Ano 7, vol. 2

Revista Eletrônica

50 ANOS OAB SANTA CATARINA | SUBSEÇÃO JOINVILLE



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

Me. 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 - Secretária
Advogada OAB/SC nº 49.343

Carlos Henrique Ribas Pereira
Advogado OAB/SC nº 43.816

Jaqueline Kelli Percio
Advogada OAB/SC nº 39.168

Jéssica Michele Fischer
Advogada OAB/SC nº 47.216

Jonathan Maicon Francisco
Advogado OAB/SC nº 53.350

Marina Du Bois
Advogada OAB/SC nº 56.869

Tamara Cristiane Geiser
Advogada OAB/SC nº 39.109

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.2 n.7 2021 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	Ano 7, vol. 2	p. 1/339	2021

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

Design Gráfico e Assessoria Editorial
Marina Du Bois

Desenvolvimento Web
Cristian Feldes

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-

Intermitente até 2011.
Interrompida em 2012.
Periodicidade semestral a partir de 2019.
Versão online disponível em: https://revista.oabjoinville.org.br/
Numeração alterada: ano 7, n.2, 2021
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
Conselhos Editorial e de Apoio e Pesquisa da Revista Eletrônica OAB Joinville.....7

SEÇÃO ESPECIAL – OAB JOINVILLE 50 ANOS

NOSSA TRAJETÓRIA NO DIREITO
Dirley Maria Sanches e Inaura Orzechowski.....8

DO AMOR PELA ADVOCACIA E DOS DESAFIOS DE SER JOVEM NA PROFISSÃO
Taciane Eliza Burger Rosa.....12

UM SONHO QUE SE REALIZA
Paulo Roberto Bezerra de Almeida.....15

SEÇÃO DE ARTIGOS

DO ORDENAMENTO JURÍDICO DO CONSELHO DA EUROPA NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA TRANSNACIONALIDADE
Alessandra Ramos e Henrique S. P. Palhares.....17

REFLEXÕES SOBRE ENSINO E EDUCAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS PANDÊMICOS: UMA GESTÃO DA CRISE PEDAGÓGICA NA CRISE SANITÁRIA E O PAPEL INSTITUCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Augusto Barbosa Hackbarth e Rafaela Rocha do Prado.....23

A PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA ÀS PESSOAS COM SURDEZ
Bianca Capanema Goulart, Anna Lethicia dos Santos e Sônia Márcia Marcílio Fambomel.....36

O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS CONTRATOS DE TRABALHO COM OBJETO ILÍCITO
Bruna Carolina Klein Albino e Luís Felipe do Nascimento Moraes.....54

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA PARA MITIGAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS NAS EMPRESAS
Dayane Caroline Kindermann Vieira.....70

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: OS LIMITES DE APLICABILIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO ENTRE BRASIL E PORTUGAL
Felipe Gazaniga, Julia Scholz Karl e Larissa Konell.....80

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI nº13.709/18)
Filipe Antônio Freitas, Gustavo Henrique Araripe D'Oliveira e Jeison Giovani Heiler.....96

O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A INTERNET: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS *MARKETPLACES*
Gustavo Barone Martins.....113

A UTILIZAÇÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NOS CASOS MARIANA E BRUMADINHO/MG
José Carlos Heiler e Luis Felipe do Nascimento Moraes.....136

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO CASO DA COVID-19
Juliana Tomaselli e Wilson Furtado.....154

PROTEGER AS VEGETAÇÕES PROTETORAS PARA CONSERVAR A VIDA
Karla Juraci Gulini.....175

DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS MÃES ENCARCERADAS: OS IMPACTOS DO HABEAS CORPUS COLETIVO N° 143.641/SP PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO
Kellyn Michels Bonetti Schiefler Fontes, Thaís Cristina Lara Fettback e Helena Schiessl Cardoso.....191

DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Leandro Augusto Dias e Luiz Claudio Gubert.....213

A APLICAÇÃO DAS HOLDINGS FAMILIARES COMO FORMA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO
Letícia Berkenbrock de Souza e Anna Lethicia dos Santos.....228

O NEOLIBERALISMO E SEUS IMPACTOS NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA ÚLTIMA DÉCADA NO BRASIL
Letícia Gonçalves Bauer, Maria Helena Pessini e Itamar Gelain.....246

DIREITO SISTÊMICO NAS ACADEMIAS
Marcelle Stahellin, Terezinha de Fátima Juraczky Sczminski e Cleópatra Regina Teixeira Xavier Costa…265

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A GARANTIA DA ENTREGA DA OBRA
Marli Maria Pelisser Nicolao e Claudio Melquiades Medeiros.....279

A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO E O IMPACTO DA PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO COM ENFOQUE NO REFLEXO GERADO PELA LEI 13.467/2017
Naiara Cristina dos Anjos e Luis Felipe Do Nascimento Moraes.....296

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL
Nattali Iojana Santigo, Thaisa Borges Maia e Thiago André Marques Vieira.....312

A EMPREITADA COM O FORNECIMENTO TOTAL DE MERCADORIAS E A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE IRPJ E CSLL NO LUCRO PRESUMIDO
William Holz, Lucas Rafael Gonçalves Corrêa Cidral e Gabriel de Borba Schulz.....331

EDITORIAL

Durante a gestão do Presidente Miguel Teixeira Filho, em 2010, a Revista Eletrônica da OAB Joinville teve a sua primeira publicação pelo sítio virtual - revista.oabjoinville.org.br - e com acesso público e gratuito.

A revista possui o escopo de estimular pesquisas sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de artigos técnico-científicos, socializando o conhecimento jurídico produzido pela comunidade jurídica de Joinville e região, integrando advogados e demais operadores do direito nas áreas da pesquisa e capacitação profissional.

Em 2019, foi publicada a 5ª Edição da Revista Eletrônica da OAB Joinville, composta de 20 (vinte) artigos sobre temas jurídicos diversos, contemplando os mais variados campos do direito e trazendo a reflexão sobre assuntos pertinentes ao universo jurídico e demais áreas afins das ciências sociais aplicadas. A partir de então, a revista passou a ser publicada com periodicidade semestral, tendo sido, em 2020, publicados 2 (dois) volumes, cada um com 25 (vinte e cinco) artigos de autores, que se revelaram atentos e observadores do mundo contemporâneo do Direito.

No primeiro semestre de 2021, foi publicado o primeiro volume do ano 7 da Revista Eletrônica da OAB Joinville e esta é a publicação do volume 2, em comemoração ao ano do cinquentenário da OAB/SC subseção Joinville.

A Revista Eletrônica da OAB Joinville é um importante meio de produção de conhecimento e conta com a direção geral da Presidente da OAB Joinville, Dra. Maria de Lourdes Bello Zimath e coordenação editorial da Coordenadora de Capacitação e da Revista, Dra. Janaína Silveira Soares Madeira. O Conselho Editorial é, ainda, composto pelos advogados, Dr. Adriano Selhorst Barbosa; Dra. Ana Catarina de Alencar; Dr. Cláudio Melquiades Medeiros e Dr. Thiago André Marques Vieira. Atualmente, o Conselho de Apoio e Pesquisa, é composto pelos advogados, Dra. Bárbara Madalena Heck da Rosa, que, também, atua como secretária; Dr. Carlos Henrique Ribas Pereira; Dra. Jaqueline Kelli Percio; Dra. Jéssica Michele Fischer; Jonathan Maicon Francisco; Dra. Marina Du Bois, que realiza o design gráfico e assessoria editorial, e Dra. Tamara Cristiane Geiser.

