qualquer modo, não configurado. Extinção do processo sem resolução do mérito mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 1016516-79.2017.8.26.0100. Relator Augusto Rezende, julgado em 29/01/2018)

Através da interpretação do caso concreto em relação a aplicabilidade da lei de arbitragem, foi mantida a decisão de primeiro grau, fundamentando o Egrégio Tribunal que apesar de considerar a possibilidade da invalidade da referida cláusula como já havia reconhecido pela Terceira Turma do Egrégio Superior tribunal de Justiça, a mesma turma também reconhece que o juízo arbitral detém prevalência sobre o poder Judiciário para dirimir questões que envolvam o reconhecimento e invalidade de convenção arbitral e do contrato que estipule a cláusula compromissória.

Neste sentido, a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. 1. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes. 2. A prioridade da competência arbitral não pode ser afastada pela presunção de que não houve concordância expressa de uma das partes, pelo simples fato de o contrato ser de adesão, ainda mais quando observada a isonomia dos contratantes. 3. O julgado que reconhece a competência do tribunal de origem para declarar a nulidade da cláusula de utilização compulsória da arbitragem, ainda que aposta em contrato de adesão, viola os artigos 20 e 8o, parágrafo único, da Lei no 9.307/1996. 4. Agravo interno não provido (AgInt nos EDcl no AREsp 975.050/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017)

Assim, entendeu o tribunal pelo reconhecimento da validade da cláusula compromissória, sem a possibilidade do afastamento da competência do Juízo Arbitral, prevalecendo o princípio *Kompetenz-Kompetenz* da arbitragem

Já em situação análoga, por meio da apelação nº 1119651-10.2017.8.26.0100, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o recorrente pleiteia o reconhecimento do juízo estatal como competente para dirimir conflitos, alegando que não há qualquer fundamento em não reconhecer a jurisdição estatal como competente, vez que há duas varas especializadas para dirimir conflitos que envolvam arbitragem. Ainda, pleiteia a nulidade da cláusula, vez que foi reconhecida sua hipossuficiência, inclusive pelo fato de lhe ser deferido o pedido de justiça gratuita.

> APELAÇÃO. FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Extinção do processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 485, inc. VII, do CPC. Convenção de arbitragem. Instrumento contratual firmado entre as partes prevê a resolução de conflitos por meio de juízo arbitral. Contrato de adesão. Cláusula compromissória destacada e com visto especial. Requisitos estabelecidos no artigo 4o, § 2o, da Lei n.o 9.307/96 devidamente observados. Incompetência absoluta da jurisdição estatal para resolução de conflito oriundo deste contrato. Varas Especializadas criadas pela Resolução n.o 763/2016 têm competência para análise de medidas de urgência, previstas nos arts. 22-A e 22-B da Lei n.o 9.307/96, execuções e ações declaratórias de nulidade de sentença arbitral, não

> servindo para substituir o Juízo Arbitral. SENTENÇA MANTIDA RECURSO. DESPROVIDO. (Apelação nº 1119651-10.2017.8.26.0100. Relator Azuma Nishi, julgamento em 20 de fevereiro de 2019)

O entendimento para fundamentar a decisão do presente caso ocorreu no sentido de que o contrato anexado aos autos trazia com clareza a previsão da arbitragem para a resolução de controvérsias, que ainda havia expressa anuência da parte contratante, conforme disposto no art. 4º, § 2º da lei de arbitragem, inclusive com visto especial e que não se verificou nos autos qualquer alegação ou comprovação de vício a ensejar a nulidade da cláusula. Destaca-se ainda, que o princípio da autonomia da vontade foi respeitado no pacto contratual e que a alegação de hipossuficiência não obsta que a lide seja encaminhada ao juízo arbitral.

Neste sentido, deve prevalecer o princípio da *Kompetenz-Kompetenz,* uma vez que o próprio árbitro possui a competência para analisar todo o mérito da ação, inclusive, delimitar se sua competência é válida ou não, conforme entendimento já sedimentado neste tribunal.

> Ação declaratória de anulabilidade de contrato de franquia com pedido subsidiário de resolução contratual e indenização por danos materiais e morais. Ação declaratória e indenizatória. Contrato de franquia. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Existência de cláusula compromissória, livre e expressa e regularmente acordada celebrada (Larb, art. 4º, § 2º). Obrigatoriedade de uso da arbitragem para solução de conflitos recíprocos. Eventual nulidade contratual deve ser submetida à análise do próprio árbitro. Competência do juízo arbitral. Sentença de extinção mantida. Demais argumentos prejudicados, devendo a impugnação ser feita pelas vias e palco adequados. Recurso desprovido. (TJSP Ap. n.º 1011363-68.2017.8.26.0002, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. MAURÍCIO PESSOA, j. 20.06.2018)

Quanto a alegação de Varas Especializadas criadas para atuar em conflitos relativos à Lei de Arbitragem e que estas teriam competência para dirimir conflitos em razão da instituição de cláusula compromissória contratual, compreendeu a câmara que não afasta a competência do Juízo Arbitral no presente caso, vez que as varas especializadas foram criadas única e exclusivamente para análise de medidas de urgência, previstas nos arts. 22-A e 22-B da Lei n.º 9.307/96, bem como de execuções e ações declaratórias de nulidade. Por fim, o recurso foi conhecido, porém foi negado seu provimento.

Percebe-se que embora tenha sido relativizado o princípio da competência do juízo arbitral no Recurso Especial nº 1.602.076, a mesma turma de recursos do STJ, por meio do REsp 1523807 SP 2015/0070552-7 também tem entendimento firmado no sentido de que a competência arbitral não pode ser afastada pela presunção de que não houve concordância expressa de uma das partes, pelo simples fato de o contrato ser de adesão. Assim, é necessária análise concreta para delimitar quais requisitos foram violados no estabelecimento do contrato de franquia.

Portanto, percebe-se que não houve o reconhecimento do contrato de franquia como adesão, os requisitos previstos no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem foram devidamente observados e houve a prevalência do Juízo Arbitral sobre a competência da justiça comum.

3.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Com efeito, cabe analisar ainda os casos em que é possível verificar a aplicação da decisão do Recurso Especial nº 1.602.076 no Estado de Santa Catarina. Assim, buscou-se por julgados mais atuais, demostrando a relevância do tema no cenário econômico Catarinense, já que vem sendo discutido inclusive na Comarca de Joinville.

O Agravo de Instrumento n. 4026185-71.2017.8.24.0000 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgou pedido de desconsideração da cláusula arbitral em razão da divergência contratual, onde pactuou-se pela arbitragem nas controvérsias " relativas à reprodução desautorizada do "manual do sistema Teddy Bear de franquia" e à vinculação da franqueada a outro sistema de franquia" e ainda, em outro anexo, instituiu-se que "qualquer controvérsia oriunda do presente contrato, ou a ele referente, será resolvida através de mediação e arbitragem".

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INIBITÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. DECISÃO QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL ANTE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA VEDAR A ABSTENÇÃO DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE FRANQUIA ENTABULADO ENTRE AS PARTES. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.ALEGAÇÃO DE QUE A HIPÓTESE CONCRETA DISPENSA A ARBITRAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA CORTE ESTADUAL DA EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA. PRINCÍPIO DO KOMPETENZ-KOMPETENZ. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. "A convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória". (STJ. REsp 1597658/SP, Rel. MinistroRicardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. em 18-05-2017, DJe 10-08-2017). REQUERIDA ALTERAÇÃO DO MARCO INICIAL DO LAPSO TEMPORAL PARA INSTITUIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. AUDIÊNCIA ARBITRAL JÁ DESIGNADA. RECURSO PREJUDICADO NO TÓPICO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4026185-71.2017.8.24.0000. Relator Jaime Machado Junior, julgamento em 03/05/2018).

Verifica-se que a cláusula atribuída ao contrato de franquia podia ser considerada cheia e assim, o objetivo de afastar a competência Arbitral constitui-se afronta ao art. 8º da Lei 9.307/96, desrespeito aos princípios basilares da Teoria dos Contratos, quais sejam: o *pacta sunt servanda*[5], o princípio da boa-fé e o *venirem contra factum proprium*[6], sendo todos estes aplicáveis à cláusula compromissória. Concluiu ainda que quando houver divergências sobre a interpretação da cláusula que coloque em risco a competência do juízo arbitral, é o próprio árbitro competente para julgar os limites da sua competência.

Por fim, a Apelação nº 0005188-31.2011.8.24.0038 julgada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, originária da 7ª Vara Cível da Comarca de Joinville, retrata situação semelhante aos casos anteriores, onde foi requerida pela parte autora (franqueadora) a nulidade de sentença arbitral em sob o fundamento de que a sentença arbitral não observou os princípios do contraditório, da igualdade e de não ter analisado todos os pedidos.

5. Significa que os pactos assumidos devem ser respeitados, isto porque não se pode obrigar alguém a cumprir um contrato, no qual não é signatário.
6. É o princípio vedação do comportamento contraditório, baseando-se na regra da *pacta sunt servanda*.

> Apelação cível. Ação de anulação de sentença arbitral. Contrato de franquia celebrado. Cláusula compromissória. Artigo 4º da lei n. 9.307, de 23.9.1996. Inadimplemento contratual. Pedido contraposto acolhido. Possibilidade de o árbitro dirimir a controvérsia sobre as questões da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem que contenha cláusula compromissória. Artigo 8o, parágrafo único, combinado com o artigo 20, "caput", e §§ 1o e 2o, todos da lei de arbitragem. Princípios do
> Contraditório e da igualdade das partes respeitados. Controle judicial restrito às hipóteses inseridas no artigo 32 da lei de arbitragem. Nulidade da sentença arbitral afastada. Recurso desprovido. (Apelação nº 0005188-31.2011.8.24.0038, Relator GUILHERME NUNES BORN, julgamento em 28/09/2017)

Em julgamento do recurso, fundamentou-se que conforme pacto firmado anteriormente pelas partes, foi instituída a arbitragem como método de resolução de conflitos, não cabendo ao Juiz analisar o mérito da sentença. Assim, o prazo para arguição de nulidade de cláusula arbitral, nos moldes do art. 33, § 1o, da Lei n. 9.307/96 é de 90 dias, contados da intimação da sentença, o que não foi devidamente observado.

Por fim, aduz que o reconhecimento da nulidade dos contratos de franquia se deu única e exclusivamente por culpa da franqueadora, perdendo, portanto, o objeto dos pedidos de rescisão dos pactos e de cobrança de valores fundada em cláusulas contratuais. Assim, com total razão, a sentença arbitral determinou a restituição ao status quo ante, ao ordenar a devolução dos valores pagos pela franqueadora ao franqueado. Não se verificando desta forma causa a ensejar a nulidade da sentença arbitral, o recurso foi julgado improcedente.

Diante da análise do caso narrado, é possível verificar que o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* foi observado, prevalecendo o entendimento da sentença arbitral. Neste sentido, ainda que houvesse alguma violação a qualquer disposição da lei de arbitragem, caberia a arguição de nulidade no prazo determinado em lei, o que, no entanto, não foi devidamente observado por parte da franqueadora, podendo resultar inclusive na falta de reconhecimento do pedido em razão da intempestividade. No que tange aos demais argumentos, ainda que o recurso fosse tempestivo, diante da existência da cláusula compromissória, é vedado ao Judiciário apreciar o mérito da sentença arbitral, conforme entendimento já pacificado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Apelação Cível nº 2008.068249-7.

Quanto a alegação de violação de dos limites do compromisso arbitral, visto que o árbitro apreciou o pedido contraposto realizado pelo réu e que esta não foi convencionada pelas partes como matéria a ser discutida por meio da arbitragem. No entanto, por meio da fundamentada decisão, o tribunal compreendeu que ainda que não haja expressa previsão, o compromisso arbitral deve observar o contraditório e a ampla defesa, sendo que que os requerimentos formulados pelo réu constituem a matéria submetida a apreciação do árbitro. Tendo em vista que no compromisso arbitral ainda não houve estipulação de quais seriam as regras procedimentais aplicáveis em caso de litigio, cabe ao árbitro decidir a questão e encaminhar as alegações feitas pelo réu a parte autora para manifestar-se sobre a defesa da parte contrária, o que foi devidamente observado no caso concreto, inclusive não sendo possível reconhecer a violação ao princípio do contraditório.

Do confronto das jurisprudências conclui-se que apesar do STJ reconhecer o contrato de franquia como contrato por adesão, os demais tribunais não possuem entendimento no mesmo sentido, ocorrendo ainda divergências no julgamento das ações. Ainda, com relação a aplicação das regras do CDC, resta claro que os tribunais deixam

de aplicar nos casos estudados por compreenderem que houve a expressa anuência das partes, corroborando com o disposto no art. 4º, § 2º da Lei 9307/96. No que tange a relativização do princípio da kompetenz-kompetenz, em todos os casos analisados após o Recurso Especial nº 1.602.076, foi observado tal princípio, prevalecendo a competência do Juízo Arbitral sobre a competência do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar a validade ou a invalidade da cláusula compromissória. Para tanto, necessário se fez conhecer o contrato de franquias no Brasil e as características próprias que devem estar contidas no contrato firmado entre franqueador e franqueado, onde restou demonstrado que o referido contrato oferece um elevado crescimento na modalidade empresarial e possui forte representação na economia nacional. O instituto da arbitragem passou a ser utilizado dentro dos contratos de franquia por meio da inserção da cláusula compromissória tendo em vista proporcionar a condução da resolução dos litígios advindos da relação contratual de forma célere, menos burocrática, mais econômica e sigilosa, favorecendo ambas as partes contraentes. No tocante a análise de situações fáticas, a jurisprudência brasileira possui diversos entendimentos em causas que envolvam conflitos entre franqueado e franqueador, no tocante a validade ou não da cláusula arbitral estabelecida por meio do contrato de franquia.

Através da pesquisa, pode-se perceber que em razão das divergências de entendimento no julgamento das ações envolvendo o tema abordado, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de invalidar a cláusula compromissória por considerar o contrato de franquia como um contrato por adesão, reconhecendo assim a hipossuficiência franqueado perante o franqueador, ao qual gerou vasta polêmica especialmente no campo da arbitragem. No entanto, de acordo com a análise dos casos similares, os Tribunais de Justiça dos estados, de forma tendenciosa, ainda que reconheçam o entendimento do STJ, deixam de aplicar o mesmo entendimento por verificarem situações de regularidade dos requisitos do contrato para o reconhecimento da validade do compromisso arbitral. Neste sentido, compreende-se que apenas prevalece o entendimento do STJ nos casos em que é verificada situação de patologia na instituição de cláusula, e conforme os casos estudados, pode se constatar tal situação quando o franqueador deixa de observar a previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96 e desta forma, poderá ser reconhecida a relação de hipossuficiência do franqueado perante o franqueador e ocasionar a anulação do contrato de franquia em última hipótese.

Por fim, percebe-se ainda que apesar do nível de aprofundamento da pesquisa ser amplo, ainda não houve o esgotamento de todos os pontos e assim, ainda há margem para continuar as pesquisas neste campo, especialmente levando em consideração que se trata de um tema em constante mudança em razão de não haver previsão legislativa para tais casos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Aline Juliana Barbosa. CARVALHO, Me. Thomaz Jefferson. MACEDO DE SOUSA, Me. Wesley. **Arbitragem nos contratos comerciais: um esclarecimento jurídico e suas vantagens para ordem econômica.** Anais Eletrônico IX EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica. UniCesumar. Nov. 2015, n. 9, p. 4-8.

Associação Brasileira de Franquia (ABF). **Desempenho do Franchising 2017**. Disponível em <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Desempenho-do -Franchising-2017.pdf> Acesso em 19 de nov. de 2018.

BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. **Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia**. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 1, p.125-154, mar. 2017.

BORGES PANTOJA, Caroline. **A validade da cláusula compromissória de arbitragem nas relações de consumo**. Disponível em <http://www.marcosmartins.adv.br/pt/a-validade-da-cláusula-compromissoria-de-arbitragem-nas-relacoes-de-consumo/>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.602.076 – SP, da 6ª turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442907344/recurso-especial-resp-1649252-go-2017-0013853-4>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n. 4026185-71.2017.8.24.0000, da 3ª Câmara de Direito Comercial. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577063752/agravo-de-instrumento-ai-402618571201 78240000-capital-4026185-7120178240000>. Acesso em 04 de mar. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0005188-31.2011.8.24.0038, da 1ª Câmara de Direito Comercial. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507686995/apelacao-civel-ac-51883120118240038-joinville-0005188-3120118240038/inteiro-teor-507687044> Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1016516-79.2017.8.26.0100, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11117601&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_8569486de58b4bbf8ac8c182aff594bf&vlCaptcha=FhF&novoVlCaptcha=>. Acesso em 04 de mar. de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1119651-10.2017.8.26.0100, da 1ª Câmara reservada de direito empresarial. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679155410/apelacao-apl-11196511020178 260100-sp-1119651-1020178260100/inteiro-teor-679155459>. Acesso em 04 de mar. de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0040381-21.2018.8.19.0000, da 4ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657561639/agravo-de-instrumento-ai-4038121201881 90000-rio-de-janeiro-niteroi-4-vara-civel?ref=serp>. Acesso em 04 de mar. de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0072731-96.2017.8.19.0000, da 18ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584427515/agravo-de-instrumento-ai-

7273196201781 90000-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-6-vara-civel/inteiro-teor-584427522?ref= juris-tabs>. Acesso em 04 de mar. de 2019.

BRASIL. **Lei de contrato de franquia empresarial**. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em 28 de nov. de 2018.

BRASIL. **Lei de Arbitragem**. Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 28 de nov. de 2018

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto *et al*. **Metodologia de pesquisa** – 5. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Penso, 2013.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOESSA SOUZA, Luciane. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça.** Cruz do Sul, 2015.

OLIVEIRA DE ALMEIDA, Ana Paula Kummer. CARNEIRO DE ALMEIDA JÚNIOR, José Gerlondson. **Contrato de franquia: possíveis problemas da relação contratual**. Revista de Direito Privado. vol. 94, p. 99 – 115, out. 2018.

OLIVEIRA, Mauro Mariano *et al*. **A presença de franquias no novo cenário econômico do brasil**. Revista Conexão Eletrônica – Três Lagoas, MS - Volume 15 – Número 1 – Ano 2018.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. SAMPAIO DE ALMEIDA, Caroline. **A importância da cláusula compromissória nos contratos empresariais como fortalecimento das relações negociais**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 28/2011. p. 161 – 182.

PLÁ, Daniel. **Tudo sobre franchising**. Rio de Janeiro: Senac, 2001.

REZENDE MELO, Pedro Lucas de; ANDREASSI, Tales. **Franquias brasileiras : estratégia, empreendedorismo, inovação e internacionalização**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SOARES LIMA JUNIOR, Aloísio. MARTINS LUNA, Rosemar. SOUZA, Ana Rosa de. **Evolução do Sistema de Franquias no Brasil**. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/4717/471747527006/>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

VASCONCELOS ROQUE, André. **A evolução da arbitrabilidade objetiva no brasil: tendências e perspectivas**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vo. 33, p. 301 – 337, Abr. – Jun. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.v.3.

IMPORTÂNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL

Shenia Dambros Santangelo[1]
Alexandre dos Santos Priess[2]

Resumo: Este trabalho trata sobre a importância da tutela de urgência no âmbito do Direito Ambiental e tem por objetivo geral investigar algumas das vantagens em se utilizar da tutela de urgência para se atender às finalidades a que se destina o Direito Ambiental, porque este visa, dentre outras finalidades, assegurar o equilíbrio ecológico, o desenvolvimento sustentável e também a sadia qualidade de vida de toda a coletividade, e de todo o ecossistema. Portanto, com base no método de abordagem dedutivo e na técnica de documentação indireta, trata-se de aspectos do Direito Ambiental e das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015, para, finalmente, adentrar-se na temática proposta. Compreende-se, ao final desse estudo, que várias são as vantagens em se utilizar da tutela de urgência para se atender às finalidades a que se destina o Direito Ambiental. Dentre essas vantagens, cita-se evitar a consumação e/ou o agravamento de prejuízos e de degradações ambientais; garantir que haja a efetividade da decisão de mérito; suspender os efeitos de decisão que contrarie a ordem pública e a ordem pública e ambiental, dentre outras.

Palavras- chave: Direito Ambiental. Tutela de urgência. Vantagens.

INTRODUÇÃO

As tutelas de urgência são um novo mecanismo inserido no ordenamento jurídico brasileiro e encontram-se previstas nos artigos 300 a 310, do Código de Processo Civil de 2015. Por isso, esse trabalho versará sobre a importância da tutela de urgência no âmbito do Direito Ambiental, visto que esta é uma temática que além de interessar ao âmbito científico e jurídico, pode, inclusive, auxiliar a sociedade a compreender a que se destina essa espécie de tutela e o quão benéfica pode ser ao meio ambiente, direito fundamental de todo e qualquer cidadão brasileiro.

Para que se possa desenvolver essa pesquisa, considerar-se-á um problema de pesquisa, a saber: quais são algumas das vantagens em se utilizar da tutela de urgência para se atender às finalidades a que se destina o Direito Ambiental?

Portanto, ter-se-á por objetivo geral investigar algumas vantagens de utilizar-se da tutela de urgência para se atender às finalidades do Direito Ambiental.

Considerar-se-ão, ainda, alguns objetivos específicos, visto que são esses objetivos que conduzirão ao alcance do objetivo geral, quais sejam: a) tratar do histórico, conceito e princípios do Direito Ambiental; b) discorrer sobre o conceito, requisitos e modalidades das tutelas de urgência; e, c) versar da tutela jurisdicional do meio ambiente.

Sendo assim, com base no método de abordagem dedutivo e que parte analisando premissas gerais e, consequentemente, adentra em premissas mais específicas[3]; e, na técnica de documentação indireta que consiste na utilização de pesquisas documentais e bibliográficas[4], principiar-se-á no capítulo 2 tratando do Direito Ambiental, para, no capítulo 3 analisar-se as tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015. Por

1. Pós-graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina/Itajaí e pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina/Florianópolis. Pós-graduada pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduada em Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável/UNINTER/2019. Advogada. E-mail: shenia@dambros.adv.br.
2. Professor Mestre do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor e Coordenador de Pós-graduação da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do TRT12. Conselheiro da Seccional (Estadual) da OAB/SC. Advogado. E-mail: alexandrepriess@hotmail.com.
3. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999. p. 85.

fim, examinam-se aspectos relativos às tutelas de urgência no âmbito do Direito Ambiental e apresenta-se a conclusão desse estudo.

1. DIREITO AMBIENTAL

Como o objetivo central desse capítulo é tratar de alguns aspectos relativos ao Direito Ambiental, far-se-á uma análise da sua evolução histórica no Brasil e de seu conceito, para, por derradeiro, tratar-se dos princípios do Direito Ambiental.

1.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

A evolução histórica do Direito Ambiental no contexto brasileiro, está ligada à trajetória das legislações sobre meio ambiente. Portanto, a primeira legislação a tratar desse assunto, mesmo que indiretamente, foi as Ordenações Afonsinas que tinha previsão no Livro V, Título LIV quanto ao furto de animais (aves).[5] As Ordenações Afonsinas trataram no Livro V, Título LIX da proibição de corte de árvores frutíferas, demonstrando-se nítida preocupação com a questão ambiental e a flora.[6]

Por sua vez, as Ordenações Manuelinas trataram da proibição de caça de animais e utilização de instrumentos para essa finalidade e proibição de destruição de colmeias, por exemplo.[7]

No mesmo sentido, as Ordenações Filipinas trataram da proibição de corte de árvores frutíferas e "[...] proteção contra o lançamento de objetos nos rios e lagos de forma a matar os peixes".[8]

Em 1605, porém, o Regimento Pau-Brasil passou a proibir o corte do Pau-Brasil sob pena de morte e de confisco de toda a terra, propriedade do infrator.[9]

Em 13 de março de 1797 foi também editada uma carta régia. Nessa carta, destacou-se a necessidade de prudência com relação à fauna, águas e solo; e, em 11 de julho de 1799 criou-se o Regimento de Corte de Madeiras, responsável por estabelecer regras no tocante à derrubada de árvores.[10]

No decorrer do período imperial, registra-se a edição da Lei nº 601/1850 que tratou das terras brasileiras e sanções para atividades predatórias.[11]

Já no decorrer do período republicano, há expedição do Decreto nº 8.843/1911 que cria a primeira reserva florestal brasileira; do Código Civil de 1916 e que tinha muitas disposições ecológicos; e, o Código Florestal e de Águas em 1934.[12] Ainda no período

---

4. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 62-77.
5. WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 118, p. 191-206, abr./jun. de 1993. p. 193.
6. MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 03.
7. LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução histórico-jurídica do meio ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do Direito Ambiental, p. 01-30, [s.d]. p. 07-08. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d7c3f8dee9f1ce4c>. Acesso em: 01 abr. 2019.
8. WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. p. 197.
9. LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução histórico-jurídica do meio ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do Direito Ambiental. p. 10.
10. LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução histórico-jurídica do meio ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do Direito Ambiental. p. 11-12.
11. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52-53.

republicano, há criação da Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra), dos Códigos de Caça, Pesca e Mineração e Lei de Proteção à Fauna em 1967.[13]

Em 1975, há a edição do Decreto-lei nº 1.413 relativo ao controle de poluição realizado por atividades industriais; em 1977 a promulgação da Lei nº 6.453 que dispõe sobre a "[...] responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares dando, também, outras providências"; e, em 1980 da Lei nº 6.938 - Política Nacional de Meio Ambiente.[14]

Já em 1985 surge a Lei nº 7.347 e que disciplina sobre a ação pública como instrumento para a defesa do meio ambiente[15]; e, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil que dedica capítulo próprio ao meio ambiente.[16]

Por fim, em 1990 surge a Lei nº 8.171 e que versa sobre Política Agrícola; em 1998 a Lei nº 9.605 que dispõe sobre crimes ambientais; em 2000 a Lei nº 9.985 que prevê mecanismos para defender os ecossistemas naturais e preservem-se recursos naturais neles contidos[17]; em 2001 o Estatuto das Cidades.[18]

Nota-se, dessa forma, que várias foram as legislações infraconstitucionais que trataram do meio ambiente no decorrer da evolução histórica do Brasil. Destarte, não se pode desprezar outras que porventura não foram mencionadas.

1.2 CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é definido como um ramo jurídico que pode ser visto sob dúplice aspecto, isto é, tanto sob o aspecto objetivo quanto pelo científico. Por isso, o primeiro aspecto indica que o Direito Ambiental é um conjunto de normas que tratam acerca da proteção da qualidade do meio ambiente. Destarte, para o segundo aspecto o Direito Ambiental tem por finalidade precípua buscar o conhecimento sistematizado de normas e de princípios que servem para orientar a qualidade do meio ambiente.[19]

Discorre também Antunes que o Direito Ambiental ou Direito Ecológico consiste em um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos estruturados e sistematizados que visam, em síntese, um comportamento que seja disciplinado e não afronte a sanidade do meio ambiente. Esse autor complementa:

> O Direito Ambiental pode ser definido como um direito que se desdobra em três vertentes fundamentais que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um Direito autônomo,

12. LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução histórico-jurídica do meio ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do Direito Ambiental. p. 13-16.
13. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** p. 54-55.
14. MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil.** p. 52.
15. LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução histórico-jurídica do meio ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do Direito Ambiental. p. 18.
16. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 147.
17. LEMOS, André Fagundes. O Princípio da insignificância no direito ambiental. In: CARVALHO, Valdênia Geralda de; REZENDE, Elcio Nacur. **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2013. p. 219.
18. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.
19. SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21-22.

> o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado.[20]

Porém, Copola esclarece que o Direito Ambiental corresponde, assim, a um "[...] conjunto de normas jurídicas, técnicas, regras e princípios tendentes a assegurar o equilíbrio ecológico, o desenvolvimento sustentável, e a sadia qualidade de vida de toda a coletividade, e de todo o ecossistema".[21]

Apesar de o Direito Ambiental poder ser definido sob aspectos diversos, deve ser entendido como conjunto de normas jurídicas que integram vários ramos jurídicos. Tais normas são reunidas em decorrência de função instrumental e têm por escopo disciplinar o comportamento do homem no tocante ao meio ambiente que o cerca.[22]

1.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Como o Direito Ambiental se refere ao conjunto de normas jurídicas, bem como de técnicas, de regras e princípios que visam assegurar o equilíbrio ecológico, desenvolvimento sustentável, dentre outros[23], importante se faz salientar que existem alguns princípios a ele pertencentes. Por isso, o princípio do desenvolvimento sustentável indica o desejo de que as futuras gerações tenham, assim como a geração atual, a possibilidade e oportunidade de desfrutar dos recursos ambientais.[24]

Outro princípio do Direito Ambiental é o da precaução ou *in dubio pro* ambiente e indica que havendo dúvidas quanto às consequências geradas por determinada atividade, seja ela qual for, deve-se priorizar o meio ambiente, porque ele é responsável por elementos presentes na natureza e sobrevivência dos indivíduos.[25]

Destarte, outro princípio do Direito Ambiental é o da prevenção e orienta que deve haver previsão, prevenção e adoção de cuidados para que não ocorram transformações prejudiciais à saúde do ser humano e do meio ambiente.[26]

Discorre, ainda, Derani que o princípio do poluidor pagador não pode ser desprezado no âmbito do Direito Ambiental, porque pressupõe a efetivação do Direito Constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e indica que todo e qualquer prejuízo causado ao meio ambiente deve ser recuperado ou indenizado.[27]

Por fim, não se pode esquecer do princípio da participação e que está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 225, *caput*:

> [...] consagrou na defesa do meio ambiente a atuação presente do *Estado* e da *sociedade civil* na proteção e preservação do meio ambiente, ao impor à coletividade e ao Poder Público tais deveres. Disso retira-se uma atuação conjunta

---

20. **ANTUNES,** Paulo de Bessa. ***Direito ambiental*.** p. 5/9.
21. COPOLA, Gina. **Elementos do direito ambiental.** Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003. p. 29.
22. MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 17.
23. COPOLA, Gina. **Elementos do direito ambiental.** p. 29.
24. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** p. 81-82.
25. ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.
26. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73.
27. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 168-169.

> entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação.[28]

Diante disso, deve-se compreender que estes são apenas alguns dos princípios do Direito Ambiental, mas outros não podem ser desprezados.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Este capítulo apresenta aspectos das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015, quais sema, seu conceito, requisitos e modalidades.

2.1 O QUE SÃO AS TUTELAS DE URGÊNCIA?

As tutelas de urgência encontram amparo no Título II do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e, em especial, nos artigos 300 a 310.[29] Tais tutelas são aquelas que necessitam, para que haja a sua concessão, demonstrar a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*) ou, ainda, perigo de ilícito ou o comprometimento da utilidade do resultado final que a demora processual representa.[30] Corrobora com o exposto, Oliveira ao esclarecer:

> Constata-se que para a concessão da tutela de urgência é necessário comprovar no processo elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano** ou **o risco ao resultado útil do processo**.
> **a) Probabilidade do direito (*fumus boni juris*)**: analisa o direito e o fato tratado no processo e permite deduzir ser provável que o requerente vença;
> **b) Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)**:
> **b.1) Perigo de dano**: avalia o direito que se discute sofra algum tipo de lesão. A conduta de uma das partes ou mesmo o fator tempo representam perigo ao direito do requerente; **ou**
> **b.2) Risco ao resultado útil do processo**: Ameaça direta ou indiretamente pode prejudicar o direito do requerente, caso vença a ação (grifo do autor).[31]

As tutelas de urgência serão observadas sempre que constatada a presença de probabilidade do direito e do perigo na demora da prestação jurisdicional.[32]

Se por intermédio da cognição sumária o magistrado constatar que pode ser o autor considerado como titular do direito material que está sendo invocado e que existe, ainda, "[...] fundado receio de que esse direito possa experimentar dano ou que o resultado útil do processo possa ser comprometido, a tutela provisória será concedida sob o fundamento *urgência*" (grifo do autor).[33] Sendo assim, as tutelas de urgência serão cabíveis, caso estejam presentes dois requisitos: probabilidade de existência do direito; e, perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.[34]

---

28. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** p. 123.
29. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
30. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2. p. 594.
31. OLIVEIRA, Bruna Alcantara Machado de. A tutela de urgência no Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19390&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 abr. 2019.
32. DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 420.
33. DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** p. 420.

2.2 REQUISITOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O artigo 300, do Código de Processo Civil de 2015 trata acerca dos requisitos das tutelas de urgência, como se pode verificar de sua redação, *in verbis*:

> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.[35]

Verifica-se da redação desse dispositivo que alguns requisitos devem ser observados para a concessão das tutelas de urgência. Dentre eles, cita-se: (a) probabilidade de direito (*fumus boni iuris*); e, inclusive, (b) perigo de dano (*periculum in mora*) ou risco ao resultado útil do processo.[36] Além desses requisitos, destaca-se, ainda, a contracautela para a concessão da tutela provisória de urgência; a justificação prévia; e, o perigo de irreversibilidade da concessão da tutela provisória de urgência.[37]

2.2.1 *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*

Apesar de se ter tratado sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, importante se faz analisá-los mais pormenorizadamente, vez que são os dois primeiros requisitos que devem estar presentes para a concessão da tutela de urgência. O primeiro requisito (*fumus boni* iuris) indica que há relação entre o direito e o fato tratado no processo e provável indicação de que o requerente vença a demanda.[38]

Destarte, o *periculum in mora* pode ser compreendido como o perigo de dano, ou seja, de que haja prejuízo. Por isso, o requerente preocupa-se em sofrer algum tipo de lesão; e, o "risco ao resultado útil do processo" refere-se à "ameaça que direta ou indiretamente pode prejudicar o direito do requerente, caso vença a ação".[39,40]

Se nota da redação do artigo 300, *caput*, do Código de Processo Civil que a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) deve integrar-se ao caso. Porém, o legislador não somente previu a necessidade de presença dessa probabilidade do direito, mas,

34. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Novo código de processo civil**: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 206.
35. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
36. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152.
37. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
38. OLIVEIRA, Bruna Alcantara Machado de. A tutela de urgência no Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19390&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 abr. 2019.
39. VIANA JR., Dorgival. Tutela provisória no novo CPC (tutelas de urgência e de evidência). **Novo CPC brasileiro**, 2017. Disponível em: <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/tutela-provisoria-no-novo-cpc-tutelas-de-urgencia-e-de-evidencias/>. Acesso em: 20 abr. 2019.
40. OLIVEIRA, Bruna Alcantara Machado de. A tutela de urgência no Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19390&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 abr. 2019.

inclusive, do “[...] perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo, isto é, tem que ter um direito de prova sumária, mas suficientes, tal como deve ser imediatamente amparado”.[41] Não havendo esses requisitos, inviável a concessão das tutelas de urgência.[42]

2.2.2 Contracautela, justificação prévia e perigo de irreversibilidade da concessão da tutela provisória de urgência

O artigo 300, § 1º, do Código de Processo Civil prevê que para a concessão das tutelas de urgência, compete ao magistrado, caso assim desejar e levando-se em consideração cada situação em particular, exigir uma caução real ou fidejussória para que se ressarçam os danos que possam vir a ser causados à outra parte.[43] Entretanto, a caução pode ser dispensada pelo magistrado, caso a parte seja economicamente hipossuficiente ou não tiver condições de oferecê-la.[44]

Além disso, o §2º do artigo 300, do Código de Processo Civil prescreve que as tutelas de urgência são concedidas liminarmente ou somente depois da justificação prévia e, independentemente, de estar-se diante de tutela cautelar ou antecipada.[45] A justificação prévia refere-se a audiência na qual se dá oportunidade de o autor demonstrar, por meio de provas, o preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência. Estes requisitos são a probabilidade do direito e o risco de prejuízo.[46] Dito isso, uma vez “realizada a audiência de justificação prévia, deverá ser proferida a decisão respeitante à tutela provisória de urgência requerida pelo autor, de modo a ser deferida ou indeferida”.[47]

Por fim, destaca-se no tocante à previsão contida no § 3º do artigo 300, do Código de Processo Civil de 2015 que as tutelas de urgência antecipadas não poderão ser concedidas quando houver situação que envolva perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.[48] O perigo de irreversibilidade da concessão das tutelas de urgência está relacionado ao fato de que essa referida concessão não pode gerar uma“[...] situação fático-jurídica inalterável, o que se justifica em razão de se tratar de tutela provisoriamente concedida, com o fito de salvaguardar, no caso específico da tutela antecipatória, a probabilidade e a urgência decorrente do risco de dano”.[49]

41. FEIJÃO, Muller Monte. O CPC de 2015 e a tutela de urgência. **Revista JusNavigandi**, 06/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50267/o-cpc-de-2015-e-a-tutela-de-urgencia>. Acesso em: 30 jun. 2019.
42. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
43. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Novo Código de Processo Civil comparado**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 158.
44. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Novo Código de Processo Civil comparado**: artigo por artigo. p. 158.
45. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** p. 164.
46. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** p. 166-167.
47. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** p. 168.
48. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Novo Código de Processo Civil comparado**: artigo por artigo. p. 158.
49. ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** p. 169.