A revitalização da publicação nesta gestão foi fundamentada na observação de que o conhecimento adquirido através do estudo constante da legislação, da jurisprudência, dos casos concretos e das disciplina propedêuticas é essencial ao bom desenvolvimento da atividade da advocacia, que tem sido cada vez mais importante para compor a sociedade democrática em que vivemos.

Boa leitura a todas e a todos!

Conselhos Editorial e de Apoio e Pesquisa da Revista Eletrônica OAB Joinville

NOSSA TRAJETÓRIA NO DIREITO[1]

Dirley Maria Sanches e Inaura Orzechowski[2]

Conhecemo-nos na 1ª Turma da Faculdade de Direito de Joinville, da Associação Catarinense de Ensino (ACE) no ano de 1980, cujo vestibular foi bem concorrido, 300 candidatos para 50 vagas.

Na época, Inaura trabalhava numa empresa e Dirley era professora de Educação Física, concursada e efetiva na rede pública estadual.

Trabalhávamos durante o dia e estudávamos à noite. Tivemos ótimos professores que nos estimularam para fazer carreira jurídica, dentre os quais Dr. Guilherme Guimbala, que além de diretor da Faculdade foi também nosso professor, Dr. Aquiles Garcia, Des. Dr. João Eduardo Varella, entre outros.

Nos formamos com júbilo e abrimos um escritório particular como sócias e nos revezávamos no atendimento aos clientes, e também fazíamos Assistência Judiciária Gratuita para o Estado, onde recebíamos sempre com atraso e 1/4 da Tabela de Honorários da OAB. Vale lembrar aqui que nossa 9ª Subseção foi criada e instalada pelo saudoso Dr. Paulo Medeiros, em 1970 e que graças a ele podemos começar a nossa trajetória jurídica em 1984.

Com muitas dificuldades e coragem enfrentamos as lides forenses, a princípio peticionando na máquina de escrever manual, que possuía um papel com carbono para termos uma via conosco. Depois veio a máquina elétrica que ajudou bastante e finalmente o computador.

Além de sofrer com a prática forense, sofríamos também com a descriminação dos advogados que já atuavam e que nos olhavam com desconfiança e com desdém, porque enfrentávamos tudo de igual para igual, nunca abaixamos a cabeça, éramos fortes e também contávamos com alguns advogados que não nos olhavam como "concorrentes", mas sim com respeito e admiração por nosso empenho profissional, pois nós destacávamos por nosso próprio empenho, enfrentando os advogados já existentes e também os juízes, que de certa forma, "judiavam" das advogadas novas e inexperientes. Mas nada disso nos abalou e conseguimos conquistar nosso próprio espaço no mundo jurídico.

Nosso orientador no Escritório Modelo da Faculdade foi o Dr. José Geraldo Ramos Virmond, de saudosa memória, que era um articulador político com muita experiência na OAB, que nos incentivou a fazer parte das campanhas e das chapas concorrentes a eleição na nossa Subseção e a nos colocarmos em lugar de destaque, pois foram inúmeras vezes que viajamos a Florianópolis, para participar de reuniões e demandas políticas e forenses.

Nosso quartel general era uma sala que a OAB possuía dentro do antigo Fórum, que nos cedeu gratuitamente para que a OAB pudesse funcionar, e foi nessa sala que os Presidentes e sua equipe trabalhavam e nós sempre juntas a eles elaborávamos projetos para expansão da nossa OAB, assim logo formamos um grupo amistoso e promovíamos encontros para nos conhecer melhor e para batalhar juntos e com vigor para que tivéssemos uma sede própria, de acordo com os nossos anseios e

1. Nesse texto, a convite do Conselho Editorial e de Apoio da Revista, as advogadas celebram seus 37 anos de advocacia e relatam a atuação ativa junto a OAB Joinville em diferentes gestões, projetos e funções ao longo de suas histórias na advocacia.
2. Dirley Maria Sanches é advogada inscrita sob o nº 5.170 e Inaura Orzechowski é advogada inscrita sob o nº 5.171.

merecimento. E assim aconteceu quando finalmente foi comprada a casa onde hoje está construída a nossa belíssima sede que teve Inaura como coordenadora da obra.

Fizemos vários amigos, inclusive em Florianópolis, começamos nosso trabalho por lá, em 1987 na gestão do Dr. João José Ramos Schaeffer, pessoa de grande valor e ótimo articulador, e prosseguimos com o Dr. Fernando Carioni e em 1991 foi eleito o Dr. Amauri João Ferreira, que se tornou grande amigo da classe advocatícia de Joinville, e que tinha como tesoureiro o Dr. Jorge Mussi, hoje ministro do STJ. E depois vieram outros presidentes que também contribuíram muito com nossa cidade, como Dr. Jefferson Luis Krachychynn, que nos honrava sempre com sua presença, Dr. Adriano Zanoto e outros que se seguiram. Foram anos de muito trabalho, mas também de muita alegria, diversão e reconhecimento, pois todos vinham nos prestigiar continuadamente com suas presenças, dando-nos total apoio às nossas reivindicações, e assim, nos aliamos a eles para que trabalhássemos em conjunto em prol da nossa advocacia.

Em 1984, quando começamos a nossa lida forense, nossa OAB era presidida pelo ilustre Dr. Claudio Pereira Ramos, querido amigo que nos abraçou e nos recebeu com muito carinho, depois continuamos nosso trabalho com o Dr. Jaime Geraldo Pereira, seguido pelo Dr. Udo Schmidt, Dr. Nathanael Rocha, Dr. Carlos Adauto Virmond Vieira, Dr. Celso Pereira Zimath (in memoriam), Dr. Édelos Frühstüch, Dr. Miguel Teixeira Filho, Dr. Mauricio Alessandro Voss, Dr. Fabricio Bittencourt, todos além de nossos presidentes foram nossos amigos e trabalharam muito em prol da nossa advocacia, e finalmente fomos presenteados com a Dra. Maria de Lourdes Bello Zimath, como a primeira mulher a ocupar a presidência da nossa Subseção, uma mulher gentil, serena, calma e amistosa. Não podemos deixar de falar dos bons anos que vivemos, com o saudoso Dr. José Geraldo Ramos Virmond, que foi nosso querido presidente por 4 gestões, foram anos de muito trabalho mas também de muita alegria, companheirismo e diversão. Com ele aprendemos muito.

Montamos o Departamento Esportivo que tinha um time de futebol e voleibol, e marcamos um dia da semana para jogar vôlei nas dependências da Sociedade Ginástica, onde podíamos ter um dia de lazer e descontração numa profissão considerada altamente estressante. Tivemos momentos maravilhosos de diversão conjunta e que serviram de inspiração para outros projetos, pois também nos reuníamos em outros locais para fazer atividades físicas e outros esportes, sempre ouvindo uma boa música e uma excelente feijoada. Saudades desse tempo bom, onde todos eram amigos e não havia divisão de grupos. Todos juntos num só interesse.

Sempre tivemos como princípios os valores humanitários, que engrandecem o ser humano, mesmo nas agruras e percalços enfrentados no cotidiano. Com persistência e tenacidade, evoluímos com as mudanças que ocorreram em nosso país no âmbito da Justiça, hoje tão banalizada, onde juízes se acham acima do poder e têm o advogado como inimigo.