2.3 MODALIDADES DE TUTELAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência possuem algumas modalidades ou espécies, quais sejam, a tutela cautelar e antecipada, sendo que em ambos os casos haverá a possibilidade de serem antecedentes ou incidentes.[50,51]

As tutelas de urgência cautelar são, portanto, aquelas que não se destinam à satisfação de um direito, motivo pelo qual visam assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.[52] Complementam com o exposto, Mendes e Azevedo ao relatar que as tutelas de urgência cautelar podem ser entendidas como:

> [...] mecanismo que permite à parte obter um provimento acautelatório que preserve o direito material almejado. Em outras palavras, as tutelas de urgência cautelares têm caráter instrumental. Elas não recaem sobre o mérito em si, mas sobre os instrumentos que asseguram a efetividade do mérito e do processo. É o caso, por exemplo, do provimento jurisdicional que confere à parte o direito de acesso a provas documentais necessárias à discussão de mérito que estejam em poder de terceiros.
> A tutela de urgência cautelar também poderá ser conferida em caráter antecedente ou incidente. Caso seja deferida na modalidade antecedente, a parte autora também poderá lançar mão da petição simplificada (artigo 305, do CPC/2015), mas deverá aditá-la dentro de 30 dias, de modo a indicar o pedido principal (artigo 308, do CPC/2015).[53]

A tutela de urgência cautelar em caráter antecedente é, porém, "[...] aquela requerida dentro do mesmo processo em que se pretende, posteriormente, formular o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa".[54]

Já a tutela de urgência cautelar em caráter incidente é aquela que será requerida no bojo do processo principal e estará isenta de custas (vide artigo 295, do Código de Processo Civil).[55,56,57]

Ademais, registra-se que as tutelas de urgência antecipadas são aquelas satisfativas, isto é, têm por principal finalidade certificar e/ou, ainda, efetivar o direito material. Assim, destinam-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da

---

50. GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no novo Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC.** 3. ed. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 217-218.
51. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 158.
52. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. p. 562.
53. MENDES, Daniel de Carvalho; AZEVEDO, Adolpho Augusto Lima. Opinião: o panorama das tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 03/04/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-03/panorama-tutelas-provisorias-cpc>. Acesso em: 21 abr. 2019.
54. NEJAIM, Eduardo Fontes. A tutela cautelar no novo CPC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19649&revista_caderno=21>. Acesso em: 01 jun. 2019.
55. GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no novo Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC.** p. 218.
56. STRAZZI, Alessandra. **Tutela antecipada no novo CPC**: entenda os tipos de tutelas provisórias de uma vez por todas! 26/07/2018. Disponível em: <http://www.desmistificando.com.br/tutela-antecipada-no-novo-cpc/>. Acesso em: 21 abr. 2019.
57. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

vida almejado.[58] As tutelas de urgência antecipadas representam, então, "[...] um importante instrumento para se assegurar ou mesmo efetivar o direito material".[59]

Dito isso, as tutelas de urgência antecipadas antecedentes são requeridas dentro do processo em que se deseja solicitar a tutela definitiva, com o escopo de adiantar seus efeitos, mesmo antes do pedido de tutela final[60]; Já, as tutelas de urgência antecipadas incidentes ou incidentais são as que nascem no decorrer do curso processual, motivo pelo qual terão caráter incidental e estarão isentas de custas, nos moldes do artigo 295, do Código de Processo Civil de 2015.[61,62]

3. TUTELAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL

Este capítulo final trata do foco central dessa pesquisa e inicia-se versando sobre tutela jurisdicional e o meio ambiente, para, por conseguinte, da importância da tutela de urgência no âmbito do Direito Ambiental.

3.1 TUTELA JURISDICIONAL E MEIO AMBIENTE

A tutela do meio ambiente pode ser realizada mediante mecanismos não jurisdicionais ou jurisdicionais. Dentre os mecanismos não jurisdicionais, citam-se o estudo prévio de impacto ambiental; manejo ecológico; zoneamento; e, tombamento, dentre outros.; e, dentre os jurisdicionais processuais, a ação popular ambiental; ação civil pública; mandado de segurança coletivo ambiental; mandado de injunção, etc.[63,64]

Nascimento e Souza explicam que a tutela jurisdicional do meio ambiente pode ocorrer por intermédio de alguns mecanismos processuais e judiciais que visam, em síntese, proteger o meio ambiente que é direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, nos moldes do artigo 225.[65,66]

Em decorrência disso, afirma-se que "a tutela jurisdicional é um dos modos de participação do Judiciário para a plena realização dos valores constitucionalmente consagrados", a exemplo do meio ambiente. Assim, compete ao magistrado defender o meio ambiente, ou seja, o patrimônio ambiental e promover a sustentabilidade.[67]

---

58. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. p. 562.
59. LOPES JUNIOR, Jaylton Jackson de Freitas. A tutela antecipada de urgência e evidência no novo Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15300>. Acesso em: 21 abr. 2019.
60. 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. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 2. p. 683.
61. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 57.
62. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
63. NASCIMENTO, Elaine Hishida do. **Tutela jurisdicional do meio ambiente.** Monografia (Graduação em Direito), 58 fls., 2001. p. 28. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, Curitiba, 2001. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45340/M23.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 jun. 2019.
64. FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 167-229.
65. NASCIMENTO, Elaine Hishida do. **Tutela jurisdicional do meio ambiente.** p. 28.
66. SOUZA, Paulo Roberto Ferreira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 3, n. 1, p. 89-126, 2003. p. 96-97. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/389/394>. Acesso em: 01 jun. 2019.

Para Tessler, “toda a cidadania é chamada a defender e orientar, conscientizando a população em geral para a preservação ambiental”. Por isso, é dever do magistrado, assim como do Poder Público e da própria sociedade promover a educação ambiental por meio de ações civis públicas e mecanismos que visem internalizar a ideia de que a preservação ambiental integra a função social da propriedade e a sustentabilidade planetária.[68]

3.2 IMPORTÂNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO AMBIENTAL

A tutela coletiva diferencia-se da chamada tutela de urgência[69], porque as tutelas de urgência, tal como assinalado no decorrer do capítulo 3 dessa pesquisa são aquelas que envolvem situações de urgência e demandam uma pronta e imediata atuação jurisdicional.[70] Assim, as tutelas de urgência poderão e deverão ser aplicadas no âmbito do Direito Ambiental, sempre que houver a necessidade de se evitar a consumação e/ou o agravamento de prejuízos e de degradações ambientais.[71]

Além disso, as tutelas de urgência serão aplicadas no âmbito do Direito Ambiental sempre que se verificar a superveniência de riscos de prejuízos graves ou irreversíveis ao meio ambiente, bem como à saúde e segurança da sociedade ou continuação de atividades efetivas ou que sejam potencialmente lesivas.[72]

Verifica-se, assim, que a demora do trâmite processual pode causar uma inefetividade da tutela jurisdicional, frustrando os resultados esperados com relação à preservação da qualidade ambiental, razão pela qual necessário se faz utilizar-se das tutelas de urgência previstas no Código de Processo Civil brasileiro.[73] Corrobora com estes iniciais apontamentos, Almeida ao explicar que:

> A tutela de urgência é essencial para garantir a efetividade da tutela jurisdicional de difícil reparação ou irreparável, já que a sua violação no curso do processo pode impedir a sua satisfação após a sentença. Nesse sentido, o direito ao meio ambiente frequentemente demanda tutela jurisdicional por meio da técnica processual da tutela de urgência, já que a sua reparação pode ser impossível. Assim, por exemplo, em ação ajuizada para impedir a poluição de um rio por determinada indústria, a sentença de procedência pode não ter efetividade se a poluição ocorreu no curso do processo e não houver meios disponíveis para reparar integralmente a qualidade da água e recompor o ecossistema.[74]

---

67. TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 355-369, maio/ago. 2003. p. 357/359. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/339/283>. Acesso em: 02 jun. 2019.
68. TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. p. 359-361.
69. TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. p. 362-363.
70. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ambiente jurídico: a tutela jurisdicional de urgência em matéria ambienta. **Revista Consultor Jurídico**, 30/12/2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-dez-30/ambiente-juridico-tutela-jurisdicional-urgencia-materia-ambiental#_edn2>. Acesso em: 03 jun. 2019.
71. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. ***Participação, processo civil e defesa do meio ambiente.*** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 454.
72. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. ***Participação, processo civil e defesa do meio ambiente.*** p. 454.
73. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. ***Participação, processo civil e defesa do meio ambiente.*** p. 454.
74. ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no Direito Ambiental**: instrumento de efetivação do princípio da precaução. Dissertação (Mestrado em Direito), 242 fls., 2014. p. 15. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015-163958/pt-br.php>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Dito isso, a técnica processual da tutela de urgência em ações coletivas, por exemplo, pode garantir que haja a efetividade da decisão de mérito.[75]

Destarte, importante se faz salientar, segundo ensinamentos de Almeida que há possibilidade de haver uma suspensão dos efeitos de uma determinada decisão "[...] que concede tutela de urgência para proteger o meio ambiente quando contrariar a ordem pública, porém veremos que esse incidente pode ser usado também para garantir a ordem pública ambiental".[76]

Discorre, ainda, Prudente no tocante à temática ora sob apreço, qual seja, a possibilidade de utilização da tutela de urgência no Direito Ambiental, que:

> Visando, assim, assegurar a vida em todas as suas formas e não, apenas, o ressarcimento pecuniário, depois de ser lesada ou destruída, é que o comando do art. 5.º, XXXV, da CF, garante a todos os titulares difusos desse direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, a apreciação e tutela oportuna do Poder Judiciário, buscando afastar, de logo, qualquer ameaça de dano a esse direito essencial, oportunizando-nos as modernas técnicas processuais de antecipação de tutelas inibitórias do ilícito ambiental.
>
> Nesse contexto processual de tutelas de urgência, há de ver-se que o juiz do terceiro milênio está autorizado pela consciência da cidadania plena e pela ordem jurídica justa a decidir, com total independência, em juízo sumário, com base na verossimilhança das alegações e probabilidades da vontade da lei, já não mais aceitando a condição passiva de locutor impotente e amordaçado pela norma legal, como assim o quis Montesquieu, no passado, e assim o querem, no presente, os condutores da globalização econômica e do capitalismo financeiro e colonialista, no mercado internacional.
>
> Estamos vivendo, hoje, sem dúvida, na plenitude do poder geral de cautela do juiz, que de há muito rompera as mordaças da doutrina liberal, para garantir o retorno do cidadão, neste novo século, capaz de reedificar o mundo pela consciência dos homens, no exercício de uma comunhão difusa de sentimentos e de solidariedade, que se ilumina na inteligência criativa e serviente à aventura da vida, no processo de construção de uma democracia plenamente participativa, na defesa oportuna e inadiável do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.[77]

Constata-se, diante do acima exposto, que as tutelas de urgência serão utilizadas com vistas à concretização do comando descrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e buscando-se, em síntese, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.[78] Ademais, as tutelas de urgência serão utilizadas no tocante ao meio ambiente, sempre que houver a constatação de verossimilhança das alegações e probabilidades da vontade da lei, porque se deve

75. ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no Direito Ambiental**: instrumento de efetivação do princípio da precaução. p. 16.
76. ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no Direito Ambiental**: instrumento de efetivação do princípio da precaução. p. 16.
77. PRUDENTE, António Souza. Tutela processual de urgência em defesa do meio ambiente sustentável, no contexto evolutivo da jurisprudência constitucional. **Revista de Processo Comparado**, v. 3, jun./nov. 2017. p. 04. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.03.PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.
78. PRUDENTE, António Souza. Tutela processual de urgência em defesa do meio ambiente sustentável, no contexto evolutivo da jurisprudência constitucional. p. 04.

permitir que haja uma defesa oportuna e inadiável quando se está diante de situações que porventura agridam o meio ambiente.[79]

Feitas essas considerações, a tutela de urgência pode ser considerada, então, como importante instrumento processual para que se defenda o meio ambiente, visto que "[...] o Direito ambiental tutela bens transindividuais, cujos titulares são indeterminados, pois interessam a uma coletividade, sendo um bem difuso".[80]

Os autores mencionados no parágrafo antecedente registram, ainda, no tocante à utilização da tutela de urgência no Direito Ambiental, que:

> A tutela do direito ambiental deve buscar técnicas de efetividade para evitar o dano (prevenção), e, caso o dano já tenha ocorrido, deve-se priorizar a reparação integral, sempre que possível, e não restringir-se apenas a um ressarcimento erário.
> Cabe ressaltar ainda que, seja qual for o objeto da ação ambiental, esta deve apresentar procedimentos que possam tornar o procedimento mais célere e efetivo, a fim de resguardar o bem tutelado, evitando ao máximo o dano, eis que suas proporções podem ter alcance geral.
> Assim, não se pode ignorar que a celeridade impacta na efetividade do processo, e consequentemente nas decisões em processos ambientais, sendo inadmissível que o excesso de formalismo e a morosidade virem um incentivo àquele que descumpre as regras.
> [...].
> Nos processos coletivos ambientais deve-se buscar não só celeridade, mas primordialmente a prevenção ao dano, ao invés da busca pela reparação, ou indenização.
> Logo, a efetividade e a celeridade se expressam de maneira clara nas tutelas de urgência, que, norteadas pelo princípio da precaução, buscam combater práticas que possam ocasionar um dano.[81]

As tutelas de urgência são um importante instrumento utilizado em prol do meio ambiente, visto que é por intermédio delas que se pode buscar a celeridade na prevenção do dano e efetividade no combate às práticas lesivas ao meio ambiente.[82]

Assim, "[...] tanto a tutela de urgência como os princípios da prevenção e precaução refletem a preocupação em se garantir a efetividade da proteção ao meio ambiente e evitar a concretização de danos irreparáveis ou de difícil reparação".[83] Partilha de entendimento semelhante, Almeida ao relatar que as tutelas de urgência garantem a efetividade do princípio da precaução para que haja a proteção do meio ambiente, uma vez que se pode, por intermédio delas, evitar o dano ambiental no curso do processo judicial.[84] Por isso, "[...] o Estado-juiz, no trato processual, deve adotar postura com base

79. PRUDENTE, António Souza. Tutela processual de urgência em defesa do meio ambiente sustentável, no contexto evolutivo da jurisprudência constitucional. p. 04.
80. GOMES, Magno Federici; LEAL JÚNIOR, Breno Soares. Da efetividade do Direito Ambiental por meio da tutela provisória de urgência. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 11, n. 2, p. 101-116, Brasília, jul./dez. 2017. p. 102/105.
81. GOMES, Magno Federici; LEAL JÚNIOR, Breno Soares. Da efetividade do Direito Ambiental por meio da tutela provisória de urgência. p. 112-113.
82. GOMES, Magno Federici; LEAL JÚNIOR, Breno Soares. Da efetividade do Direito Ambiental por meio da tutela provisória de urgência. p. 113.
83. GOMES, Magno Federici; LEAL JÚNIOR, Breno Soares. Da efetividade do Direito Ambiental por meio da tutela provisória de urgência. p. 113.
84. ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no Direito Ambiental**: instrumento de efetivação do princípio da precaução. p. 06.

nos princípios da prevenção e da precaução para que se possa alcançar a proteção eficiente do bem ambiental".[85]

Sendo assim, não há dúvidas quanto à importância da tutela de urgência no Direito Ambiental, porque é por meio dela que se garante proteção ao meio ambiente, isto é, redução de riscos ecológicos. Entretanto, não se pode esquecer que essa busca pela proteção ambiental somente se dará, caso presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou, ainda, perigo de ilícito ou o comprometimento da utilidade do resultado final que a demora processual representa.[86]

CONCLUSÃO

O Direito Ambiental refere-se a um conjunto de normas que tratam da proteção da qualidade do meio ambiente. Trata-se, ainda, daquele ramo jurídico que tem por finalidade buscar o conhecimento sistematizado de normas e princípios que servem para orientar a qualidade do meio ambiente, motivo pelo qual foi abordado em várias legislações brasileiras no decorrer dos tempos e possui vários princípios (princípio do desenvolvimento sustentável, da precaução, da prevenção; do poluidor pagador e da participação).

As tutelas de urgência, porém, foram inseridas no Código de Processo Civil de 2015 e necessitam, para a sua concessão, que se demonstrem alguns requisitos de forma concomitante, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, devendo-se ressaltar a existência de algumas modalidades e outros aspectos constantes nos artigos 300 a 310. As modalidades de tutelas de urgência são: tutela cautelar e antecipada, sendo que em ambos os casos haverá a possibilidade de serem antecedentes ou incidentes.

Nota-se, dessa forma que várias são as vantagens em se utilizar da tutela de urgência para se atender às finalidades a que se destina o Direito Ambiental, uma vez que este visa assegurar o equilíbrio ecológico, o desenvolvimento sustentável e também a sadia qualidade de vida de toda a coletividade, e de todo o ecossistema. Dentre essas vantagens, cita-se evitar a consumação e/ou o agravamento de prejuízos e de degradações ambientais; garantir que haja a efetividade da decisão de mérito; suspender os efeitos de decisão que contrarie a ordem pública e a ordem pública e ambiental, dentre outras.

Sendo assim, resta claro que há nítida importância na utilização da tutela de urgência no âmbito do Direito Ambiental, mas que outras vantagens poderão ser constatadas a partir do desenvolvimento de futuros trabalhos científicos que tratem acerca dessa temática, motivo pelo qual sugere-se a continuidade dos estudos e aprofundamento do assunto que suscita, ainda, o fomento de debates no âmbito jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Tutela de urgência no Direito Ambiental**: instrumento de efetivação do princípio da precaução. Dissertação (Mestrado em Direito), 242 fls., 2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:

85. MARIN, Jeferson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. Tutelas de urgência e de evidência nas propostas de codificações processuais brasileiras: tutela judicial precaucional ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 83-114, 2014. p. 101.

86. MARIN, Jeferson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. Tutelas de urgência e de evidência nas propostas de codificações processuais brasileiras: tutela judicial precaucional ambiental. p. 101.

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09022015-163958/pt-br.php>. Acesso em: 03 jun. 2019.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://wwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Novo código de processo civil**: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COPOLA, Gina. **Elementos do direito ambiental.** Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.

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. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FEIJÃO, Muller Monte. O CPC de 2015 e a tutela de urgência. **Revista JusNavigandi**, 06/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50267/o-cpc-de-2015-e-a-tutela-de-urgencia>. Acesso em: 30 jun. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Magno Federici; LEAL JÚNIOR, Breno Soares. Da efetividade do Direito Ambiental por meio da tutela provisória de urgência. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 11, n. 2, p. 101-116, Brasília, jul./dez. 2017.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no novo Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC.** 3. ed. ampl. Porto Aalgre: Livraria do Advogado, 2017.

LEMOS, André Fagundes. O Princípio da insignificância no direito ambiental. In: CARVALHO, Valdênia Geralda de; REZENDE, Elcio Nacur. **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2013.

_____; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução histórico-jurídica do meio ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do Direito Ambiental, p. 01-30, [s.d]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d7c3f8dee9f1ce4c>. Acesso em: 01 abr. 2019.

LOPES JUNIOR, Jaylton Jackson de Freitas. A tutela antecipada de urgência e evidência no novo Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15300>. Acesso em: 21 abr. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARIN, Jeferson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. Tutelas de urgência e de evidência nas propostas de codificações processuais brasileiras: tutela judicial precaucional ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 83-114, 2014.

MENDES, Daniel de Carvalho; AZEVEDO, Adolpho Augusto Lima. Opinião: o panorama das tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 03/04/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-03/panorama-tutelas-provisorias-cpc>. Acesso em: 21 abr. 2019.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ambiente jurídico: a tutela jurisdicional de urgência em matéria ambienta. **Revista Consultor Jurídico**, 30/12/2017. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2017-dez-30/ambiente-juridico-tutela-jurisdicional-urgencia-materia-ambiental#_edn2>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. ***Participação, processo civil e defesa do meio ambiente.*** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

NASCIMENTO, Elaine Hishida do. **Tutela jurisdicional do meio ambiente.** Monografia (Graduação em Direito), 58 fls., 2001. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, Curitiba, 2001. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45340/M23.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 jun. 2019.

NEJAIM, Eduardo Fontes. A tutela cautelar no novo CPC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19649&revista_caderno=21>. Acesso em: 01 jun. 2019.

OLIVEIRA, Bruna Alcantara Machado de. A tutela de urgência no Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19390&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 abr. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.