Criamos a Comissão da Mulher Advogada, isso lá nos idos de 1994, quando fomos a Curitiba/PR para conhecer o trabalho das valorosas advogadas de lá e fizemos um trabalho conjunto com a Delegacia da Mulher; participamos do Conselho da Subseção e da Caixa de Assistência dos Advogados de Florianópolis e trouxemos para Joinville as conquistas da nossa categoria, participamos de vários Cursos, Colégios, Seminários e Conferências Nacionais.

Como nosso espaço de trabalho dentro da sede da OAB era minúsculo, pois a sede ficava nas dependências do Fórum antigo, reuníamo-nos então numa confeitaria na rua do Príncipe, onde traçávamos nossas metas e objetivos. Naquele tempo não

havia e-mail nem telefone celular, a comunicação era difícil, mas sempre dávamos um jeito de entrar em contato com as advogadas, chamando-as para nossas reuniões, todavia, eram poucas as que participavam, mas seguíamos em nossa luta, sempre em frente, nem pensávamos em desistir.

Queremos aqui render nossas homenagens póstumas às colegas Deani Maria Dalcenter e Eva Jacira Scholze Costa, que sempre participavam de nossas reuniões e colaboravam em nossos trabalhos, sempre dispostas e alegres. Também prestamos nossas homenagens póstumas ao colega Dr. Benjamim Ferreira Gomes, querido Befego, que muito fez por nossa classe e que tem o nome gravado na Tribuna da nossa Subseção, e também aos colegas Dr. Celso Corrêa Zimath e Dr. José Geraldo Ramos Virmond, que batalharam junto conosco para que tivéssemos a nossa sede própria que era nosso sonho. Pessoas do bem e que diretamente colaboraram e trabalharam em prol da nossa advocacia.

Dirley foi a primeira advogada a ser vice presidente da nossa Subseção, nos anos 2000 a 2002, tendo como presidente o saudoso Dr. José Geraldo Ramos Virmond. Nesse período foi construída a sede recreativa no terraço do Edifício Princesa Isabel, que era usado para nosso lazer e congraçamento e que também passou a ser a sede da OAB. Nesta gestão a sede foi mobiliada e foi organizada nossa linda biblioteca, esse trabalho foi brilhantemente desempenhado pelos advogados Dr. Josué Eugênio Werner e também pelo saudoso Dr. Aníbal César Cubas, que na época eram diretores.

Depois de muito trabalho foi comprada a casa da Rua Amazonas que foi uma conquista muito importante para a OAB e que serviu de base para os nossos trabalhos por um bom tempo, quando então, na gestão do Dr. Maurício Alessandro Voss foi construída a nossa bela sede, cuja obra foi coordenada pela Drª Inaura. Assim em 17 de dezembro de 2015 a sede foi entregue aos advogados, um espaço lindo, confortável, com um ótimo auditório, salas para reuniões, espaço para a realização de eventos, etc. Finalmente nós advogados temos uma estrutura boa para desenvolver nossas ideias e trabalhos e finalmente temos uma casa para chamar de nossa.

Inaura ficou todos esses anos à disposição da OAB, sempre trabalhando em comissões, em pleitos eleitorais, ajudando nas campanhas e desde 2007 tem atuado como Conselheira da OAB e também já participou de várias comissões, atuando hoje na Comissão da Mulher Advogada e na Rede Sororidade.

Dirley foi delegada da CAASC em duas gestões, fez parte de Conselhos e foi a primeira advogada vice presidente da Subseção de Joinville, hoje participa da Comissão de Direito Sistêmico.

Enfim, ao longo da nossa jornada, encontramos muitos advogados dispostos a ajudar e sempre em boa sintonia com os acontecimentos no mundo jurídico. Não teríamos como nominar todos que contribuíram para a nossa carreira jurídica, mas agradecemos, pois juntos construímos a fundação que deixou a advocacia Joinvilense mais forte, sabendo que, quando se tem amor pelo que se faz, tudo se torna mais fácil.

Já completamos 37 anos de advocacia, e, nesses anos, sempre participamos e prestamos serviços à OAB, em eleições, em palestras, em ações, em movimentos, tudo em prol da Advocacia e contribuímos com o que podíamos para alcançar as metas que havíamos traçado, para atingir o bem comum, tanto dos nossos constituídos, como dos advogados.

Sempre estudamos e aprendemos muito, embora saibamos que os entraves e recursos jurídicos são lentos, mesmo assim, nunca esmorecemos, porque consideramos que, para evoluir na nossa caminhada, seja ela pessoal ou jurídica, precisamos sim

ajudar uns aos outros, pois o significado etimológico da palavra "Advogado", vem do latim "Avocar", que significa "Ajudar".

DO AMOR PELA ADVOCACIA E DOS DESAFIOS DE SER JOVEM NA PROFISSÃO[1]

Taciane Eliza Burger Rosa[2]

Será que vai soar técnico demais um título que pareça um tópico de petição? Escusas para aqueles que assim interpretarem, essa é apenas mais uma evidência da minha afeição particular pela advocacia e pelas suas colocações.

Sou advogada, formada pela 1ª Turma de Direito da Universidade Católica de Santa Catarina – Campus Joinville, ao final do ano de 2016. Inclusive, oportuno contar que colei grau em gabinete, antes da solenidade oficial marcada para março de 2017, vez que tão grande era a ansiedade de poder me inscrever nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Diferente do estigma de que muitos que ingressam no curso de direito buscam, a estabilidade e o triunfo de um cargo público, adentrei a faculdade com a certeza de que sempre buscaria a advocacia. Consistia nessa meta o meu maior objetivo.

Coincidência ou não, na primeira semana da academia inaugurei também o título de estagiária de direito, ao me tornar parte da equipe de um pequeno escritório de advocacia, familiar, que atendia em variadas frentes. Nele permaneci os cinco anos da graduação e obtive bases muito sólidas, que certamente me enveredaram pelos caminhos do que sou até aqui. Costumo dizer que fazia do cafezinho ao recurso, e sem qualquer sombra de dúvida, repetiria tudo se preciso fosse.

Ao chegar na 9ª fase do curso, já nos era permitida a realização da temida prova da Ordem. Claro que me inscrevi. Jamais vou esquecer da sensação de contar as questões acertadas, da piadinha do “40 é igual a 80” ou do que senti quando li meu nome no edital de aprovados. É a consolidação de muito estudo e trabalho, que somada ao encaminhamento final do curso de direito, causa um sorriso constante.

Na esteira da afobação pela tão aguardada carteirinha, recebi minha credencial em abril de 2017. Portanto, hoje sou considerada “jovem advogada” pelas definições da OAB. Neste perfil se enquadram todos os colegas com até 5 anos de profissão. Desde já, cabe-me um agradecimento fraterno a quem instituiu essa máxima, pois mal sabia eu os desafios que me aguardavam.

De antemão, posso dizer que a ausência da estabilidade tal qual um concurso público proporcionaria, em nada abalou o meu triunfo pessoal. Ser advogada é a realização de um sonho e uma escolha diária em fazer parte de uma classe essencial à administração da justiça.

Durante os anos de estágio pude conviver muito de perto com o dia a dia da advocacia, porém, nada se compara à satisfação de colocar o próprio nome e número de inscrição ao final de uma peça.

No entanto, a partir desse momento também se iniciam os reveses. Acredito que o primeiro pensamento de todo jovem profissional é, “quem irá corrigir meu trabalho agora?” e “e se eu errar?”. Ao menos foram os meus. Apesar de continuar trabalhando com colegas mais experientes a quem eu poderia recorrer, fato é que a responsabilidade triplica do dia para a noite e a ideia de que não se pode mais cometer erros passa a ser regra.