PRUDENTE, António Souza. Tutela processual de urgência em defesa do meio ambiente sustentável, no contexto evolutivo da jurisprudência constitucional. **Revista de Processo Comparado**, v. 3, jun./nov. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProp_n.3.03.PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 3, n. 1, p. 89-126, 2003. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/389/394>. Acesso em: 01 jun. 2019.

STRAZZI, Alessandra.**Tutela antecipada no novo CPC:** entenda os tipos de tutelas provisórias de uma vez por todas! 26/07/2018. Disponível em: <http://www.desmistificando.com.br/tutela-antecipada-no-novo-cpc/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 355-369, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/339/283>. Acesso em: 02 jun. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

VIANA JR., Dorgival. Tutela provisória no novo CPC (tutelas de urgência e de evidência). **Novo CPC brasileiro**, 2017. Disponível em: <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/tutela-provisoria-no-novo-cpc-tutelas-de-urgencia-e-de-evidencias/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 118, p. 191-206, abr./jun. de 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Novo Código de Processo Civil comparado**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TUTELAS SATISFATIVAS CONCEDIDAS EM COGNIÇÃO SUMÁRIA: O PROBLEMA DA IRREVERSIBILIDADE[1]

Thiago André Marques Vieira[2]
Thaisa Borges Maia[3]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo o estudo dos aspectos gerais acerca da evolução da concessão da tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento capaz de concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo. Assim, o presente trabalho discorre de forma geral acerca das tutelas provisórias, a saber, tutela provisória de urgência e de evidência, para tanto utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental. Os instrumentos de coleta de dados foram os sites e a legislação levantados pelo próprio pesquisador através do método de observação e leitura. Como resultado do estudo mediante pesquisa, se constatou a importância do uso da tutela provisória em concordância com o diploma processual civil e a constituição.

Palavras-chave: Cognição sumária. Tutelas provisórias. Tutela de urgência. Tutela cautelar. Tutela antecipada.

INTRODUÇÃO

O CPC/2015 unifica em um mesmo regime, denominado “tutela provisória”, a tutela antecipada e a tutela cautelar, as quais eram submetidas à disciplinas formalmente distintas no Código de 1973. Sendo assim, é necessário compreender a razão da existência da tutela provisória na legislação pátria. Busca-se compreender se o instituto concretiza o princípio da duração razoável do processo ou preserva o direito até a última circunstância de sua probabilidade ou, ainda, se necessita apenas da plausibilidade do mesmo.

O direito fundamental à jurisdição processual efetiva e tempestiva está positivado na Constituição e é o meio para a garantia de todos os demais direitos. É evidente a importância de previsão acerca da possibilidade de concessão da tutela em cognição sumária visto de um contexto de necessária observância dos direitos fundamentais atinentes.

Com isso, a tutela provisória é recurso estratégico e de grande valor para uma solução litigiosa mais rápida e de maneira mais econômica, já que não é somente o perigo de urgência que o compreende, mas sim o direito fundamental à tutela adequada e efetiva, basilares da nova ordem processual constituída por matrizes constitucionais

Assim, o processo não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal, mas de proporcionar aos jurisdicionados uma tutela adequada e efetiva, por meio do devido processo legal.

Como método de abordagem, elegeu-se o dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do exame doutrinário. Utilizou-se o método monográfico de procedimento, a partir da leitura do Código de Processo Civil revogado e vigente à luz da doutrina, bem como a análise do instituto da tutela provisória e seus desdobramentos.

O foco deste ensaio é analisar as tutelas provisórias satisfativas a partir do requisito da reversibilidade, de modo a se verificar se o não preenchimento de tal requisito é suficiente para o indeferimento de uma tutela provisória pleiteada.

---

1. Este artigo foi produzido a partir do Grupo de Pesquisa “O direito na dinâmica das relações sociais e as novas tecnologias” do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Campus de Joinville – SC.
2. Professor Mestre do Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Joinville. Advogado. E-mail: thiagoandremv@gmail.com.
3. Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Joinville. Estagiária no Ministério Público Federal. E-mail: thaisa.maia@catolicasc.org.br.

1. EVOLUÇÃO DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EM COGNIÇÃO SUMÁRIA

Junto aos meios garantidores do direito fundamental à duração razoável do processo, é importante ressaltar a importância da tutela cautelar e da tutela antecipada. O tempo, dependendo da hipótese, pode ser encarado como um obstáculo à consecução e à concretização do direito material a que se visa resguardar com o ajuizamento da ação. Dependendo do lapso temporal transcorrido, a utilidade da prestação jurisdicional pode se esvair, tornando-se a morosidade e a intempestividade da solução judicial um obstáculo para a própria efetividade.

Com a vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, o princípio denominado "duração razoável do processo" é introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de direito fundamental, visando assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação com vistas à efetividade da prestação jurisdicional, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, embora já implícito na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Dada a aplicação imediata e independência de regulamentação por lei ordinária, tem-se um direito subjetivo que pode ser exigido pelos destinatários. Entretanto, a razoabilidade a ser cumprida na duração do processo é algo a ser ponderado em face de dados concretos, variando consideravelmente em cada lide. Dessa forma, é impraticável a redução a uma única previsão, devendo a duração razoável ser observada juntamente ao devido processo legal, dado os fatores que influem na maior ou menor demora à resposta jurisdicional.

O supramencionado princípio ainda obteve nova confirmação na criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual tem como meta do II Pacto Republicano, um sistema mais acessível, ágil e efetivo, tendo por objetivos o acesso universal à justiça, o aprimoramento da prestação jurisdicional, bem como o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para maior efetividade do sistema penal

Nas palavras de Canotilho, "a existência de processos céleres, expeditos e eficazes é condição indispensável uma proteção jurídica adequada" (1993, p. 652). Insta registrar a inexatidão ao identificar a efetividade com celeridade ou prestação da tutela jurisdicional, já que a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Exemplificando tal assertiva, no cenário de uma dispensa de produção de prova pericial indispensável aos deslinde do processo em observância a uma tramitação célere, a efetividade estará comprometida.

José Roberto dos Santos Bedaque, neste sentido, doutrina que processo efetivo é aquele em que observa-se o equilíbrio entre a segurança e celeridade, proporcionando às partes o resultado desejado, por meio do direito material. O aprimoramento do instrumento estatal, é medida que se pretende, destinando-se o fornecimento da tutela jurisdicional. Bedaque destaca a perigosa ilusão no pensamento de simplesmente conferir-lhe celeridade ao alcance da tão almejada efetividade, sem que haja observância do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa, sendo a celeridade apenas parte das garantias que compõem a ideia do devido processo legal, não a única, pois a morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo (BEDAQUE,2000, p.49).

Portanto, o acesso à justiça, como direito fundamental, compreende atividades tanto formais como materiais por parte dos agentes responsáveis pela tutela jurisdicional

assegurada pela Constituição. Formalmente, há de se garantir sem qualquer tipo de óbice, o acesso, livre e em condições de igualdade, ao órgão competente para tutelar os direitos subjetivos materiais lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, XXXV). Bem como, em sentido material, todo e qualquer procedimento desenvolvido em juízo, após o adequado contraditório, há de proporcionar provimentos judiciais idôneos e efetivos para haver a prestação do direito material, que constitui o objeto da lide.

2. TUTELAS PROVISÓRIAS

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira previsão de prestação de tutela jurisdicional em cognição sumária se dá com a vigência do Código de Processo Civil, sancionado no ano de 1973. A tutela antecipada, prevista no art. 273 da lei n. 5.869/73, de 11 de janeiro de 1973 (Brasil, 1973), modificado pela lei n. 8.952/94 dispunha que o juiz poderia a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela antecipada no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Ainda, deveria ser percebido o previsto nos incisos I e II, devendo haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Dessa forma, quando atendidos os requisitos, o juízo poderia antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida na exordial. Nesse instituto, o principal objetivo é o deslinde da ação mediante cognição sumária, visando amenizar, assegurar ou até mesmo sanar os efeitos negativos que o tempo de deslinde processual pode ocasionar à parte.

Segundo Athos Gusmão Carneiro *a antecipação de tutela dependeria de que prova inequívoca convenceria o magistrado da verossimilhança das alegações do autor*. Entretanto, tais pressupostos não seriam o bastante para a concessão:

> É mister que aos mesmos se conjugue receio, com amparo em dados objetivos, de que a previsível demora no andamento do processo cause ao demandante dano irreparável ou de difícil reparação; ou, alternativamente, de que fique caracterizado o abuso do direito de defesa, abuso que inclusive se pode revelar pelo manifesto propósito protelatório revelado pela conduta do réu no processo ou, até, extraprocessualmente" (CARNEIRO, 2005. p. 19).

Com o advento do CPC de 2015, por meio do sancionamento da lei n. 13.105, "a tutela provisória passa a ser gênero de tutela jurisdicional não definitivo, passam a ser tutela-meio" (LAMY, 2018, p.17), seja ela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (arts. 300 a 310), de tutela de evidência (art. 311) ou de cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522), além da provisoriedade de decisões liminares fundadas em fase de cumprimento de sentença (arts. 536 a 538).

A tutela provisória é importante ferramenta que o julgador utiliza para que seja assegurado ou protegido um direito em situações de urgência ou evidência, em que o exaurimento da cognição possa ser prejudicial, dando maior efetividade ao processo. Tem caráter provisório pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, nos termos do art; 296 do CPC[4]. Para que haja caráter permanente, deve ser substituída por provimento

4. Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.
Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

definitivo, podem ainda ser classificadas tendo por parâmetro a natureza, sua fundamentação ou o momento da formulação.

No que tange à natureza, há a classificação em tutela antecipada, com natureza satisfativa, ou seja, concede o objeto da lide ao autor em todo ou em parte e tutela cautelar de natureza assecuratória, na qual se preserva o direito do autor, mas sem que haja a concessão.

Quanto à fundamentação, as tutelas provisórias são classificadas em tutela de urgência e tutela de evidência. São fundamentos previstos no art. 300 do CPC para a concessão da tutela de urgência, a probabilidade do direito (*fumus boni juris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), enquanto que a tutela de evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo nas hipóteses previstas no art. 311 do CPC.

Acerca do *periculim in mora*, é o receio que a demora na apreciação judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado, frustrando a execução da ação principal. Ainda, o *fomus boni juris* pode ser considerado como a probabilidade de existência do direito postulado, bastando mera verossimilhança.

Acerca do momento da formulação a classificação ocorre em tutela incidental e tutela antecedente. Ressalta-se que a tutela de evidência sempre será incidental, ao passo que, nos termos do parágrafo único do artigo 294 do CPC a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

No que concerne à tutela incidental, é requerida no bojo dos autos, não dependendo do pagamento de custas, distinguindo-se da tutela antecedente, pois esta é requerida anteriormente à propositura da ação principal, devendo ser aditada, com fulcro no art. 303 do CPC.

2.1 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela provisória de urgência, prevista no art. 300 do CPC/2015, pode ser conferida em natureza cautelar ou antecipada, as quais constituem técnicas para a prestação da tutela urgente, não necessariamente sob o prisma histórico – já que a ideia de uma tutela acautelatória do patrimônio equivalente à obrigação devida surge no apogeu do estado liberal –, mas certamente sob o prisma constitucional contemporâneo (LAMY, 2018. p.125).

É a tutela de urgência que, como mecanismo especial de obviar os malefícios do tempo sobre o processo judicial, se presta a instituir procedimentos diferenciados que acrescentam ao processo medidas extraordinárias tanto conservativas como antecipatórias, todas, em regra, qualificadas pela imediatidade, provisoriedade e consequente precariedade, ou seja, a possibilidade de modificação ou revogação a qualquer tempo.

A natureza da tutela jurisdicional será urgente quando se faz necessário um rápido pronunciamento jurisdicional através de cognição sumária de forma assecuratória ou satisfativa, dada a possibilidade de dano ao direito material que constitui o objeto da demanda. Dessa forma, destina-se a evitar danos oriundos da demora da prestação jurisdicional, ou da necessidade existente, antes do exaurimento da cognição, para que seja alcançada efetividade.

Acerca da natureza constitucional da efetividade do processo, Zavascki (1997, p. 64) designou como o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional.

Assim, devem ser assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização 'Tática' da sua vitória".

A tutela de urgência engloba a prestação cautelar e antecipada, tendo ambas os mesmos requisitos para a concessão, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Entretanto, ainda que equiparados os requisitos para ambas as figuras, a forma e o processamento se dão de forma distinta.

Não obstante, verifica-se outra importante distinção. A estabilização aplica-se às tutelas antecipadas, mas não às cautelares. Analisando-se apenas o texto legal, a estabilização da tutela cautelar encontra óbice na medida em que tal fenômeno é previsto no art. 304 do CPC[5] apenas às tutelas antecipadas, não havendo qualquer previsão semelhante aplicável à cautelar. Ainda, sob o ponto de vista lógico-jurídico, verifica-se uma total restrição, já que a tutela concedida de forma cautelar não visa a concessão do direito, mas apenas assegurar o resultado útil, como ocorre nos casos de sequestro e arresto, não havendo a possibilidade de estabilização de um direito ainda não prestado.

Alexandre Freitas Câmara observa que "o processo cautelar é um instrumento de proteção de outro processo, sendo aplicado como instrumento do instrumento, pois que se apresenta como instrumento de realização de outro processo" (CÂMARA, 2005, p. 3-4), sendo este por seu turno, instrumento de atuação do direito.

Assim, as medidas cautelares e antecipadas são meios para a prestação da tutela jurisdicional urgente, "ambas destinadas a evitar que o tempo comprometa o resultado da tutela jurisdicional" (BEDAQUE, 2001, p. 27), que possuem caráter cognitivo e executivo, e que constituem técnicas diferenciadas, estipuladas pelo legislador ordinário, mas que certamente detêm a mesma função constitucional de dispositivo processual adaptado às situações de urgência na proteção aos direitos.

2.1.1 Tutela Cautelar

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito é satisfativa sumária.

As cautelares têm como finalidade última a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, diante de seus pressupostos básicos de concessão: o perigo de dano e a probabilidade do direito. Na ausência desses pressupostos, a ação deve ser considerada improcedente. Esses pressupostos devem estar presentes conjuntamente. Não basta a configuração de apenas um deles.

O *fumus boni iuris*, fumaça do bom direito em sua tradução literal, corresponde à probabilidade do direito material alegado realmente existir. Já o *periculum in mora*, ou perigo na demora, significa o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra grave lesão de difícil reparação, de modo que haja risco de ineficácia da futura tutela jurídica.

Exemplos de danos irreparáveis para o direito, ou seja, aqueles considerados irreversíveis, são o direito à honra e imagem. Já o dano de difícil reparação, são os casos em que o dano não poderá ser consertado com facilidade, seja por motivos financeiros ou por conta da complexidade. Humberto Theodoro Júnior ensina que "por verossímil pode-se ter o receio de dano grave que concorra de fato objetivamente demonstrável e não de simples receio subjetivo da parte." (THEODORO JUNIOR, 1996, p. 124).

5. 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.

Sua função é, logo, meramente auxiliar e subsidiária, de sorte que não busca a composição do litígio, mas apenas garantir o direito a um resultado eficaz que será dado pelo processo principal, ou seja, a existência do objeto.

É possível apontar três características dos processos cautelares: a instrumentalidade, a provisoriedade e a revogabilidade. São instrumentais porque são apenas um meio para que se efetive o objetivo da prestação jurisdicional, não declarando o direito, apenas assegurando. São provisórios porque têm uma duração temporal limitada. Revogáveis porque não fazem coisa julgada material, já que não decidem o mérito da lide.

A cautelar é, portanto, baseada na necessidade de estabilidade ou equilíbrio na situação de fato, entre as partes, ante a ameaça à eficiência do processo principal. Como leciona Ovídio Baptista, a urgência é fator que determina a tutela cautelar, ao passo que esta exerce função de assegurar a realização dos direitos subjetivos (OVIDIO, 2000, p.17).

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido cautelarmente, tendo portanto, natureza assecuratória.

2.1.2 Tutela Antecipada

A Tutela Antecipada configura-se pela possibilidade do provimento jurisdicional antecipar os efeitos da sentença, colocando a satisfação do direito do autor a uma fase anterior àquela que ordinariamente seria produzido. Por serem concedidos em cognição sumária, seus efeitos são provisórios, somente será definitivo após sentença ou acórdão – em sede de recurso.

A inserção do instituto da tutela antecipada possibilitou a coexistência de atividades cautelares e executivas dentro do processo de conhecimento, superando dois pilares do processo civil romano: o princípio da nulla executio sine titulo e o da dicotomia processo de conhecimento/processo de execução (CARNEIRO, 1999, p. 9) .

Nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil, são requisitos para a concessão da tutela antecipada o *‘perigo de dano’* ou *‘o risco ao resultado útil do processo’*. Embora possam parecer sinônimos, risco e perigo, não se confundem, já que risco é a possibilidade de dano, enquanto que perigo é a probabilidade de um dano ou prejuízo.

A grande inovação trazida ao ordenamento jurídico pela lei 13.105/2015 é a possibilidade da estabilização da tutela antecipada de urgência. Fredie Didier Jr. expõe que a tutela adquire caráter estável quando é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, quando não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo, até porque a estabilização se dá em um momento em que esse pedido sequer foi formulado. (DIDIER JR., 2015, p. 604).

Para Lamy (2018, p. 86), uma vez obtido o provimento provisório que cria à parte a situação fática pretendida, “prescinde-se da própria decisão final e, evitando gastos de

tempo e de valores, põe-se fim ao processo, sem a decisão final típica da cognição exauriente." Com isso, o objetivo da regra disposta no art. 304 do CPC tem por escopo extinguir a discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia e, ainda, outorgar capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna a um processo que resulta extinto sem resolução do mérito.

3. SATISFATIVIDADE E REVERSIBILIDADE

A tutela antecipada, trata da antecipação de um efeito satisfativo, possibilitando desde a concessão, o exercício do direito, enquanto que a tutela cautelar busca a proteção do resultado útil do processo.

Sobre o instituto, Lamy (2018, p. 84) afirma que se, antes, a certeza, calcada na obtenção da verdade por uma cognição exauriente, norteava a forma como se encarava o processo, a partir do NCPC, "a probabilidade, obtida por uma tutela em cognição sumária, é apta a criar um estado de fato possível de pôr fim ao processo nos casos em que a medida satisfativa é requerida em caráter antecedente".

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, garantindo a existência do objeto. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é "satisfativa sumária". A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, não se confunde com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido cautelarmente. Se inexiste referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

A conveniência de atribuir ao provimento antecipatório imediata aptidão, tendo-se a efetiva e completa satisfação do direito tutelado tem, portanto, também um preciso significado teórico: a atuação é necessária para que, sob o prisma do conteúdo, a tutela antecipatória se difira da cautelar.

A demonstração de que a tutela do direito pode ocorrer com base em cognição sumária deixa evidenciado o equívoco daqueles que pensam que a "satisfatividade" fundada em cognição sumária não é propriamente "satisfatividade jurídica", mas apenas "satisfatividade fática". Esta forma de raciocínio confunde satisfação do direito material (que obviamente pode ocorrer mediante decisão fundada em cognição sumária) e satisfação processual (coisa julgada material). Mais do que isto: aquele que não dá importância à "satisfação" fundada em cognição sumária, chamando-a de mera "satisfação fática", mostra não estar atento à preocupação mais recente da doutrina, vale dizer, à preocupação com a "tutela dos direitos", uma vez que, na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a "tutela do direito", pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva (Marinoni, 2013, p. 28).

Entretanto, se faz necessária a observância do requisito negativo para a concessão da tutela antecipada: a reversibilidade dos efeitos da decisão. Observa-se que neste ponto, deverá haver um processo de ponderação, avaliando-se proporcionalmente o sacrifício de um direito em detrimento de outro. Afinal, a possível irreversibilidade, se interpretada única e exclusivamente a partir da literalidade da Lei, acabaria por esvaziar o próprio objetivo da tutela antecipada, transformando-a em mera tutela cautelar, uma vez que a satisfação antecipada do pedido meritório é sempre um potencial para causar prejuízo à parte contrária. Em contribuição ao assunto, Didier Jr. (2016, p. 681) expõe que "diante desses direitos fundamentais em choque – efetividade versus segurança –, deve-se invocar a proporcionalidade, para que sejam devidamente compatibilizados."

Além disso, é preciso observar também a crítica de parte da doutrina com relação ao próprio conceito de "reversibilidade" da decisão. Para alguns autores, esta reversibilidade estaria limitada à própria reversibilidade da decisão, ou seja, a não criação de situação fático jurídica irreversível, principalmente quando relembrada a natureza de provisoriedade da tutela antecipada, que não exaure, via de regra, o mérito da lide apresentada.

Refere-se à irreversibilidade dos efeitos fático-jurídicos da decisão final a que se refere o § 3º do art. 300[6], e não ao seu próprio conteúdo, nas hipóteses de declaração, constituição, desconstituição ou condenação, que não pode ser concedido, senão após cognição exauriente. Desse modo, a concessão de tutela antecipada não deve, de ordinário, gerar uma situação fático-jurídica inalterável, o que se justifica em razão de se tratar de tutela provisoriamente concedida, com o fito de salvaguardar, no caso específico da tutela antecipatória, a probabilidade e a urgência decorrente do risco de dano." (ALVIM, 2017. p. 169)

O autor ainda afirma que não se pode admitir de forma peremptória que a tutela satisfativa jamais poderá ser concedida quando houver risco de que seus efeitos se tornem insuscetíveis de reversão, eis que casuisticamente se pode verificar a possibilidade de que a necessária reversibilidade da medida acabe por tornar inútil a decisão de mérito. Cabe ao juiz, portanto, aplicar ao caso concreto o postulado da proporcionalidade, verificando, caso a caso, se é justificável o sacrifício do contraditório e da ampla defesa, em prol da efetividade do acesso à Justiça, hipótese em que deverá ser concedida a tutela de urgência satisfativa. É preciso, para tanto, que haja a ponderação dos princípios que tocam o próprio direito material, analisando-se a colisão diante do próprio bem da vida pleiteado. Concluindo-se que não há razão para o sacrifício momentâneo do contraditório e da ampla defesa, deverá ser indeferida a tutela antecipada." (ALVIM, 2017. p. 171)

Sobre a temática, Marinoni (2015, p. 313) traz a reflexão de que tendo a técnica antecipatória o objetivo de combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como 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 é obviamente um contrassenso.

A reversibilidade da medida é requisito que decorre do fato de a tutela prestada – como sua essência indica – não ser definitiva, pois caso seja irreversível a decisão tomada, tal característica levará à sua definitividade. Aqui o legislador obrou em infelicidade, entretanto. Isso porque o cotidiano forense está recheado de casos em que foi necessária, sob pena do perecimento de direitos, a concessão de decisões liminares em situação de irreversibilidade. São exemplos a hipótese de transfusão de sangue em criança cujos pais possuem orientação religiosa em sentido diverso, ou mesmo a hipótese de determinação da realização de procedimento cirúrgico em caráter de urgência. Veja-se que nesses casos uma interpretação literal do novo sistema processual levaria a uma inconstitucionalidade (CF, art. 5º, XXXV). De fato, no CPC de 2015 o legislador perdeu uma excelente oportunidade para autorizar a excepcionalidade de uma tutela definitiva, embora sumária, que cuidasse de tais situações de urgência mesmo na hipótese de

6. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

irreversibilidade, a fim de que essa característica não seja justificativa para decisões absurdas de não tutela aos direitos (LAMY,2018, p. 69).

Diante deste quadro é importante analisar que dentro da concepção de tutelas urgentes satisfativas, cuja nomenclatura adotada no direito brasileiro é de tutela antecipada, existem situações que são reversíveis, enquanto outras são irreversíveis. Nesta circunstância, talvez possa ser considerado inadequado tratar que ambas as hipóteses possam ser consideradas enquanto tutelas antecipadas. Isto porque segundo o que foi visto ao longo deste estudo, a tutela antecipada seria eminentemente aquela em que é possível reverter os seus efeitos após a sentença.

Por outro lado, é inquestionável que em determinadas situações da vida o requisito da reversibilidade caso não preenchido, tecnicamente, deveria ensejar no indeferimento da tutela provisória pleiteada. No entanto, a partir de um paradigma *neoprocessualista* (CAMBI, 2012, p. 87), é dever o magistrado ao analisar o pedido formulado em assegurar da melhor maneira os direitos fundamentais que incidem no caso concreto. Como consequência, apesar da lei exigir o preenchimento do requisito da reversibilidade, é tarefa do juiz buscar a composição dos conflitos com a efetiva entrega jurisdicional.

O que se conclui, portanto, é que, apesar, de existir situações em que os requisitos da reversibilidade não é preenchido de modo específico, o juiz está autorizado a prover o pedido de tutela provisória satisfativa pleiteado, ainda que não esteja preenchido o requisitos da reversibilidade.

CONCLUSÃO

Com a previsão constitucional do prazo razoável na prestação jurisdicional, surge o compromisso do Estado de prestar ao processo maior efetividade em observância ainda ao direito fundamental de acesso à justiça. Sua importância destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados.

Como é cediço, o órgão jurisdicional ao examinar o preenchimento dos requisitos que ensejam o deferimento de uma tutela provisória realiza um conhecimento sumário da causa que fica restrito, tão somente, à observação daqueles pressupostos, sobretudo porque em regra o feito ainda será devidamente instruído e ao prolatar a decisão final o juiz terá realizado uma cognição exauriente da demanda, com aptidão para definitividade e capaz de levar segurança jurídica para o jurisdicionado.

Os princípios da celeridade e da duração razoável do processo devem ser aplicados concomitantemente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que o trâmite do processo não se estenda além do razoável, e tampouco se agilize a ponto de comprometer a ampla defesa e o contraditório, podendo implicar em prejuízos às partes.

Observou-se, por fim, que apesar de existirem tutelas provisórias satisfativas as quais não sejam reversíveis em espécie é possível que o Estado-juiz assegure o direito material pretendido, ainda que não seja possível a reversibilidade específica, mas apenas de mérito da decisão emanada. Neste contexto, a guisa de aprofundamento, talvez coubesse ao ordenamento jurídico ou a doutrina pátria devesse dar outro tratamento a situações em que é impossível a reversibilidade específica da tutela provisória satisfativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001..

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:** Tutelas Sumárias e de Urgência. São Paulo: Malheiros, 5. Ed, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1998. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 504, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm . Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 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: 19 nov. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Protagonismo Judiciário Responsável**, *in* Argumenta – UENP, n. 16, p. 83-97, Jacarezinho: Programa de Mestrado da UENP, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em:http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2014/11/PROF-MARINONI-DA-TUTELA-CAUTELAR-%C3%80-TUTELA-ANTECIPAT%C3%93RIA.pdf. Acesso em: 19 nov. 2019.

SILVA. Ovídio A. Baptista. **Processo cautelar**. 3. ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO A PARTIR DE DIFERENTES PERSPECTIVAS TEÓRICAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Victor Bambinetti Gonçalves[1]

Resumo: Compreende-se uma verdadeira cisão epistemológica na civilística contemporânea, sendo a relação entre direitos fundamentais e Direito Privado uma das principais questões adversas. Diante disso, o presente artigo tem como escopo construir um diálogo, a partir de perspectivas diferentes sobre o assunto, adotando como bases a doutrina de Daniel Sarmento e Otavio Luiz Rodrigues Junior. Para tanto, utilizar-se-á uma metodologia qualitativa, por meio de uma método dedutivo. Buscar-se-á, assim, contribuir para a discussão, demonstrando a importância teórica dos autores abordados.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito Privado. Diálogo.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea presencia uma verdadeira complexidade em suas relações sociais. Denota-se uma ascensão da globalização, emergindo comunidades supranacionais e uma gradativa facilidade na manifestação de contatos entre particulares, principalmente, por intermédio das consagradas redes sociais. Diante disso, o Direito reage, inclusive o Direito Privado, o qual deve se adaptar perante essas transformações na coletividade.

Por conseguinte, acentuam-se, também, os famigerados conflitos derivados do exercício da liberdade de expressão, aptos a provocar lesões aos direitos da personalidade e fundamentais. Desta feita, oportuno trazer à baila, por meio de uma metodologia qualitativa, uma reflexão sobre a relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, o que, inevitavelmente, remete para a interação entre a Constituição e o Código Civil.

Visando contribuir com a discussão, o artigo abordará as teorias produzidas por Daniel Sarmento e Otavio Luiz Rodrigues Junior, em decorrência da relevância de seus trabalhos na doutrina nacional, assim como a originalidade desses. Entretanto, cumpre frisar que não se pretende esgotar o assunto tratado pelos autores, até mesmo em razão da impossibilidade de expor teses extremamente desenvolvidas em um curto espaço como este.

Deste modo, será realizada, inicialmente, breves considerações a respeito dos direitos fundamentais na ordem constitucional vigente para, em seguida, ilustrar o estopim da discussão desta conexão entre direitos fundamentais e Direito Privado, isto é, o paradigmático “Caso Lüth”.

Posteriormente, passar-se-á, então, a exposição das teses dos mencionados autores, buscando construir um diálogo pertinente entre duas perspectivas divergentes, dessa forma, contribuindo com esta importante discussão para a epistemologia do Direito Civil. Anote-se, ainda, que não é também intenção do artigo firmar hipotéticas posições dos autores aqui tratados, mas traçar pontos comuns e complementares a partir de uma interpretação jurídica própria.

1. Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, em período de mobilidade internacional na Faculdade de Direito da Universidade do Porto – FDUP. E-mail: victor@fwjorge.com.br.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A sociedade pós-moderna presencia um gradual desenvolvimento de direitos fundamentais já consagrados, pelos quais é possível compreender uma maior proteção do indivíduo frente ao Estado. Contudo, nem sempre procedeu-se desta forma, passando tal valorização por um longevo caminho na dogmática jurídica (CAETANO, 1989, p. 311). São diversas as razões para seu surgimento, sobretudo, aquelas ligadas ao pensamento cristão e ao direito natural, não cabendo a este trabalho traçar todo seus aspecto histórico.

Porém, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais são oriundos de inúmeras reivindicações, emergindo, consoante leciona José Afonso da Silva, quando as condições materiais da comunidade propiciaram, conjugando-se com circunstâncias objetivas e subjetivas para a sua formulação (2005, p. 173). As situações objetivas são originárias da quebra de regime político entre a monarquia absoluta e a sociedade liberal burguesa, enquanto, por sua vez, as subjetivas consistiram nas fontes de inspiração filosófica. Porquanto, sucederam declarações solenes destes direitos, figurando, posteriormente, no preâmbulo de determinadas Constituições e, atualmente, no próprio texto normativo constitucional, tal qual ocorre com a Constituição Federal de 1988.

Tratam-se de direitos vinculados essencialmente à dignidade da pessoa humana, bem como à liberdade, conduzindo ao significado de universalidade inerente “como ideal da pessoa humana” (BONAVIDES, 2004, p. 562). São históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (SILVA, 2005, p. 181-182). Podem, ainda, enquadrarem-se nos direitos individuais, relacionados a nacionalidade, políticos, sociais, coletivos e solidários (Idem, Ibidem, p. 184).

Defini-los é tarefa árdua, não somente em decorrência da diversidade de sinônimos, mas também da flexibilidade intrínseca de cada ordenamento. Em outras palavras, o que pode ser considerado como fundamental no Brasil, não necessariamente será em Portugal. Todavia, ainda assim, é oportuno delimitar seu objeto, lhe concebendo uma fundamentabilidade formal e material.

Sustenta-se um direito fundamental formalmente a partir do texto constitucional, isto é, fundamental será aquele direito assim positivado na ordem constitucional, submetido, até mesmo, a limitações que possam impedir sua modificação, interpretação restritiva ou extinção. Por seu turno, embasa-se um direito fundamental materialmente a partir de seu grau valorativo como bem jurídico na coletividade específica, em resumo, sua relevância axiológica é acompanhada de uma hierarquia normativa. É este o sentido concedido ao conceito de direito fundamental que colhe-se da doutrina de Ingo Sarlet:

> Assim sendo, para que se possa fechar este item com um conceito de direitos fundamentais compatível com as peculiaridades da ordem constitucional brasileira, é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (2016, p. 327).

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais ganharam especial magnitude pela ascensão do Estado Social. A Constituição Mexicana de 1917 e a alemã da República de Weimar de 1919, representaram uma nova relação entre Estado e sociedade. Por

conseguinte, iniciava-se, dessa forma, um período de transformação social, auxiliado pelas políticas públicas (PIOVESAN, 2003, p. 29). Assim, o Estado, anteriormente predominantemente liberal, passava a adotar um modelo de "proibição de omissão" (CANOTILHO, 1994, p. 364), pelo qual deveria agir positivamente, objetivando a concretização dos direitos fundamentais.

Tal fenômeno é destacado no ordenamento pátrio, a partir da Constituição Federal de 1988, a qual agasalhou no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) um extenso rol de posições jurídicas expressamente designadas como fundamentais. Assumem um caráter multifuncional e heterogêneo, compreendidos em uma dimensão negativa e positiva, sendo "tanto direitos de defesa quanto direitos de prestação" (SARLET, 2007, p. 118).

2. O "CASO LÜTH": UM PARADIGMA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

O Direito alemão sempre teve fundamental importância para o desenvolvimento do Direito Privado no restante das comunidades jurídicas. A Escola Histórica, por exemplo, foi essencial para o aprimoramento da doutrina civilística do século XX, na Alemanha. Representada, sobretudo, por Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), tinha um programa que buscava fontes não estatais e não legislativas do Direito. Dessa forma, visando conceber a sociedade como um todo, sujeita a uma inevitável evolução histórica, consoante o *Volksgeist*, isto é, o espírito do povo (HESPANHA, 2012, p. 411). Em resumo, Savigny sempre lecionou características ligadas a métodos "históricos" e "sistemáticos", amadurecendo seu pensamento no decorrer de sua jornada (LARENZ, 1997, p. 18-19). Fato é que a sua doutrina obteve especial magnitude, influenciando a geração seguinte.

Exemplo disso é a Jurisprudência dos Conceitos, identificada, especialmente, por Rudolf Von Ihering (1818-1892) e Bernhard Windscheid (1817-1892). Essa, vem à tona com um método dedutivo de conceitos, exemplificado pela pirâmide de conceitos de Georg Friedrich Puchta (1798-1846), pela qual uma concepção deveria subsumir-se àquela superior (WIEACKER, 2004, p. 492). A partir disso, de igual forma, foi uma doutrina extremamente relevante para o desenvolvimento do Direito Privado. Em seguida, pode-se citar, ainda, a Jurisprudência dos Interesses[2] e a metodologia de Karl Larenz[3] como fundamentais na civilística alemã. Enfim, o ordenamento cível germânico rendeu muitos frutos aos privatistas pátrios e estrangeiros.

Tratando-se de direitos fundamentais, é possível identificar a Constituição de Weimar de 1919 como pioneira, tendo em vista que, antes disso, aqueles atuavam de modo meramente acessório ao Direito Privado na Alemanha (NEUNER, 2007, p. 217). Tal situação, deveras suspensa com a implantação do terceiro *Reich*, retornou com especial monta na constituinte de 1949, Lei Fundamental que colocou os direitos fundamentais e humanos no topo da Constituição, conforme interpreta-se do artigo 1º, nº 3, daquele diploma, o qual vincula todos os três poderes estatais aos direitos fundamentais.

Embora exista essa cristalina associação do Executivo, Legislativo e Judiciário perante os direitos fundamentais, o debate acadêmico e jurisprudencial em meados do século XX indagava-se a respeito do círculo dos destinatários daqueles, isto é, a quem

2. Tendo como Philipp Heck (1858-1943) seu principal representante.
3. Nesse sentido, cf: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ªed. Trad. José Lamego. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

podem, de fato, obrigar. Sua eficácia vertical era indubitável, mas restava a controversa no que tangia a eficácia horizontal, ou seja, entre relações envolvendo particulares.

Aspirando sanar essa questão, despontaram doutrinas clássicas, aperfeiçoadas, sobretudo, com Hans Carl Nipperdey e Günter Dürig. Esses arquitetaram postulados teóricos para a defesa da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais entre particulares, respectivamente. Pois bem, tal problemática foi acentuada com a paradigmática decisão no "Caso Lüth", envolvendo Erich Lüth e Veit Harlan.

Os anos 20 e 30, do século XX, estamparam uma época de ouro do cinema alemão, influenciando muito os jovens do período, bem como o círculo cultural de Weimar. Os governantes no Terceiro *Reich* compreendiam muito bem a situação, sendo notório a utilização da publicidade no regime, principalmente, por meio de Joseph Goebbels. O aproveitamento da cinematografia não foi diverso, consoante percebe-se do filme "O Judeu", de Veit Harlan, pelo qual era ilustrado, de modo translúcido, a ideologia nazista. Porém, com a queda de Hitler, inicia-se um "processo de desnazificação", abarcando, inclusive, aqueles cineastas propagadores do regime totalitário.

Veit Harlan foi levado a julgamento por crimes contra a humanidade, uma vez que havia dirigido "O Judeu", obra veementemente antissemita. Tratava-se de uma ação movida pela Associação de Vítimas do Regime Nazista, findando com a absolvição de Harlan pelos seguintes motivos: a) ausência de demonstração de culpa; b) não havia nexo causal entre a atividade do cineasta e o genocídio; c) Harlan tão somente obedeceu ordens de Goebbels (RODRIGUES JUNIOR, 2019, p. 244).

Considerando a absolvição, Veit Harlan tentou prosseguir sua carreira de cineasta, dirigindo, em 1950, o filme "Amada imortal", o que, ainda na fase de produção, chamou a atenção de Erich Lüth. Esse, era apontado como uma personalidade engajada na reconstrução da relação entre o povo alemão e judeu, não se conformando com a possibilidade de retorno da Harlan, motivo pelo qual liderou o boicote da mencionada obra, lhe classificando como um expoente do cinema nacional-socialista. Para tanto, proferiu um discurso, em 20 de setembro de 1950, na "Semana do Cinema Alemão".

Em razão disso, Lüth foi processado por *Herzog-Film GmbH* (distribuidora do filme) e *Domni-ck-Film-Produktion GmbH* (empresa do produtor), com fundamento no § 826 do BGB, dispositivo que concede a pretensão de exigir uma abstenção contra quem, por ato ofensivo à cláusula geral dos bons costumes, cause danos a outrem, sob pena de indenização (Idem, Ibidem, p. 245). Em suma, os demandantes queriam que Lüth deixasse de incentivar as pessoas a boicotarem o filme de Veit Harlan.