---

1. Nesse texto a advogada, a convite do Conselho Editorial e de Apoio da Revista, discorre sobre os desafios da jovem advocacia, enaltecendo a profissão escolhida e trazendo uma mensagem de incentivo aos jovem advogados.
2. Taciane Eliza Burger Rosa é advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 48.381.

Além destes, surge a anuidade, a busca por clientes, a forma de divulgar o trabalho versus os ditames de ética, a necessidade de se conhecer os mais diferentes sistemas eletrônicos de peticionamento, afinal, jovem advogado muitas vezes precisa atuar em todas as áreas. As audiências, a colocação no mercado e a procura por espaço, a insegurança, a indispensabilidade do estudo constante e, dentre tantos outros, por vezes, a gestão de um escritório de advocacia recém-aberto.

O leitor deste texto pode rapidamente pensar que todos os colegas da classe passam por tais dificuldades e que, de modo muito lógico, com o jovem advogado não seria diferente. Ainda assim, dar os primeiros passos em uma profissão em que a concorrência chega na casa dos seis dígitos pode ser muito assustador. É uma escolha de coragem e, por isso, o acolhimento pela OAB na subida desses degraus preliminares é crucial.

Para compartilhar, sobre as maiores agruras experimentadas nesse tempo de advocacia, posso citar de prontidão o impacto aterrador de perder um prazo e a persecução constante de firmar o próprio espaço. Diga-se, nesta jornada, o próprio nome. Errar é humano e situações com prazos eventualmente poderão ocorrer. É gravoso e deve ser combatido, mas todos estamos sujeitos. Contudo, provar desse sentimento no início da caminhada é ainda mais enfadonho.

Quanto à busca por espaço, é comum enquanto jovem advogada ter que lidar com olhares e comentários implícitos de alguns profissionais mais experientes. De modo muito animador, sinto que cada vez mais isso tem sido a exceção, principalmente pelos colegas desta subseção de Joinville, veja-se a forma como ela é conduzida e os reflexos que isso causa.

Listados alguns dos embaraços, voltemos à parte boa e gratificante, já que pelo meu ponto de vista ela sempre prevalece. Inclusive, é o que tento dividir com meus colegas da Comissão da Jovem Advocacia, na função de presidente do grupo atualmente. Fui convidada para assumir mais este desafio e confesso que diante do número de membros inscritos e da responsabilidade em suceder nomes tão significativos, quase não aceitei. Felizmente mudei de opinião e desde então tenho colecionado infindáveis ensinamentos e sido presenteada com pessoas, parceiros, projetos e oportunidades.

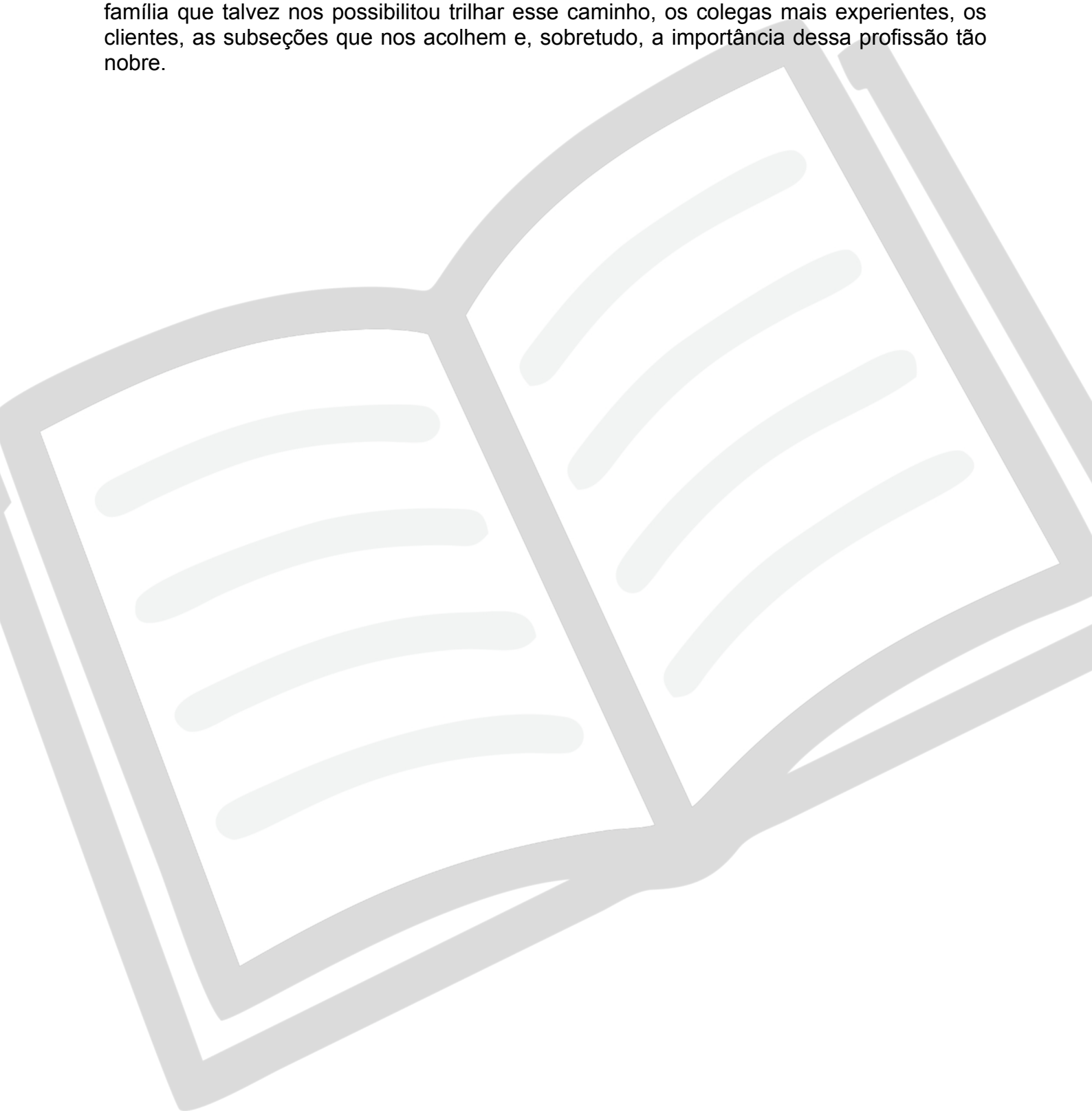
Representar a Jovem Advocacia seguramente não se compara a nada e marcará para sempre a minha história profissional. Infinito agradecimento àqueles me deram esta honra e aos meus colegas de Comissão.

Cerca de quatro anos após ter recebido a minha credencial, olho para esta curta trajetória e sinto orgulho pelas conquistas e pelos tombos. Saí daquele primeiro emprego que me abriu as portas e hoje atuo na área em que busco me especializar, em um escritório que mais uma vez foi a realização de um sonho. Tenho a graça de poder compartilhar a rotina com dois grandes profissionais, eternos mentores, os quais ainda não acostumei a chamar de sócios, tamanha a admiração e a euforia que isso me causa.

Muitos seriam ainda os meus adjetivos à profissão e diversos são os episódios vivenciados peculiares a um jovem profissional, mas sem me estender, resta apenas deixar registrado o quanto a advocacia representa na minha história. Sempre fui das letras e encontrei nela o meu modo de ter prazer com o meu ofício. Aquele clichê muito real de que se você trabalhar com aquilo que ama, não terá que trabalhar sequer um dia na vida. Sem romantismos, há dias mais difíceis que outros, mas o desfecho sempre traz a recompensa.

Por fim, aos colegas jovens advogados, se me cabe uma sugestão, diria apenas que não desistamos. Contribuir para uma nova postura na advocacia, fixar a cultura

contributiva, das parcerias, do acordo e do respeito, também está em nossas mãos. Escolhamos fazer isso e atuar sempre da melhor forma, estimando os valores pessoais, a família que talvez nos possibilitou trilhar esse caminho, os colegas mais experientes, os clientes, as subseções que nos acolhem e, sobretudo, a importância dessa profissão tão nobre.



UM SONHO QUE SE REALIZA[1]

Paulo Roberto Bezerra de Almeida[2]

O que é um sonho? Algo impossível de se alcançar ou um alento para algo que queremos muito conquistar?

Sonhos são objetivos ou metas que criamos no mundo subjetivo e, para os quais precisamos definir estratégias a fim de coloca-los no mundo real.

Vivemos em uma sociedade que diz que somos o produto do meio e que o nosso futuro caminha paralelamente com o nosso passado, ou seja, com a nossa origem social. Vivemos em um mundo onde a desigualdade social é um abismo que cresce cotidianamente se tornando quase intransponível, onde as inclusões sociais parecem ser a cada dia mais distantes.

Entretanto, nós somos os maiores sabotadores dos nossos próprios sonhos, na medida em que criamos obstáculos, desculpas, pretextos e tentamos justificar o injustificável para não lutarmos ou continuarmos lutando por eles. Somos aquilo que pensamos de nós ou aquilo que ouvimos sobre nós mesmos como uma verdade.

Tenho 54 anos e venho de uma família de mais de seis irmãos. Meus pais estudaram apenas até a quarta série do ensino fundamental, mas sempre nos incentivavam a estudar. Estudei todo o ensino fundamental e médio em escola pública e mesmo com todas essas dificuldades, em momento algum, meus pais desistiram de nossa educação.

Superadas essas adversidades iniciais, vieram muitas outras, como, por exemplo, trabalhar para pagar a faculdade de Direito, conseguir entrar, pois havia o vestibular e a maior delas: conseguir concluir o curso de Direito.

Travamos várias batalhas solitárias desde o ingresso até a conclusão do curso de graduação, mas, talvez a mais cruel de todas seja a batalha pela aprovação no exame da ordem, pois esta mexe, principalmente, com o psicológico do examinando e de todos ao seu redor.

Fiz a minha primeira graduação na Universidade Católica de Salvador, onde prestei vestibular para o curso de história, porém, o meu verdadeiro sonho era fazer o curso de Direito.

Aos 49 anos de idade, resolvi buscar realizar meu sonho de adolescente, fazer o tão sonhado curso de Direito, não apenas concluir ou ter mais uma graduação, mas, principalmente, pôr em prática o desejo de mudar o mundo, de ajudar a construir uma sociedade com mais oportunidades, ajudando a formar cidadãos conhecedores dos seus direitos em uma sociedade mais digna e mais humana.

Hoje, no auge dos meus 54 anos, conquistando um sonho da minha adolescência, me deparo com a necessidade de correr atrás do tempo perdido. Meu desejo como profissional é de contribuir com uma sociedade tão carente de valores sólidos como a nossa, ajudando-a a melhorar através do meu sonho que se realizou. Se isso é utopia, não sei.

---

1. Nesse texto comovente, o advogado com a inscrição mais recente na OAB Joinville, a convite do Conselho Editorial e de Apoio da Revista, conta como realizou o sonho de se tornar advogado aos 54 anos de idade e como a luta por uma sociedade mais digna o trouxe até aqui.
2. Paulo Roberto Bezerra de Almeida é advogado inscrito sob o nº 61.305. No momento de convite para escrever o artigo, era o número de inscrição mais recente da Subseção de Joinville.

Ser advogado não significa desejar um status social ou o querer de altos ganhos financeiros, pois estes são uma consequência do seu empenho e dedicação enquanto um profissional ético, dedicado e diligente.

O advogado tem a obrigação moral e ética de servir como exemplo para as próximas gerações, na medida em que não somos aquele que sempre ganham, mas aqueles que aplicam a justiça em sua forma pura.

Durante a faculdade, o pretenso advogado sonha em mudar o mundo, abrir os olhos da sociedade através do conhecimento e dos seus direitos.

Ser advogado é respirar, transpirar e principalmente viver o Direito. Ser advogado é estar sempre instigado e imbuído do espírito de Justiça. É nunca esquecer que a Justiça é feita pelos homens e que eles são seres falíveis.

Ser advogado é, porque não dizer, trabalhar muito, arduamente, incessantemente, a qualquer hora, a qualquer dia, seja feriado ou final de semana, porém, é um trabalho muito honroso e gratificante para quem o faz com dedicação, honestidade e honradez.

Ser advogado não é simplesmente conhecer leis e procedimentos, mas aplica-los no momento e nas condições certas e, com isso, ajudar o próximo.

Ser advogado é estar sempre disposto a estudar, buscando constantemente e incessantemente o conhecimento. É também se atualizar constantemente, pois vivemos em um mundo cada dia mais tecnológico.

Na nossa profissão de advogado sempre teremos grandes desafios, mas, faremos deles o alicerce e o arcabouço de nossa profissão.

O bom advogado age com destreza, bom senso, imparcialidade, diplomacia e dignidade.

Essa profissão que, muitas vezes só é reconhecida pela parte quando o resultado é favorável a ela, é indispensável na construção de um mundo melhor.

Sem essa profissão a democracia não seria um desafio ainda maior, a liberdade, seja ela de expressão, de consciência ou religiosa, dentre outras, não existiriam de forma plena e factível.

É uma profissão na qual entramos constantemente em universos desconhecidos, conhecendo e convivendo com pessoas diferentes e ao mesmo tempo passamos a interagir nesse novo mundo, que vai agregando conhecimento e expertise ao advogado. É conhecer, interagindo em cada universo, em cada mundo, compartilhando e recriando espaços com diferentes pessoas nesses cenários.

A verdadeira e ideal profissão de advogado é aquela que anda de mãos dadas com a justiça social e com a realidade.

DO ORDENAMENTO JURÍDICO DO CONSELHO DA EUROPA NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA TRANSNACIONALIDADE

Alessandra Ramos[1]
Henrique S. P. Palhares[2]

Resumo: O presente artigo estuda, a partir de aspectos gerais do fenômeno da globalização e da transnacionalidade, o modelo de organização da tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu fundamentado nos seus modelos de ordenamentos jurídico. O estudo apresenta, em especial, a interação e procedimentos do Conselho da Europa na tutela dos direitos fundamentais, com o sistema judicial interno dos Estados Membros da União Europeia ou Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, na forma de ordenamento jurídico válido e eficaz. A metodologia utilizada foi o método indutivo de pesquisa. Considerando a necessidade existente, diante do fenômeno globalização, este ordenamento europeu de tutela (Conselho da Europa) poderia ser o ordenamento inicial de um ordenamento jurídico transnacional de tutela de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Transnacionalidade; União Europeia; Conselho da Europa; Ordenamento Jurídico.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto realizar uma análise do ordenamento jurídico do Conselho da Europa na tutela dos Direitos Fundamentais a partir da transnacionalidade.