O responsável pelos protestos perdeu em primeira (*OLG Hamburg*) e em segunda instância (*HansOLR*), principalmente, sob o argumento de que sua conduta estava impedindo o exercício da atividade profissional de Harlan. Diante disso, não estando satisfeito, elaborou uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Alemão, com fundamento no artigo 5º, I, da LF/1949. Resumidamente, asseverava que teria exercido o direito fundamental de liberdade de expressão, motivo pelo qual não se poderia decidir o caso consoante as regras do Direito Civil, isto é, à luz do Direito Público, sua conduta seria plenamente admissível.

É nesta discussão que reside a possibilidade ou não da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que se buscava compreender se havia uma vinculação de Lüth e Harlan perante o direito fundamental da liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional acolheu a reclamação, entendendo que a decisão do *OLG Hamburg* violava o direito fundamental de Lüth. Para fins ilustrativos, transcreve-se a ementa do julgado:

> 1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado; na determinação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental corporifica-se uma ordem axiológica objetiva, que vale para todas as áreas do direito como uma decisão fundamental constitucional. 2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais se desenvolvem indiretamente através das normas jusprivadas. Ele toma principalmente determinações de caráter obrigatório e é realizável para o juiz principalmente por meio das cláusulas gerais. 3. O juiz cível pode violar os direitos fundamentais através da sentença (§ 90 BVerfGG) quando ele desconhece a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional examina nas decisões cíveis apenas a questão da violação dos direitos fundamentais, não em geral um erro jurídico. 4. Também normas civis podem ser consideradas "leis gerais" no sentido do art. 5, inc. 2 da Lei Fundamental e, dessa forma, restringir o direito fundamental à livre manifestação do pensamento. 5. As "leis gerais" precisam ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre manifestação da opinião para um Estado livre e democrático. 6. O direito fundamental do art. 5 da GG tutela não apenas a exteriorização da opinião em si, mas também o efeito espiritual através da manifestação do pensamento. 7. A manifestação da opinião, que contém uma exortação ao boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 BGB; ela pode ser justificada, na ponderação de todas as circunstâncias do caso, através da liberdade de manifestação de opinião.

Assim, o Tribunal Constitucional Alemão consagrou conceitos como “ordem objetiva de valores” e “efeitos de irradiação”, os quais serviram de base para a decisão. Tais conceitos são baseados, de certo modo, na doutrina de Günter Dürig (1920-1996), um dos principais representantes da corrente da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Os direitos fundamentais seriam uma espécie de representante desta ordem de valores, vinculando os três poderes. Em virtude de fazer parte do ordenamento, o Direito Civil também seria atingido por aqueles, através de normas próprias (Idem, Ibidem, p. 253). Assim, esses valores entrariam no Direito Civil pelas cláusulas gerais, por exemplo. Neste contexto, caberia ao Judiciário definir quais valores mostravam-se pertinentes, devendo extrair seu conteúdo das concepções axiológicas de um povo no momento histórico em que se fixaram na Lei Fundamental (Idem, Ibidem, p. 254). Assumidas tais premissas, seria possível uma modificação do Direito Civil, isto é, de acordo com o desenvolvimento jurisprudencial (CANARIS, 2003, p. 132). Então, derivaria desta dimensão objetiva a irradiação dos direitos fundamentais no Direito Privado, cabendo ao Judiciário decidir quando isso seria possível.

Segundo o Tribunal Constitucional, a eficácia dos direitos fundamentais era necessária no caso Lüth, bem como concebível, em razão desta ordem objetiva de valores e sua consequente irradiação. Para tanto, argumentou que: a) Lüth não agiu com propósitos econômicos, mas sim para contribuir com a opinião pública; b) a liberdade de expressão deve-se presumir legítima quando voltada para um debate em torno de ideias essenciais para a opinião pública; c) Lüth agiu para demonstrar ao mundo que o povo alemão teria adotado uma nova ordem de valores (RODRIGUES JUNIOR, 2019, p. 257).

Com essa decisão, restou consagrado na jurisprudência e também na doutrina alemã, a tese que defende a eficácia indireta dos direitos fundamentais. Não obstante, no Brasil, grande parte da doutrina identifica na Alemanha uma eficácia direta, utilizando como argumento para defendê-la no ordenamento pátrio. Essa interpretação, muito provavelmente, decorre de uma má compreensão da obra “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, de Claus-Wilhelm Canaris.

Para perceber isso, faz-se mister levar em conta que existe a vinculação dos sujeitos de direito privado e a vinculação do legislador ao Direito Privado (SINGER, 2007, p. 331). De fato, Canaris admite que o Legislador esteja vinculado perante os direitos fundamentais na construção do Direito Privado (2003, p. 129). Trata-se de uma vinculação imediata, assim como ocorre com o Executivo e Judiciário.

Entretanto, situação diversa ocorre nos casos envolvendo somente sujeitos de Direito Privado. Leciona Canaris que, em princípio, somente o Estado e seus órgãos estão vinculados diretamente, mas não os particulares. Assim, em regra, apenas atos estatais estariam sujeitos ao controle de direitos fundamentais, deixando de fora aqueles puramente privados advindos de negócios jurídicos (Idem, Ibidem, p. 55). Nesse sentido, esclarece:

> Destinatários das normas sobre direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos do direito privado. É certo que são possíveis excepções, como mostra sobretudo o artigo 9, nº 3, 2ª fase, da LF, mas estas requerem, contrariamente à teoria da "eficácia imediata em relação a terceiros", uma fundamentação especial, que apenas muito raramente se consegue encontrar [...]. Em conformidade, só deveria falar-se de "eficácia imediata em relação a terceiros" se os direitos fundamentais se dirigem contra sujeitos de direito privado como destinatários da norma, como no caso do artigo 9, nº 3, 2ª fase da LF, ou quando se defende uma correspondente concepção dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 1º, nº 3, da LF, para as normas do direito privado e para a sua aplicação e desenvolvimento, nada tem a ver com "eficacia imediata em relação a terceiros. (Idem, Ibide, p. 133).

A eficácia jurídico-privada direta dos direitos fundamentais suprimiria a diferenciação categorial entre Estado e sociedade, sendo possível assimilar da Lei Fundamental somente uma eficácia indireta (NEUNER, 2007, 226). Outrossim, Canaris cita como argumento a dificuldade prática da implantação desta teoria, visto que a maioria dos efeitos jurídicos resultantes de contratos, por exemplo, seriam afastado logo por interpretação, ante sua insustentabilidade clara (2003, p. 54).

Portanto, depreende-se que há, na Alemanha, um consenso sobre a admissibilidade da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, principalmente, no que se refere aos "deveres de proteção" (NEUNER, 2007, p. 235). A vinculação direta decorrente da Lei Fundamental é aquela relativa aos três poderes, no que tange a construção e desenvolvimento do Direito Privado.

O "Caso Lüth" pode ser considerado paradigma, não só porque fixou a tese de eficácia indireta dos direitos fundamentais, mas também porque notabilizou conceitos como "ordem objetiva de valores" e "irradiação de direitos fundamentais", visando justificar quando poderia ocorrer a vinculação entre particulares. Tais postulados deram origem a discussões na doutrina, inclusive gerandro críticas do próprio Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 47-48).

Ademais, esse debate irradiou-se para os países influenciados pelo Direito Privado alemão, tal qual o Brasil. Aqui, ganhou força, principalmente, por intermédio do neoconstitucionalismo e, por conseguinte, da metodologia civil-constitucional, sendo hoje, majoritária na doutrina, a posição relativa a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.[4] Diante disso, mostra-se oportuno tentar traçar um diálogo

4. Nesse sentido, cf: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl, 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015 (a mais completa obra sobre o tema em língua portuguesa com ênfase na doutrina alemã, a qual o autor tem acesso diretamente); FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos,*

entre autores que, com seriedade e originalidade, defendem posições divergentes no cenário atual.

3. A DIVERSA PERSPECTIVA SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO BRASIL

Antes de adentrar a análise dos autores selecionados, cumpre ressaltar duas premissas: a) os autores não foram escolhidos de modo totalmente arbitrário, mas, sim, em decorrência da relevância doutrinária daqueles neste campo de estudo; b) não é finalidade deste artigo formular uma resenha ou uma completa exposição do pensamento dos autores, ante sua inviabilidade. Objetiva-se, com isso, expor de forma didática os principais postulados daqueles.

Alerte-se, ainda, que se trata de uma interpretação exclusiva do responsável pelo presente artigo, razão pela qual assume integral responsabilidade por qualquer reprodução errônea do pensamento de Daniel Sarmento e Otavio Luiz Rodrigues Junior.

3.1 DANIEL SARMENTO: TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

"Direitos Fundamentais e relações privadas" foi a obra de Daniel Sarmento concebida como referência para o presente estudo. Fruto de sua tese de doutorado, defendida em 2003, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), enfrenta com propriedade a problemática, sendo, ainda, de um "pioneirismo inegável" (SILVA, 2005, p. 174).

Daniel Sarmento é um dos representantes no país da metodologia civil-constitucional, enxergando na constitucionalização do Direito Privado uma forma de colaborar com a emancipação dos hipossuficientes nas relações sociais. Defende, então, a plena normatividade dos princípios e postulados constitucionais no ordenamento civil, por intermédio de uma permanente releitura, objetivando pugnar pela humanização das relações privadas (SARMENTO, 2003, p. 297). Essa questão de hipossuficiência, isto é, de assimetria na sociedade brasileira, torna-se fundamental para a construção de sua doutrina (SILVA, 2005, p. 176).

Segundo o autor, em uma sociedade contemporânea, a opressão não advém apenas do Estado, mas também de atores privados, existentes em esferas como mercado, família, sociedade civil e até mesmo no ramo empresarial (SARMENTO,

---

transformações e fim Renovar: Rio de Janeiro, 2014 (com uma síntese teórica dos princi¬ pais postulados do Direito Civil-Constitucional); SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*...cit.; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas...*cit.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 (coletânea de textos, alguns dos quais não adotam a teoria da eficácia direta); FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Revista de Direito do Estado*: RDE, no 2, p. 37¬53, abr./jun., 2006; TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas? *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, no 341, p. 11¬26, mar. 2006; MENDES, Gilmar Ferreira. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores*...cit.; VALE, André Rufino do. *Éficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*...cit; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a* direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*...2000...cit; 1999; LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil*...1999; BODIN DE MORAES TEPEDINO, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v.17, no 65, p. 21¬32, jul./set., 1993.

GOMES, 2011, p. 61). Tal fator seria ainda mais presente em comunidades com uma forte assimetria, como a brasileira. Visando conter esta problemática, a Constituição Federal de 1988 consagrou um Estado Social, com a intenção de promover uma igualdade substantiva, figurando os direitos fundamentais como essenciais para tanto. Diante disso, restaria adotado no ordenamento vigente a teoria da vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse sentido, leciona Daniel Sarmento:

> No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é induvidoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g. direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (2004, p. 350).

Ademais, o ordenamento constitucional vigente consagra inúmeros direitos fundamentais voltados exclusivamente contra particulares, tais quais os sociais do artigo 7º da Carta Magna. Acrescente-se, também, a inexistência no texto daquela de qualquer elemento que indique a vinculação direta somente no que tange aos poderes públicos. Por fim, a irrefragável assimetria na sociedade brasileira conduz para uma maior proteção, mesmo quando relativa a autonomia privada. Assim, a Constituição Federal de 1988 “favorece muito mais as interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada [...]” (SARMENTO, GOMES, 2011, p. 83).

Daniel Sarmento admite essa vinculação direta dos direitos fundamentais não somente aos casos de abstenção dos particulares, mas também a dimensão prestacional daqueles. Exemplo neste sentido é percebido na função social da propriedade, pela qual se justifica o reconhecimento de deveres do proprietário conectados à promoção de interesses transindividuais (SARMENTO, 2004, 353).

A partir desta questão, o autor não almeja dizer que a autonomia privada será sempre limitada pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Na verdade, deverá haver uma ponderação, levando em conta critérios referentes ao posicionamento das partes (simétrico/assimétrico), bem como aqueles relativos à natureza dos bens (patrimonial/existencial).

A respeito do primeiro critério, Daniel Sarmento elenca como premissa a igualdade material entre os sujeitos. Desta forma, quanto maior for a igualdade fática entre os envolvidos, maior deverá ser a defesa da autonomia privada. De outro norte, quanto maior for a assimetria relativa a igualdade fática, mais incisiva deverá ser a aplicação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, restrição da autonomia privada (Idem, Ibidem, p. 303-304). Dessarte, o recaimento dos direitos fundamentais deverá ser na mesma proporção que a desigualdade fática dos envolvidos, assim, anulando o desnivelamento vigente entre os particulares. Anote-se, entretanto, que “mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável” (Idem, Ibidem, p. 351).

No que tange ao segundo critério, o constitucionalista confirma as premissas da metodologia civil-constitucional. Ora, havendo controvérsia abrangendo questões existenciais das partes, em virtude do exercício da autonomia privada, deverá prevalecer o direito fundamental em causa, de forma a proteger o sujeito (Idem, Ibidem, p. 308-309). Trata-se de uma despatrimonialização, valorizando o “ser” e não o “ter”, nos moldes do Direito Civil Constitucional. Por outro lado, segundo Sarmento, estando em jogo bens

considerados “supérfluos” para a vida humana, a valorização da autonomia privada se alargará (Idem, Ibidem, p. 351).

Portanto, na aplicação do direito infraconstitucional, inclusive aquele envolvendo somente particulares, o Judiciário precisará perseguir valores constitucionais, os quais detém seu eixo central nos direitos fundamentais (SARMENTO, GOMES, 2011, p. 88). Tal premissa, não rejeita a autonomia privada, devendo ser considerado para fins de ponderação e previsibilidade, critérios de desigualdade entre particulares e elementos relativos a natureza dos bens em jogo.

Dessa forma, Daniel Sarmento fixa sua doutrina em defesa da vinculação direta dos particulares perante os direitos fundamentais.

3.2 OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR: UMA PROPOSTA DE EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, Otavio Luiz Rodrigues Junior é, sem dúvidas, um dos principais civilistas no país atualmente. Com pesquisas relativas a Teoria Geral do Direito Civil, o professor da Universidade de São Paulo já produziu valorosa obra a respeito da preservação epistemológica do Direito Civil, buscando delimitar seu estatuto em face de uma metodologia civil-constitucional.[5] A obra utilizada como base para destacar os aspectos gerais de sua doutrina acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi “Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais”.

Nessa, o autor é claro ao se posicionar mais favorável a tese de Günter Dürig, com determinadas modificações, isto é, adota como legítima no Direito Civil pátrio a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na modalidade “fraca”. Essa versão, admitiria hipóteses excepcionais de vinculação direta de determinados direitos fundamentais (RODRIGUES JUNIOR, 2019, p. 333).

Na construção de sua tese, Otavio Luiz Rodrigues Junior adota duas premissas indubitáveis, quais sejam: a) impossibilidade de retorno às funções clássicas do Estado; b) irradiação dos direitos fundamentais no Direito Privado (Idem, Ibidem, p. 310). A partir disso, quer-se dizer que há uma constante politização do Judiciário, assumindo assuntos antes nunca tratados, bem como uma nova relação entre a Constituição e o Direito Civil. Tais axiomas, devem ser considerados para analisar a teoria a respeito dos direitos fundamentais no ordenamento privado brasileiro.

Assumidos esses postulados, passa a fundamentar sua tese, refutando logo de início, o eventual fundamento constitucional da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Conforme o autor, estaria ocorrendo uma confusão entre “aplicabilidade” e “eficácia”, tratando o mencionado dispositivo constitucional do primeiro termo (Idem, Ibidem, p. 312). Dessa forma, não seria possível traduzir daquele uma teoria semelhante a de Hans Carl Nipperdey.

Em seguida, frisa a natureza tendencialmente abstrata das normas de direito fundamental (Idem, Ibidem, p. 313). Essas, possuem um grau de abstração, em regra, maior que aquelas consagradas no direito ordinário. Diante disso, uma vinculação imediata, sem a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil, degradaria a

5. Nesse sentido, cf: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In Meritum. v. 5. n.2. jul-dez. Belo Horizonte. 2010, p. 13-52.

Constituição e ignoraria os espaços de conformação do legislador ordinário, assim como dos particulares (Idem, Ibidem, p. 313). Em outras palavras, colocar-se-ia o legislador de lado, em troca de uma constante ponderação judicial. Dessarte, deve-se valorizar uma concretização dos direitos fundamentais na legislação infraconstitucional, evitando as incertezas decorrentes do caráter genérico dos preceitos constitucionais (Idem, Ibidem, p. 314).

Por conseguinte, abre-se a possibilidade de uma filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil e, consequentemente, permite-se a preservação do espaço democrático, previsibilidade do Direito e restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o Judiciário (Idem, Ibidem, p. 315). Através disso, não se pretende dizer que o magistrado não possa interferir no negócio jurídico entabulado entre as partes, afinal, é notório que sofrem limitações em maior ou menor intensidade, de acordo com o diploma legal. Mas, de outro norte, objetiva-se preservar o âmbito de competência do Direito Civil para tanto, visto que esse é "adaptado historicamente a compreender o modo de funcionamento muita vez errático, irracional e entrópico da atividade negocial" (Idem, Ibidem, p. 317).

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas dar-se-ia de modo indireto, não somente a partir das cláusulas gerais, mas também, eventualmente, por intermédio de uma norma objetiva de caráter fechado (Idem, Ibidem, p. 318). Trata-se de um "meio de civilização do direito fundamental" (Idem, Ibidem, p. 318).

Ademais, o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais tem o condão de preservar a autonomia metodológica e epistemológica do Direito Civil. Em razão de seus postulados, obriga o sistema do Direito Privado a construir soluções próprias para os problemas internos (Idem, Ibidem, p. 321). Assim, compreende-se resoluções intrassistemáticas, colaborando para o desenvolvimento epistemológico da civilística, renovando e aprimorando seus institutos às novas adversidades.

Não obstante, Otavio Luiz Rodrigues Junior admite a eficácia direta residual e excepcional. Exemplos disso, são os direitos de reunião (art. 5, XVI, da CF/1988), associação (art. 5, XVII, da CF/1988) e o direito fundamental de resposta proporcional a ofensa (art. 5, V, da CF/ 1988). No mesmo norte, acrescente-se os direitos sociais, como as férias, gratificações natalinas e licença-maternidade (Idem, Ibidem, p. 324). Enfim, tratam-se de direitos exclusivamente privados.

Outra hipótese de abandono da eficácia mediata seriam os casos de omissão legislativa. Ora, mesmo com a utilização de cláusulas gerais, denotar-se-ia a impossibilidade de realização dos direitos fundamentais. Deste modo, aplicar-se-ia, então, a proibição de insuficiência, desenvolvida por Canaris (Idem, Ibidem, p. 328), desenvolvendo uma forma de correção interna do sistema.