No início do trabalho é realizada uma breve exposição sobre o fenômeno da globalização e a necessidade de um direito transnacional na proteção dos direitos fundamentais.

Em seguida se apresenta o sistema europeu atual de tutela dos direitos fundamentais e seus três ordenamentos jurídicos considerando o Conselho da Europa, a União Europeia e o ordenamento jurídico internalizado de cada Estado no espaço europeu.

A partir da Corte Europeia dos Direitos Humanos e da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – ordenamento jurídico do Conselho da Europa – são estabelecidos procedimentos e práticas de um ordenamento jurídico na tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu (União Europeia) que se mostra válido e eficaz.

Para construção do estudo busca-se uma leitura do modelo do ordenamento do Conselho da Europa como um ordenamento jurídico completo, a partir de uma análise da transnacionalidade decorrente no fenômeno da globalização.

Vale ressaltar que o trabalho não contempla nenhuma análise das questões debatidas por doutrinadores acerca de discussões constitucionais da Corte Europeia dos Direitos Humanos e da necessidade ou não da criação de uma constituição europeia multinível.

O artigo concentra o estudo e a pesquisa na organização jurídica do espaço europeu na tutela dos direitos fundamentais, especialmente quanto ao ordenamento jurídico do Conselho da Europa como possível modelo inicial de proteção transnacional de direitos fundamentais, não havendo qualquer indagação ou análise de quais critérios

1. Advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 10.244 e Professora Universitária; Mestre em Ciência Jurídica; Joinville-SC, e-mail: alessandraramos.adv@gmail.com; site: www.alessandraramos.com.br.
2. Acadêmico de Direito; Joinville-SC; e-mail: henriquepalhares28@gmail.com.

devem embasar este direito transnacional de tutela de direitos fundamentais para ser respeitado por todos os povos e nações.

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

É fato que a sociedade atual vive de forma globalizada na qual há questões sociais, ambientais, culturais, políticas e econômicas, principalmente, que transcendem o espaço de autonomia dos governos nacionais, passando a existir uma transnacionalidade com fenômenos globalizados.

Surgem espaços e situações complexas que determinam a necessidade de construção de um direito transnacional, uma vez que não atendida a realidade fática pelos direitos nacionais.

Sobre o fenômeno da globalização, doutrina Oliviero; Cruz (2014, p.11-12),

> A globalização, entendida como processo dinâmico, afirmou-se com extraordinária rapidez seja do ponto de vista quantitativo (impondo-se em todas as áreas geográficas do mundo), seja do ponto de vista qualitativo (condicionando os institutos característicos dos ordenamentos estatais singulares). Ainda que as tentativas de definição de tal fenômeno abundem na literatura jurídica e econômica, nesta sede, pela finalidade dos escritos que seguem, propõe-se uma que aparece particularmente funcional. Em geral, a globalização indica um fenômeno de progressivo alargamento da esfera das relações sociais até um ponto que potencialmente coincide com o planeta inteiro. Em particular, a globalização significa também interdependência global, por isso modificações substanciais que ocorram em uma parte do planeta têm repercussões também em outro ângulo do próprio planeta, em tempos relativamente breves.

Tem-se assim, que a globalização produz fenômenos com elevada intensidade e rapidez de forma global nos campos jurídico, econômico, social, cultura e ideológico conforme Oliviero; Cruz (2015, p. 12).

Ainda de acordo com Oliviero; Cruz (2014, p.15), no campo jurídico, a ausência de um sistema global, de regras e de um sistema transnacional, determina que novos espaços jurídicos que surgem da globalização são regidos por uma transnacionalidade jurídica que se apresenta de forma multidimensional, com trajetórias singulares, mas não se constituindo em sistema de governança global.

A produção jurídica em tempo de globalização parece transformar o sistema do período moderno, onde o sistema jurídico era apenas estatal, propondo transformar este modelo em um esquema relacional baseado na centralidade do indivíduo “liberto” das relações comunitárias, no qual o órgão judicial perde progressivamente seu caráter de territorialidade.[3]

Dentre as características da transnacionalidade dos sistemas jurídicos surge a superação do territorialismo do poder do estado nacional de forma integrada do indivíduo na globalização. Ocorre que o novo paradigma de sistema normativo transnacional não foi construído, tendo-se apenas sistemas em transformação.

No processo de transformação destacam-se os aspectos jurídicos relacionados ao contencioso judiciário, através da análise de decisões dos principais tribunais nacionais, da Corte de Justiça da União Europeia e dos tribunais ligados aos organismos

3. “Atualmente é quase lugar-comum apontar como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta se está gradualmente redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de híbrida configuração.” (OLIVIERO; CRUZ, 2013, p. 34).

supranacionais, percebendo-se o estabelecimento de forma gradual de uma nova ordem de relações sociais, especialmente na proteção dos direitos fundamentais. De acordo com Oliviero; Cruz (2013, p.36),

> [...] Esse processo se baseia em duas tendências jurídicas bem precisas: por um lado, a adaptação interpretativa à leitura dos direitos fundamentais dada pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo e seguida, sem mais resistências, pelos tribunais nacionais (sobretudo na Europa). Por outro lado, a ocorrência, cada vez mais frequente, de casos nos quais os juízes optam livremente em utilizar normas concebidas em outros países (*lex alii loci*) para interpretar o direito em vigor no seu próprio ordenamento jurídico interno. Isso é o que a doutrina chama de diálogo horizontal, ou seja, aplicação de norma não nacional sem a necessidade de processos de integração supranacional entre Estados. Também é um exemplo de diálogo horizontal a produção e aplicação de normas jurídicas inerentes à matéria comercial, de informática e esportiva, como regras de conduta e que envolve o setor privado na ausência ou em substituição às regras do Estado.

A partir destes aspectos da globalização e da transnacionalidade, o estudo segue para a análise e considerações do sistema europeu de tutela dos Direitos Fundamentais.

2. DO SISTEMA EUROPEU DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais[4] ou direitos do homem no espaço europeu na atualidade possuem uma estrutura dividida em três ordenamentos jurídicos, tendo cada qual três jurisdições e fundamentos legais diversos.

Assim, no espaço europeu, tem-se o Conselho da Europa, a União Europeia e o ordenamento jurídico de cada Estado europeu na tutela dos direitos fundamentais, não caracterizando esta ordem exposta nenhuma forma de hierarquia jurídica.[5]

O Conselho da Europa está fundamentado na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e tem jurisdição na Corte Europeia dos Direitos Humanos com sede em Estrasburgo na França.

A União Europeia está fundamentada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também chamada de “Carta de Nice” e tem jurisdição na Corte de Justiça da União Europeia com sede em Luxemburgo.

O ordenamento jurídico individual dos Estados europeus está fundamentado na Constituição de cada Estado e sua legislação, e tem sua jurisdição nacional (Constituição e Comum), e sede em seu próprio país de acordo com suas normas jurídicas.

No sistema de proteção dos direitos fundamentais no espaço europeu, o Conselho da Europa e a União Europeia são ordenamentos jurídicos distintos e autônomos.

Pode ser destacada uma importante diferença situada no campo da competência de atuação destes ordenamentos, onde tem-se que: todos os Estados Membros da União Europeia são membros do Conselho da Europa, todavia, nem todos os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais são integrantes da União Europeia.

---

4. “Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no âmbito do direito constitucional e do chamado direito internacional dos direitos humanos.” (SARLET, 2015, p. 21).

5. Aula ministrada na Università Degli Studi Di Perugia (Universidade de Perugia), Módulo **La Tutela Multilivello dei Diritti Fondamentali in Europa** – Professor OLIVIERO, Maurizio, apresentação FELICIONI, Sofia, em 10.11.2014.

Outras diferenças entre os ordenamentos do Conselho da Europa e da União Europeia situam-se nos campos dos princípios e valores de cada instituição, nos fins políticos e também nas fontes do Direito.

A partir desta exposição, será realizada uma apresentação do ordenamento jurídico do Conselho da Europa na tutela dos direitos fundamentais, através da Corte Europeia dos Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

3. DA CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS[6]

Todos os Estados Europeus participantes do Conselho da Europa, através de acordo internacional, firmaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, criando uma Corte com finalidade exclusiva de proteção dos Direitos Humanos: a Corte Europeia dos Direitos Humanos com sede em Estrasburgo, na França.

A Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é um parâmetro aos países para examinar constitucionalmente suas normas internas e um critério para interpretação das normas internas. Assim, em caso de conflito entre uma norma constitucional interna com uma norma estabelecida na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais o Juiz ou Tribunal interno do Estado europeu deverá julgar segundo o caminho de interpretação constitucional para identificar as compatibilidades das normas, e, se não for possível a interpretação, irá examinar constitucionalmente a norma interna de acordo com o parâmetro da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Conforme Gambino (2009, p. 105), pode ser considerado que o modelo europeu assegura o julgamento justo dos direitos fundamentais por um tribunal independente e imparcial.

Ainda de acordo com Gambino (2009) a positivação dos direitos fundamentais é um fato importante tanto em seu valor simbólico e de identidade dos direitos fundamentais tratados como base de expressão em um espaço público, quanto um parâmetro europeu de Justiça para configuração de um modelo social europeu.[7]

Importante ressaltar que podem recorrer para a Corte Europeia dos Direitos Humanos os Estados Membros da União Europeia, os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e todos os indivíduos (pessoas físicas) destes Estados que tiverem violado um de seus direitos reconhecidos pela Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Para interposição de recurso para a Corte Europeia dos Direitos Humanos, todos os recursos e instâncias internas/nacionais do Estado envolvido deverão ser exauridas/esvaziadas anteriormente.

---

6. Aula ministrada na Università Degli Studi Di Perugia (Universidade de Perugia), Módulo **La Tutela Multilivello dei Diritti Fondamentali in Europa** – Professor OLIVIERO, Maurizio, apresentação FELICIONI, Sofia, em 10.11.2014.

7. "*Tale otica, la positivizzazione della Carta dei diritti rappresenta amento importante, sia nella sua portata simbolica e identita - diritti fondamentali assunti come base ed espressiona di un uno spazio pubblico sia in quella di parametro europeu one del Giustice deell´Unione, suprattutto per configurazione ultima attuazione di un compiuto modello sociale euro* [...]" (GAMBINO, 2009, p. 115).

As decisões/acórdãos proferidos pela Corte Europeia dos Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo) possuem eficácia[8] jurídica assegurada conforme Artigo 46 da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, "Art. 46 CEDU: *'le Alte Parte Contraenti si impegnano a conformasi alle sentenze defintive della Corte sulle controversie nelle quanli sono parti'*".[9]

Para assegurar a eficácia da decisão do Tribunal de Estrasburgo, ele tem autonomia de executar suas decisões no Estado que não acatar o cumprimento da decisão (inadimplente) com a aplicação de determinação de pagamento de um valor em dinheiro como compensação financeira pelo descumprimento, bem como aplicar medidas (tanto gerais quanto individuais) que ponham termo/encerrem a violação reconhecida pela Corte Europeia dos Direitos Humanos e para restaurar o estado de direito e de fato anteriores à violação do direito tratado.

A Corte Europeia dos Direitos Humanos também adota o efeito vinculante de suas decisões/julgamentos, tendo como principais objetivos desta prática o atendimento imediato às vítimas das violações e a diminuição da carga de trabalho do tribunal em casos semelhantes, dispondo de mais tempo para julgamento de caso complexos.

Com a prática do efeito vinculante das decisões/julgamentos pela Corte Europeia são identificados os problemas sistemáticos ou estruturais ao se detectar vários casos semelhantes de violação de um mesmo direito assegurado ou determinadas práticas dentro de um Estado. Identificados estes problemas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ela deverá apresentar medidas corretivas que deverão ser tomadas em nível nacional pelo Estado no cumprimento da medida.

A Corte Europeia dos Direitos Humanos possui também uma competência consultiva junto aos Estados Europeus, emitindo pareceres consultivos a respeito de questões de princípios relativos às matérias de interpretação ou aplicação dos direitos definidos na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

A partir dos estudos da transnacionalidade e do fenômeno da globalização será realizada uma leitura do modelo do ordenamento jurídico do Conselho da Europa na tutela dos direitos fundamentais.

4. UMA LEITURA DO MODELO DO ORDENAMENTO JURÍDICO DO CONSELHO DA EUROPA NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo que foi exposto até aqui, trata-se de uma nova visão para garantir a eficácia do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais das pessoas diante da globalização.

O surgimento de um Direito Transnacional reconhecido e principalmente respeitado por todas as culturas, povos e nações com garantias dos direitos fundamentais mostra-se necessário diante de um cenário de enfraquecimento dos tratados internacionais existentes que atualmente tratam o tema.

Conforme Soares (2011, P. 149),

8. "Eficácia. 1. Poder de uma norma de produzir, no tempo e no espaço, os efeitos desejados. Neste sentido, o mesmo que 'Efetividade'. 2. Qualidade que possui a norma jurídica de alcançar o objetivo que determinou a sua vigência, quer pela obediência a seu ordenamento, quer pela aplicação da sanção nela prevista. 3. A eficácia de uma norma pode ser ameaçada pela 'desobediência civil" (V.), pela impossibilidade de seu cumprimento (*ad impossibilita nemo tenetur*), ou por caducidade." (MELO, 2000, p.36).

9. "[...] as partes Contratantes comprometem-se a cumprir com a decisão final da Corte em todo caso em que forem partes." (tradução dos autores).

> "[...] A partir do momento que a globalização coloca em contato tantas culturas diferentes, com diversidades em costumes, religiões, desenvolvimento tecnológico e também sistemas jurídicos, é certo que se exige uma nova postura das pessoas, instituições e Estados."

Pode-se verificar no presente estudo que o modelo de ordenamento jurídico do Conselho da Europa possui eficácia junto aos países da União Europeia e outros Estados do continente europeu que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, na proteção dos direitos fundamentais.

Diante da necessidade, com o fenômeno da globalização, de um Direito Transnacional na proteção dos direitos fundamentais, será realizada uma leitura do modelo do Conselho da Europa ordenamento jurídico dentro do Direito, a partir da transnacionalidade como modelo de ordenamento jurídico inicial de proteção transnacional de direitos fundamentais.

Bobbio (2014, p. 35) ressalta que o contexto de normas jurídicas que guardam relações particulares entre si costuma ser chamado de ordenamento jurídico.

Já Lumia (2003, p. 65) ressalta que um ordenamento jurídico não se trata de um simples conjunto de normas, que ao acaso são colocadas lado a lado, mas sim, um conjunto de normas dentro de uma estrutura[10].

Conforme Lumia (2003, p. 66-67) o ordenamento jurídico é um sistema de normas, com relações estabelecidas entre si de coordenação onde o ingresso de uma nova norma modifica o sistema, e de subordinação, no qual as normas tem relação de subordinação, extraindo sua validade da norma superior até atingir a norma fundamental.