Dessarte, Otavio Luiz Rodrigues Junior adota um modelo fraco da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que assume duas ressalvas. Ainda assim, por meio dessa, estaria reconhecido a automomia do Direito Privado, utilizando "fatores de correção internos" (Idem, Ibidem p. 328). A partir disso, recusa-se apelações externas, eivadas de solipsismos.

3.3 BUSCANDO UM BREVE DIÁLOGO ENTRE PERSPECTIVAS DIVERGENTES

Assumiu-se um desafio com a formulação do presente escrito, isto é, tentar construir um breve diálogo entre posições divergentes na doutrina hodierna, isto é, retirar pontos de comum interesse entre a teoria que defende a eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares e aquela representante da eficácia indireta. Para tanto,

restou selecionado dois autores essenciais, com trabalhos formidáveis sobre o tema, de relevância notoriamente nacional. Daniel Sarmento, advoga a posição originalmente aprimorada por Hans Carl Nipperdey, enquanto Otavio Luiz Rodrigues Junior aquela, sobretudo, formulada por Günter Dürig.

O constitucionalista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro é, de forma irrefragável, influenciado pela metodologia civil-constitucional. Em virtude disso, mostra-se preocupado com a necessidade da "humanização" do Direito Civil, razão pela qual, em sua tese, aperfeiçoa com pontual originalidade critérios de assimetria entre as partes e natureza dos bens discutidos no celeuma jurídico. Assim, encontra os principais fundamentos para a eficácia imediata nos valores constitucionais, os quais devem promover a igualdade material.

Por seu turno, o privatista da Universidade de São Paulo tem como maior preocupação a preservação epistemológica do Direito Civil. Essa invasão constitucional indiscriminada no âmbito privado teria o condão de banalizar direitos fundamentais e abandonar métodos hermenêuticos clássicos da civilística, em troca de uma ponderação acompanhada de argumentos retóricos. Todavia, não nega essa relação entre a Constituição e o Código Civil, motivo que lhe leva a adotar um modelo fraco da eficácia indireta dos direitos fundamentais.

Depreende-se, de um modo geral, que Daniel Sarmento está preocupado com a real concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas, enquanto Otavio Luiz Rodrigues Junior demonstra valorizar os caminhos metodológicos e epistemológicos para legitimar a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja de modo direto ou indireto.

Com efeito, percebe-se uma eventual complementariedade entre as teses. Ora, evidente que com isso não se quer dizer que as doutrinas se confundem, afinal, divergem na base adotada. Além disso, de forma alguma almeja-se concluir por cima daqueles escolhidos para o desenvolvimento do trabalho. Portanto, vale frisar, trata-se de tentar construir um diálogo, aproveitando eventuais pontos que, ao menos a partir de uma interpretação própria, podem ser comuns ou complementares.

Nesse sentido, vale ressaltar que o privatista do Largo de São Francisco reconhece a invocação dos direitos fundamentais por um particular presente na lide com outro particular de evidente poder econômico, isto é, aqueles grandes conglomerados industriais e comerciais (Idem, Ibidem, p. 326). Embora defenda isso a partir de uma teoria indireta dos direitos fundamentais, cabe indagar a respeito da possível relação com o critério de assimetria entre as partes formulado por Daniel Sarmento (2004, p. 303-304).

Assumindo a eficácia de um direito fundamental nesta situação, como deveria proceder o exame concreto do magistrado? Certamente por intermédio de uma ponderação, contudo, seria possível uma maior incidência do direito fundamental em virtude da assimetria presente entre as partes? Daniel Sarmento apresenta critério para tanto, complementando um ponto que, de um modo geral, é comum entre os autores.

Outrossim, o fator de correção interna formulado por Otavio Luiz Rodrigues Junior também pode ser adicional. Afinal, é possível, a partir dos métodos clássicos de hermenêutica e recursos extrassistemáticos, colaborar para a fundamentação uma maior incidência dos direitos fundamentais em conflitos existenciais. A função social do contrato é exemplo disso, sendo desnecessário apelar para elementos externos e ideológicos, visto que derivado diretamente do Código Civil.

Embora tenha formulado critérios relativos a averiguação da incidência dos direitos fundamentais envolvendo particulares em casos de assimetria ou presença de bens

existenciais, a doutrina de Daniel Sarmento não chega ao ponto de exaurir o tema quanto aos demais casos, isto é, quando é indubitável a simetria, tratando-se de questão puramente patrimonial. Nestes casos, poderá a metodologia desenvolvida por Otavio Luiz Rodrigues Junior contribuir, como, por exemplo, através da utilização de cláusulas gerias ou outras normas do Código Civil hábeis em permitir a entrada dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Denota-se que os meios metodológicos, com o intuito de preservar o estatuto epistemológico do Direito Civil, acaba até mesmo por colaborar para uma eventual tese de vinculação direta dos direitos fundamentais. Ora, aparentemente, uma das principais razões para se contestar a teoria direta dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio é a vicissitude epistemológica.

Além disso, mesmo adotando uma teoria da eficácia indireta, o próprio Otavio Luiz Rodrigues Junior admite ocasiões nas quais deverá haver uma vinculação dos particulares diretamente, isto é, naqueles direitos essencialmente privados, sendo, tal fato, utilizado como argumento para defender a adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento vigente.

A tese de vinculação direta entre os particulares está intrinsecamente relacionada com a questão da constitucionalização do Direito Civil. Sobre isso, destaca-se as máculas epistemológicas que muito podem concorrer com as divergências aqui apresentadas. Nesse sentido, Canotilho aponta flagelos relacionados a interpretação do direito privado em conformidade com a Constituição, aplicação jurídica imediata dos direitos fundamentais pelo juiz e também a articulação da observância dos direitos fundamentais com a ordem pública (2001; p. 114-115).

Disso, compreende-se que, apesar de seguir caminhos diferentes, pode-se perceber eventuais compreensões, sobretudo na forma que o Direito Constitucional poderá entrar no campo do Direito Civil. Ora, a humanização das relações particulares é digna, mas precisa de técnicas e fundamentos suficientes para lá chegar, sendo o diálogo um primeiro passo formidável para tanto.

Pois bem, o presente artigo trouxe à baila perspectivas completamente divergentes na doutrina, razão pela qual tona-se moroso e, até mesmo perigoso, traçar um diálogo mais abrangente. Ainda assim, é plausível retirar contribuições que, eventualmente, podem se encontrar na defesa dos direitos fundamentais no ordenamento privado brasileiro.

CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais assumiram um papel extremamente relevante com a ascensão do Estado Social. Afinal, com a consagração de um dever prestacional por parte daquele, muitas adversidades decorreriam, provocando a indagação sobre o real impacto de direitos e garantias essenciais para o indivíduo, de forma a forçar a busca por meios para corroborar sua concretização.

O notório “Caso Lüth” fez crescer na doutrina civilísta a discussão acerca da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado. Tendo em vista as premissas construídas especialmente por Hans Carl Nipperdey e Günter Dürig, o Tribunal Constitucional Alemão adotou, naquela ocasião, uma espécie de eficácia indireta, a partir de uma ordem objetiva de valores e efeitos de irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento civil.

No Brasil, a discussão ganhou força após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo, em virtude do amplo rol de direitos fundamentais expressamente

previstos. Diante disso, a doutrina dividiu-se, sendo aquela que defende a eficácia direta dos direitos fundamentais majoritária hodiernamente.

Não obstante, o presente artigo destacou as teses de Daniel Sarmento e Otavio Luiz Rodrigues Junior sobre a questão, lhes ilustrando, principalmente, devido a originalidade e desenvolvimento das clássicas teorias derivadas da doutrina alemã. O constitucionalista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro formula critérios de assimetria e natureza dos bens jurídicos envolvidos. Por seu turno, o privatista da Universidade de São Paulo advoga a preservação da autonomia do Direito Privado, admitindo casos excepcionais da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Deveras divergentes, as teses possuem pontos de encontro, inclusive podendo, mormente no que se refere a conteúdos metodológicas, complementarem-se. O critério de assimetria e o fator de correção interna desenvolvido pelos autores, poderiam ser aplicados em ambas, com devidas adaptações.

Portanto, adotando tais bases teóricas, mesmo admitindo que a tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada possa ser objeto de variadas leituras e, por conseguinte, de inúmeras propostas de superação, é viável depreender que o confronto e diálogo entre diferentes concepções teóricas aprimoram o modo de interpretar o problema epistemológico existente. Destarte, compreende-se que este breve artigo cumpriu com sua finalidade, isto é, fomentar o estudo da vicissitude epistemológica, utilizando, para tanto, a tentativa de uma construção de um diálogo entre perspectivas divergentes sobre a relação entre direitos fundamentais e Direito Privado no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo. Malheiros. 2004;

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ªed. Coimbra. Almedina. 1989;

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra. Almedina. 2003;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra. Coimbra Editora. 1994;

GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo. Malheiros. 2011;

HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. Coimbra. Almedina. 2012;

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997;

MONTEIRO; António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (orgs). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra. Almedina. 2007;

PIOVESAN, Flavia. Proteção Judicial contra omissões legislativas: *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003;

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro. Forense. 2019;

_____. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *In Meritum*. v. 5. n.2. jul-dez. Belo Horizonte. 2010, p. 13-52;

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *In Revista da EMERJ*, n.23, v.6. Rio de Janeiro. 2003, p. 272-297;

_____. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2004;

_____, GOMES, Fabio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares: O caso das relações de trabalho. *In Revista TST*. V.77. n. 4. Out/dez. 2011, p. 60-101;

SARLET, Ingol Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva Educação. 2016;

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2018;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo. Malheiros. 2005;

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. *In Revista Direito GV*, n.1,v.1. São Paulo. 2005, p. 173-180;

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.

A TRIBUTAÇÃO DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS E O TEMA 32 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

William Holz[1]
Lucas Rafael Gonçalves Corrêa Cidral[2]

Resumo: O objetivo deste artigo é demonstrar a tributação de entidades sem fins lucrativos com base no tema 32 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. O método científico utilizado foi o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental através da apresentação de jurisprudências para contribuir com o debate da matéria. Atualmente, as entidades sem fins lucrativos não possuem segurança jurídica para aplicação de imunidade ou isenção quanto aos tributos incidentes em suas atividades, visto que o entendimento da Receita Federal é no sentido de que para que sejam concedidas as isenções ou imunidades, essas entidades devem respeitar os requisitos dispostos nas Leis Ordinárias vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, foram analisados os entendimentos dos principais tribunais pátrios e também o julgamento do tema 32 do Supremo Tribunal Federal, os quais determinam que as entidades sem fins lucrativos devem respeitar apenas os requisitos de Lei Complementar para usufruir da imunidade ou isenção tributária.

Palavras-chave: Entidades sem fins lucrativos. Imunidade e Isenção Tributária. Lei Complementar. Lei Ordinária. Tema 32 do STF.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal resguardou as entidades sem fins lucrativos e de assistência social da competência tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estando vedada a tributação daquelas que atendam aos requisitos especificados em lei.

Entretanto, a tributação das entidades sem fins lucrativos não é assunto pacificado no âmbito administrativo e no Poder Judiciário, porque, apesar do Tema 32 do Supremo Tribunal Federal determinar que resta reservada à Lei Complementar competência para instituir requisitos à concessão de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social, muitos Municípios e Estados requerem o cumprimento dos requisitos dispostos na Lei Ordinária nº 12.101/09.

A referida Lei Ordinária dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social que é chamada de CEBAS[3].

Outrossim, diversas leis municipais e estaduais reproduzem a redação disposta na Lei nº 12.101/09 para firmar os requisitos da imunidade tributária.

Desta feita, mesmo tendo a Corte Superior reservado à Lei Complementar, no caso o Código Tributário Nacional, a competência para dispor sobre os requisitos legais para a concessão de imunidade, em inúmeras situações – tanto administrativas, quanto judiciais – são requeridas a certificação administrativa CEBAS das entidades sem fins lucrativos.

1. Advogado. E-mail: williamholz@wholz.com.br.
2. Advogado. E-mail: lucas@wholz.com.br.
3. MDS. Ministério da Cidadania. **Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social** – CEBAS. Brasília. 2017. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/entidade-de-assistencia-social/certificacao-de-entidades-beneficentes-de-assistencia-social-cebas>. Acesso em: 15 nov. 19: "A certificação, concedida às organizações e organizações da assistência social, é um instrumento que possibilita a organização usufruir da isenção das contribuições sociais, tais como a parte patronal da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Contribuição PIS/PASEP, permite ainda a priorização na celebração de contratualização/convênios com o poder público, entre outros benefícios".

Essa divergência causa extrema insegurança jurídica e dificulta que as entidades atinjam o fim social para o qual foram criadas.

1. DIFERENÇA ENTRE IMUNIDADE E ISENÇÃO

Inicialmente, necessário diferenciar a imunidade da isenção. Imunidade é uma limitação ao poder de tributar veiculada por meio de norma constitucional, já a isenção é a mera exclusão da tributação. Isenções podem estar dispostas em Lei Ordinária, diferente da imunidade, que é originalmente constituída pela Constituição Federal.

A imunidade, como limitação constitucional ao poder de tributar, inibe que aconteça a relação jurídico-tributária, ou seja, sequer ocorre a incidência do imposto. Doutro modo, a isenção pode ser uma não incidência qualificada por lei ou uma norma que dispense o pagamento do tributo. Isto é, pode ocorrer o fato gerador do tributo, mas uma determinada norma pode dispensar o seu pagamento.

Sobre tal diferenciação, Barbosa (1996, p. 04) ensina que:

> A imunidade é uma limitação à competência de instituir tributos, e somente pode provir de um dispositivo previsto na Constituição Federal. A imunidade não é apenas uma dispensa da cobrança de um imposto, mas é uma proibição para o legislador, que não pode instituir imposto sobre fatos imunizados. Em outro plano estão as isenções fiscais, estas, sim, uma espécie de renúncia fiscal. O Estado pode tributar, mas renuncia a tanto, em função de razões específicas. As imunidades constam da Constituição; as isenções são concedidas em lei ordinária, constituindo uma dispensa do pagamento do tributo devido, ou, como declara o artigo 175, inciso I, do Código Tributário Nacional, uma exclusão do crédito tributário, uma parte liberada dentro do cambo de incidência, que poderá ser aumentada, diminuída ou suprimida pela lei ordinária.

Ademais, a isenção de determinado tributo pode ocorrer por tempo determinado ou indeterminado, possibilitando o estabelecimento de condições para que ocorra. Ainda, a isenção poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo por lei. A imunidade, por sua vez, só poderá ser alterada ou revogada por Emenda à Constituição.

O presente estudo traz à baila os artigos 150, VI, “c” e 195, §7º, ambos, da Constituição Federal, que tratam das imunidades para entidades sem fins lucrativos.

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> VI - instituir impostos sobre: (vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
> c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
> [...]
> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
> § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A redação do artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal dispõe categoricamente sobre a imunidade de impostos para instituições de assistência social, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos previstos em lei. Desse modo, ao longo de todo o trabalho, será evidenciada, através da hierarquia das normas e das disposições na Carta

Magna, a aplicação de normas unicamente provenientes de Lei Complementar para instituir limitações ao proveito de imunidades constitucionais.

Apesar da redação do 195, §7º, da Constituição Federal dispor sobre isenção de contribuição social para entidades beneficentes, trata-se, a bem da verdade, de um tipo de imunidade de contribuições sociais para a seguridade social. A redação encontra-se equivocada, conforme já sedimentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 221929:

> Ementa: Mandado de Segurança – Contribuição Previdenciária – Quota Patronal – Entidade de Fins Assistenciais, Filantrópicos e Educacionais – Imunidade (CF, art. 195 § 7º) – Recurso Conhecido e Provido. - A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social – e por também atender, de modo integral, às exigências estabelecidas em lei – tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social - A cláusula inscrita no art. 195 § 7º da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social -, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.
> Precedente: RTJ 137/965
> - Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional -, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195 § 7º, da Carta Política, para, em função da exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo. (STF, 1996, *on-line*).

A doutrina segue o mesmo entendimento entabulado pelo STF, conforme destaca Paulsen (2019, p.111):

> É importante considerar que, embora haja referência, no texto constitucional, à isenção e à não incidência, trata-se de imunidades inconfundíveis com desonerações infraconstitucionais. Elevadas a normas constitucionais proibitivas de tributação, deixam de ser simples isenções ou não incidências, assumindo verdadeiro caráter de imunidade.

Em sequência, Paulsen (2019, p. 112) diferencia, didaticamente, isenção de imunidade.

> Tecnicamente falando, a isenção é benefício fiscal que pressupõe a existência da competência tributária e seu exercício. Tendo sido instituído determinado tributo, surge a isenção como um modo de desonerar determinado contribuinte ou operação. A isenção tem como fonte a lei, tal qual a norma instituidora do tributo. A não incidência, por sua vez, é simples consequência do fato de determinada situação não se enquadrar na hipótese de incidência (também chamada regra matriz de incidência tributária). Por vezes, contudo, o legislador torna expressa a não incidência, modelando ou restringindo a própria norma de incidência.
> Por se tratar de normas de competência, ainda que negativas, as imunidades têm foro exclusivo na Constituição, são *numerus clausus*.

Destarte, vislumbra-se que isenção e imunidade não são sinônimos. Cada benefício gera efeitos práticos diversos e seus requisitos diferem, como assinalado pelo Pretório Excelso e pela doutrina.

2. DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA 32

Superadas as dúvidas sobre a isenção e a imunidade tributária, mister apresentar, pelo menos em síntese, o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566622 (Tema 32), em relação à espécie legislativa competente para firmar tais requisitos.

O Tema 32 do STF - *Leading Case*: RE 566622 – teve origem com a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.036, ajuizada pela Confederação Nacional da Saúde, Hospitais Estabelecimentos e Serviços contra o art. 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, III da Lei 8.212/1991 e acrescentou-lhe os parágrafos 3º, 4º e 5º; bem como contra os arts. 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732/1998, alegando que essas normas restringiriam o conceito de entidade beneficente de assistência social.

Neste ponto, a Confederação requerente afirmou que, por se tratar de limitação ao poder de tributar, a normatização do benefício concedido às entidades beneficentes estaria sob a reserva de lei complementar.

No que se refere à inconstitucionalidade material, apontou a violação aos artigos 195, § 7º, 196, 197, § 6º, 199, *caput*, § 1º, 203 e 204, todos da Carta Magna.

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
> [...]
> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
> § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
> [...]
> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
> I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas

> às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
> II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Sustentou que os artigos arrolados confundem os conceitos de beneficência e filantropia, bem como, que a imunidade prevista no art. 197, § 7º, da Constituição aplica-se às entidades que atuem em benefício de outrem (beneficentes), bastando se tratar de entidade sem fins lucrativos, não se exigindo, desta feita, que a entidade seja filantrópica para reconhecimento da imunidade.

No acórdão da votação do Tema 32 de Repercussão Geral do STF, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta como arguição de descumprimento de preceito fundamental, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991 e acrescentou-lhe os parágrafos 3º, 4º e 5º.

De acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki (2017, p. 48), seguido por unanimidade, ressaltou-se a suma relevância das imunidades para a concretização de uma política de Estado voltada à promoção do mínimo existencial, sendo primordial evitar que as entidades compromissadas com os fins sociais sejam surpreendidas com inesperadas alterações legislativas desfavoráveis.

Deste modo, caberia apenas à Lei Complementar dispor sobre os requisitos necessários para a concessão da imunidade tributária, a fim de proteger as entidades de assistência social de possíveis flutuações normativas, que prejudicariam o objetivo social promovido.

A Corte Superior fundamentou o entendimento utilizando como base o artigo 146, II, da Constituição Federal, o qual dispõe que:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

No que tange ao referido artigo, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2017, p. 74), ao proferir o voto no Tema 32, é inconteste que o constituinte teve a preocupação de exigir quórum qualificado para a aprovação dessa importante regulamentação, com o propósito de dar estabilidade à disciplina do tema e dificultar sua modificação, estabelecendo regras nacionalmente uniformes e rígidas.

Essa maior segurança jurídica contra as mutações dos textos normativos é assim explicada por Torres (2019, 277):

> A garantia contra mudanças frequentes da legislação tem sua relevância, não bem como expressão do princípio de não surpresa, mas como forma de proteção dos planejamentos e das organizações de negócios ou atividades dentro de um espaço predefinido de impacto tributário. Investimentos de longo prazo, geralmente estimulados por políticas públicas de infraestruturas e outros, são exemplos de casos nos quais o contribuinte formula expectativas de organização com base numa certa situação jurídica. A revogação ou alterabilidade contínua de legislações para o futuro são igualmente gravosas à segurança jurídica.

O ilustre doutrinador foi claro ao ensinar sobre a segurança jurídica e as alterações normativas. *In casu*, é evidente que se a entidade de assistência social sem fins lucrativos goza da imunidade tributária pelo cumprimento dos requisitos da Lei Complementar, uma possível Lei Ordinária, com requisitos mais rígidos, poderá revogar a imunidade

concedida, o que inviabilizará a entidade. Se a entidade não puder cumprir com sua função social, a coletividade em geral será prejudicada.

O acórdão buscou respeitar os ditames constitucionais e proporcionar maior segurança jurídica às entidades, que planejaram a execução das atividades sociais sabendo que, enquanto cumprirem os requisitos da Lei Complementar, poderão gozar da imunidade tributária, caso devidamente requerida.

Por fim, há de se registrar que tal decisão não transitou em julgado, podendo ocorrer alterações futuras neste entendimento, sobretudo com eventual mudança de entendimento no julgamento dos embargos de declaração do Tema 32 de Repercussão Geral.

3. DO CONCEITO DE ENTIDADE BENEFICENTE E ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS

Antes de adentrar nos requisitos exigidos pelas Leis Ordinárias e Complementar, imperioso conceituar entidade beneficente e entidade sem fins lucrativos que fazem parte do Terceiro Setor.

O Terceiro Setor faz parte do Primeiro, visto que presta serviço de obrigação do Estado, apesar de não fazer parte da administração pública, tampouco almeja lucro, sendo que todo *superávit* deverá ser aplicado na Entidade, conforme aponta Calegari e Silva Junior (2009).

Conforme já exposto, uma das matérias discutidas no Tema 32 do STF era referente ao conceito de entidade beneficente de assistência social.

O entendimento encampado pela Confederação Nacional de Saúde, era de que “entidade beneficente de assistência social” tem o sentido pronto e acabado de entidades sem fins lucrativos que atuam em benefício de outrem, gênero dentro do qual estariam incluídas as pessoas de direito privado dedicadas à filantropia, mas não apenas elas. As entidades sem fins lucrativos também estariam necessariamente contempladas. E nem mesmo legislação complementar poderia dizer o contrário.

Entretanto, conforme disposto no voto do Ministro Teori Zavascki (2017, p. 48), a entidade beneficente de assistência social não é equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos. Todavia, a Constituição Federal não reúne os elementos discursivos suficientes para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social.

Nesta esteira, a Carta Maior definiu apenas quais são os objetivos da assistência social, não apontando diferenças entre os dois institutos.

O já citado artigo 203 da CF/88 delibera expressamente que a assistência será prestada a quem dela necessitar, tendo como principais objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Consequentemente, por não haver definição constitucional, enquanto a Lei Complementar não dispor sobre a diferenciação de entidade beneficente e entidade sem fins lucrativos, o Supremo Tribunal Federal entende, salvo eventual mudança jurisprudencial, ser aplicável a imunidade das contribuições sociais à todas as entidades que prestem assistência social e cumpram os requisitos legais.

Diante do exposto, o presente artigo seguirá o entendimento da Corte Máxima, no sentido de que as entidades sem fins lucrativos se equiparam, pelo menos por agora, às entidades beneficentes de assistência social.

4. REQUISITOS DISPOSTOS EM LEI COMPLEMENTAR

A Lei Complementar que regulamenta os requisitos legais para concessão da imunidade tributária é o CTN, dispondo nos artigos 9º e 14 as seguintes condições:

> Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> IV - cobrar imposto sobre:
> c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;
> § 1º O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.
> § 2º O disposto na alínea a do inciso IV aplica-se, exclusivamente, aos serviços próprios das pessoas jurídicas de direito público a que se refere este artigo, e inerentes aos seus objetivos.
> [...]
> Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:
> I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;
> II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
> III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Deste modo, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar imposto sobre entidades de assistência social, sem fins lucrativos, desde que: a) não distribuam lucro, sobre qualquer parcela do seu rendimento; b) apliquem integralmente, no País, os recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; e c) mantenham escrituração de suas receitas e despesas em livros contábeis.

Em relação à condição de não possuir fins lucrativos, não se deve confundir a ausência de caráter lucrativo com a obtenção de *superávit*, este desejável inclusive para as entidades sem fins lucrativos, de modo que viabilize a ampliação das suas atividades assistenciais (PAULSEN, 2019).

Para o doutrinador, as instituições de assistência social, também beneficiárias da imunidade, são aquelas que desenvolvem uma das atividades descritas no art. 203 da CF. Não se exige filantropia, ou seja, não se exige que atuem exclusivamente com pessoas carentes, de modo gratuito e universal e que dependam exclusivamente de donativos. Podem exercer atividade econômica rentável, desde que sem finalidade de lucro, ou seja, desde que revertam seus resultados para a atividade assistencial.

Ainda, é vedada a distribuição particular do lucro, que não se confunde com a permitida e natural remuneração dos diretores e administradores da entidade imune, como contraprestação pela execução de seus trabalhos (SABBAG, 2009). Não poderia ser diferente, haja vista participação direta dos diretores no bom funcionamento da entidade, muitas vezes com participação integral e exclusiva na função.

Nesta toada, parte da doutrina e jurisprudência não considera a remuneração dos dirigentes como distribuição de lucros, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação.

Com isso, não há que se falar em proibição de se remunerar dirigentes de associações, fundações e entidades sem fins lucrativos. Até porque exigir que alguém se dedique tempo integral na prestação de um serviço, suportando a burocracia e a fiscalização direta do Estado e ainda tenha que prestar contas à sociedade, por algo que atinge e interessa diretamente a coletividade, o faça de graça, é no mínimo absurdo e insensato (TJ-PR - APCVREEX: 7413081 – 2011).

Outro requisito a ser observado é a aplicação de recursos no Brasil, bem como, nos seus objetivos institucionais, não sendo possível, deste modo, o envio dos recursos e valores arrecadados pelas instituições ao exterior.

Como o País está deixando de cobrar os impostos para que seja promovida a assistência social, seria inconcebível permitir o envio de valores e recursos para o exterior. Assim, o legislador buscou que a entidade ao receber incentivos para promover a filantropia no País, continue aplicando seus recursos aqui, para que toda a população goze dos serviços prestados.

Por fim, a entidade sem fins lucrativos deverá manter a escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Para cumprir este requisito é indispensável registrar o livro diário contábil em cartório, bem como, conservar em boa ordem, pelo prazo mínimo de cinco anos, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem como, a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial.

Cumpridos os requisitos dispostos no CTN e em eventual Lei Complementar, quando for o caso, o Supremo Tribunal Federal entende que é possível conceder a imunidade tributária. Essa corrente é a majoritária, sendo aplicada em diversos julgados do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO COMUM. IMUNIDADE. ART. 195, § 7º, DA CF. TEMA STF 32. O STF, no julgamento do Tema 32, firmou o entendimento de que apenas lei complementar pode estabelecer requisitos para a imunidade tributária, atualmente o art. 14 do CTN, restando afastados os requisitos instituídos por leis ordinárias (8.212/91 e 12.101/09). (TRF4 - AC: 50161585620164047107 RS 5016158-56.2016.4.04.7107, Relator: LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, Data de Julgamento: 11/06/2019, SEGUNDA TURMA).
>
> IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE BENEFICENTE SEM FINS LUCRATIVOS. CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE. ART. 195, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TEMA 32 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF (RE Nº 566.622-RS, J. EM 23-02-2017). APLICAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS. ART. 14 CTN. 1. Para a fruição da imunidade tributária de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição, os requisitos devem estar estabelecidos em lei complementar (Tese do Tema 32 da Repercussão Geral do STF, RE nº 566.622-RS, j. em 23-02-2017). 2. Enquanto não editada lei complementar sobre a matéria, a entidade beneficente, para fazer jus à imunidade das contribuições sociais, deve preencher os requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional. 3. A concessão/renovação do CEBAS implica reconhecer o preenchimento de todos os requisitos necessários para a obtenção da imunidade, uma vez que o art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, exige o atendimento, entre outros, dos mesmos requisitos previstos no art. 14 do CTN. 4.

> A imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, abarca a contribuição ao PIS. (TRF-4 - AC: 50002359220184047115 RS 5000235-92.2018.4.04.7115, Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 02/07/2019, SEGUNDA TURMA).

Por fim, registra-se que, mesmo cumpridos todos os requisitos para gozar da imunidade tributária, tal fato não exime o contribuinte de possível fiscalização e nem do cumprimento de obrigações acessórias, conforme disposto no art. 194, parágrafo único, do CTN.

> Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.
> Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Isto porque, como a regra constitucional é a eficácia contida, ficando seus efeitos diferidos para o momento da efetiva comprovação das exigências legais, é imperioso para se ter a imunidade o requerimento perante aos órgãos administrativos ou, até mesmo, na esfera judicial.

5. REQUISITOS DISPOSTOS NA LEI ORDINÁRIA Nº 12.101/09

Conforme exposto, o STF firmou entendimento de que é possível a concessão da imunidade tributária às entidades de assistência social sem fins lucrativos, mediante cumprimento dos requisitos arrolados pelo Código Tributário Nacional.

Em contrapartida, parte da jurisprudência minoritária e, principalmente, o Fisco, entendem que, além dos requisitos dispostos no CTN, a entidade deverá cumprir também as condições impostas pela Lei Ordinária vigente.

> TRIBUTÁRIO. ENTIDADE BENEFICENTE E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ART. 55 DA LEI 8.212/91. RENOVAÇÃO DO CEBAS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. LEI Nº 12.102/2009. 1 - A certificação das entidades beneficentes de assistência social é concedida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação. 2- o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento a respeito da não existência de direito adquirido a regime jurídico de imunidade tributária. Precedente do STF: AgR RMS 27396 DF; Primeira Turma, Edson Fachin; Julgamento em 16/02/2016. 3 - A lei de que trata o art. 195, § 7º, da Constituição Federal é a lei ordinária que prevê os requisitos formais de estrutura, organização e funcionamento das entidades beneficentes de assistência social. 4 - Sem reunir os requisitos então impostos pelo art. 55 da Lei n. 8.212/91, vigente à época do cancelamento da isenção, entre eles, o Certificado de Entidade de Assistência Social - CEAS, não se pode reconhecer ao Impetrante o direito à fruição de benefício fiscal estabelecido pelo legislador constituinte às entidades beneficentes no § 7º do art. 195. Da mesma forma como lhe cumpre atender aos requisitos constantes do art. 3º da Lei nº 12.102/2009. 5 - Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada. (TRF-2 00062466420054025102 RJ 0006246-64.2005.4.02.5102, Relator: GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO, Data de Julgamento: 26/04/2016, 4ª TURMA ESPECIALIZADA).

A ementa supracitada evidencia a grave divergência entre os tribunais, sendo que naquele caso, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região exigiu da entidade beneficente o cumprimento dos requisitos dispostos na Lei Ordinária vigente.

Atualmente, a norma que regulamenta os requisitos para a concessão da imunidade tributária é a Lei Ordinária nº 12.101/09, que trata da Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social, conhecido por CEBAS.

De acordo com essa Lei, será necessário que a instituição sem fins lucrativos tenha sido constituída doze meses antes do requerimento, conforme determina o artigo 3º:

> Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos:

Além de estar constituída por pelo menos 12 meses, para garantir a imunidade, especialmente na via administrativa, com a CEBAS através do Ministério da Cidadania, será imprescindível a observação dos requisitos dos artigos 10, 20 e 29, do mesmo diploma legal.

> Art. 10. A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei.
> [...]
> Art. 20. As entidades de que trata o art. 10 deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, sendo vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou a categoria profissional.
> [...]
> Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:
> I – não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações;
> II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual *superávit* integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;
> III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
> IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;

> V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;
> VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;
> VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária;
> VIII - apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006.

Com a CEBAS, a entidade poderá declarar-se imune, visto que, conforme entendimento fixado pelo STF no RE nº 385091 (Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 18-10-2013), a imunidade é uma norma de supressão de competência impositiva, sendo assim, uma vez adquirido por determinada entidade o *status* de imune, as presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a favor do contribuinte, de sorte que somente mediante prova em contrário da administração tributária competente pode ocorrer o afastamento dessa imunidade. Em resumo, a CEBAS nada mais é que exteriorização do benefício.

Importante destacar que os Tribunais, em especial o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, possuem o entendimento de que uma vez requerida a CEBAS, será possível requerer a compensação de eventuais tributos que seriam considerados imunes e foram pagos indevidamente nos últimos 03 anos.

> ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. EFICÁCIA DECLARATÓRIA E EX TUNC DO CEBAS. TRÊS ANOS ANTERIORES AO REQUERIMENTO. O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é um ato administrativo com eficácia ex tunc e meramente declaratória, sendo simples exteriorização do benefício da imunidade. A jurisprudência deste Tribunal tem entendido que os efeitos do CEBAS retroagem aos 3 (três) anos anteriores à sua solicitação administrativa. (TRF4, AC 5002071-83.2016.4.04.7014, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 02/10/2018).
>
> TRIBUTÁRIO. PIS. ENTIDADE FILANTRÓPICA. IMUNIDADE DO ART. 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. efeitos da concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social - cebas. A concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS retroage aos três anos anteriores à data do protocolo do pedido de certificação de filantropia, sendo que a concessão posterior do certificado ratifica a proteção que abrange os três anos anteriores à sua solicitação administrativa até os três anos posteriores à publicação da resolução concessiva. Precedentes desta (TRF4 5006453-34.2016.404.7204, SEGUNDA TURMA, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 19/07/2017).

Portanto, conforme exposto, em que pese haja tese firmada em Repercussão Geral do STF determinando que os requisitos da Lei 12.101/09 não devem ser considerados, vez que são impostos por Lei Ordinária, parte dos Tribunais e o Fisco ainda aplicam o entendimento antigo.

CONCLUSÃO

A imunidade não pode ser associada com a isenção, ao passo que a primeira é uma limitação ao poder de tributar, a segunda uma hipótese de não incidência de um

tributo específico. Para que seja requerida a imunidade tributária, a entidade beneficente de assistência social e a entidade de assistência social sem fins lucrativos, apesar de serem institutos divergentes, por ausência de definição constitucional, devem cumprir os mesmos requisitos.

O imbróglio surge com a definição de qual legislação deverá ser observada para que a entidade se beneficie da imunidade. Diante da divergência de entendimentos, é flagrante a (in)segurança jurídica das entidades de assistência social sem fins lucrativos.

De um lado, a decisão do Tema 32 do STF, que não transitou em julgado, determina que as limitações em Lei Ordinária não são válidas para restringir imunidades constitucionais, isto é, os requisitos da Lei 12.101/09, por exemplo, não serviriam de parâmetro para análise do Fisco ou do Poder Judiciário sobre a instituição beneficente estar ou não coberta por imunidade em relação à tributação.

O objetivo dos julgadores do STF foi claro: garantir maior segurança para as entidades de assistência social, evitando que sejam surpreendidas com Leis Ordinárias que poderiam inviabilizar sua operação e, consequentemente, ferir o objeto social que é de extrema importância para o Estado e para a comunidade em geral.

Por outro lado, na prática, o Fisco e alguns Tribunais seguem o entendimento de que a entidade, para gozar da imunidade tributária, precisaria cumprir os requisitos dispostos nas Leis Ordinárias, particularmente os contidos na Lei 12.101/09.

De qualquer modo, para comprovar que a entidade cumpre os requisitos legais, sejam os impostos pela Lei Ordinária, sejam pela Lei Complementar, usufruindo das imunidades decorrentes, será fundamental demonstrar através dos atos constitutivos das entidades e suas demonstrações fiscais e contábeis.

Lembrando que, mesmo cumpridos todos os requisitos da imunidade tributária, será indispensável requerer a imunidade perante os órgãos administrativos ou em Juízo, para que então, a entidade goze do benefício, tendo em vista a eficácia contida da norma constitucional.

Portanto, caso a entidade não cumpra todos os requisitos impostos pela Lei Ordinária, mas obedeça aos requeridos na Lei Complementar, poderá socorrer-se ao judiciário, utilizando como base o posicionamento atual do STF, que reservou à Lei Complementar a eficácia para dispor dos requisitos da imunidade tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **Imunidade e isenção fiscal para as ONG's.** Disponível em <http://www2.abong.org.br/final/download/Original_Nazare.pdf.>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BARRETO Aires F.; BARRETO Paulo Ayres. **Imunidades Tributárias:** Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 2. ed. Dialética: 2001.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 15 nov. 19.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 15 nov. 19.

_____. **Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.** Altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9732.htm>. Acesso em: 15 nov. 19.

_____. **Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.** Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12101.htm>. Acesso em: 15 nov. 19.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n° 7413081-PR**. DJ: 24/05/2011. Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19716022/apelacao-civel-e-reexame-necessario-apcvreex-7413081-pr-0741308-1?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível com Revisão n° 6389765900**. DJ: 24/04/2008. Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/67726992/djro-18-03-2014-pg-516>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5016158-56.2016.4.04.7107**. DJ: 11/06/2019. Jusbrasil. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5002071-83.2016.4.04.7014**. DJ: 02/10/2018. Jusbrasil. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5006453-34.2016.404.7204**. DJ: 19/07/2017. Jusbrasil. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729403948/apelacao-civel-ac-50003896820174047011-pr-5000389-6820174047011/inteiro-teor-729404068>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 22.192-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19/12/1996. Jusbrasil**.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702826/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-22192-df>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 628.200-DF**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 10/10/2011. Jusbrasil. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22879229/recurso-extraordinario-re-628200-df-stf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 385.091-DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 18/10/2013. Jusbrasil. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4690215>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CALEGARE, Marcelo Gustavo Aguilar; SILVA JUNIOR, Nelson. **A "construção" do terceiro setor no Brasil:** da questão social à organizacional. Rev. psicol. polít., São Paulo, v. 9, n. 17, p. 129-148, jun. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2009000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário.** 10. ed. Saraiva: 2019.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do Direito:** Direito Tributário. 10. ed. Premier Máxima: 2009.