Também para Lumia (2003, p. 67) o ordenamento jurídico é dinâmico em que as próprias normas sofrem transformação, podendo ser criadas novas normas sem que o ordenamento perca sua identidade.

O ordenamento dentro de sua estrutura afirma LUMIA, (2003, p. 67), "[...] é dotado de uma capacidade de auto-regulação, enquanto compreende certos dispositivos destinados à própria conservação, que acionam um mecanismo coativo em cadeia, destinado a assegurar-lhe a eficácia." (*sic)*

E finalmente, Lumia (2003, p. 67) destaca que cada ordenamento jurídico se apresenta como um sistema fechado, onde sua validade não depende de outros sistemas normativos.

Quando trata dos problemas no ordenamento jurídico em sua teoria, Bobbio (2014, p. 44) argumenta que,

> "O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis quando se considera apenas uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o fundamento mesmo da validade."

Esta questão da validade e da eficácia no ordenamento jurídico do Conselho da Europa está superada junto aos Estados Membros da União Europeia e aos países que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

10. "Se por estrutura deve-se entender, como propõe Piaget, 'um sistema total de transformações auto-reguladoras', parece evidente que o ordenamento jurídico constitui, de fato, uma estrutura. […]" (*sic*) (LUMIA, 2000, pp. 67-68)

Conforme já exposto neste estudo, as decisões, acórdãos e julgamentos proferidos pelo Tribunal de Estrasburgo – Corte Europeia dos Direitos Humanos – possuem eficácia jurídica assegurada conforme Artigo 46 da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

E, também conforme já apresentado, para assegurar a eficácia da decisão do Tribunal de Estrasburgo, ele tem autonomia de executar suas decisões no Estado que não acatar o cumprimento da decisão (inadimplente) com a aplicação de determinação de pagamento de um valor em dinheiro como compensação financeira pelo descumprimento, bem como aplicar medidas (tanto gerais quanto individuais) que ponham termo/encerrem a violação reconhecida pela Corte Europeia dos Direitos Humanos e para restaurar o estado de direito e de fato anteriores à violação do direito tratado.

Também superado no ordenamento jurídico do Conselho da Europa o problema apresentado por Bobbio (2014) quanto à *unidade* das normas que o constituem. Para Bobbio (2014, p. 68) a norma fundamental pode ir além da norma constitucional e é uma exigência fundamental para a validade do ordenamento jurídico,

> "[...] Não somente, portanto, a exigência da 'unidade' do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento."

Lumia (2003, p. 76) destaca que no vértice do processo de normatização existe a 'norma fundamental' (assim nominada por Kelsen), a qual convalida as normas constitucionais. Por sua estrutura social, o Conselho da Europa não possui as chamadas 'normas constitucionais', mas possui uma norma fundamental que valida todo o ordenamento jurídico do Conselho da Europa na tutela dos direitos fundamentais: a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

O ordenamento do Conselho da Europa está devidamente organizado e possui sua norma fundamental escrita e expressa através da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, tratando-se de um ordenamento jurídico diverso aos ordenamentos nacionais dos países, uma vez que não vinculado à um Estado específico e seu ordenamento constitucional, mas através da proteção de direitos fundamentais em multinível.

Ainda na análise do ordenamento jurídico do Conselho da Europa com fundamento na Teoria do Ordenamento Jurídico de Bobbio (2014, p. 111), "A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento."

No ordenamento jurídico do Conselho da Europa a coerência se faz presente com a hierarquia de normas estabelecida. Conforme já exposto, a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é um parâmetro aos países para examinar constitucionalmente suas normas internas e um critério para interpretação das normas internas. Também podem recorrer para a Corte Europeia dos Direitos Humanos os Estados Membros da União Europeia, os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e todos os indivíduos (pessoas físicas) destes Estados que tiverem violado um de seus direitos reconhecidos pela Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, sendo critério para a interposição destes recursos que todos os recursos e instâncias internas/nacionais do Estado sejam esvaziados anteriormente.

Da mesma forma, dentro de todos os procedimentos estabelecidos dentro do ordenamento jurídico do Conselho da Europa está estabelecida a forma de

relacionamento deste ordenamento jurídico com os ordenamentos jurídicos internos dos Estados Membros da União Europeia e os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Assim, sob uma análise do ordenamento jurídico como uma estrutura ou um sistema de normas dentro do que foi estudado neste artigo, na interação do ordenamento jurídico do Conselho da Europa com os Estados Membros da União Europeia e os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, não caberia falarmos em pluralidade de ordenamentos jurídicos na forma praticada pelos tratados internacionais ou comunitários, mas sim de um ordenamento jurídico único, no qual a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é um parâmetro aos países para examinarem constitucionalmente suas normas internas e também um critério para interpretação de suas normas internas.

O modelo de ordenamento jurídico adotado hoje pelo Conselho da Europa na tutela dos direitos fundamentais poderia ser um modelo inicial de ordenamento jurídico destes direitos fundamentais em nível global, atingindo todos os povos e nações, na forma de um direito transnacional. O grande desafio (que não é objeto deste estudo) seria o estabelecimento da “norma fundamental” e os valores deste ordenamento jurídico global.

CONCLUSÃO

O fenômeno da globalização é uma das discussões de temática atual e transforma o mundo numa rede multicultural. O cenário mundial apresenta diversos conflitos entre instituições e indivíduos, entre instituições nacionais, internacionais e entre Estados, conflitos estes que interferem nas sociedades de todo o mundo. O direito nacional de cada Estado não é mais absoluto e eficaz, gerando conflitos através do relativismo de normas e valores.

O modelo de organização da tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu desperta o interesse face seus modelos de ordenamentos jurídicos. Em especial neste estudo e pesquisa, a organização jurídica de interação do Conselho da Europa com o sistema judicial interno dos Estados Membros da União Europeia ou Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais nos mostra que atualmente trata-se de um ordenamento jurídico de proteção dos direitos fundamentais válido e eficaz no espaço europeu.

Ao analisar-se este ordenamento jurídico do Conselho da Europa na tutela dos direitos fundamentais como Ordenamento Jurídico de Direito conclui-se neste estudo que se trata de um ordenamento jurídico completo. E, a partir da análise da transnacionalidade, considerando o fenômeno da globalização e a necessidade existente de um direito transnacional de tutela dos direitos fundamentais, tal modelo[1] de ordenamento jurídico do Conselho da Europa na tutela dos direitos humanos poderia ser

1. “Modelo 1. Uma das espécies fundamentais de conceitos científicos (v. Conceito), mais precisamente o que consiste na disposição caracterizada pela ‘ordem’ dos elementos que se compõe, e não pela natureza desses elementos. [...] Para ser útil, um M. deve ter as seguintes características: 1) simplicidade, para que seja possível sua definição exata; 2) possibilidade de ser expresso por meio de parâmetros suscetíveis de tratamento matemático; 3) semelhança ou analogia com a realidade que se destina explicar.[...]” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 678.

o fundamento inicial de um ordenamento jurídico de direito transnacional de tutela de direitos fundamentais (global).

A continuidade deste estudo é de fundamental importância para situações que com a globalização rapidamente atingem a todas as sociedades do mundo – e em vários segmentos sociais como cultura, economia, saúde e outros – a exemplo do que ocorreu e ocorre com a pandemia do Covid-19.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014.

GAMBINO, Silvio (Org). **Diritti Fondamentali e Unione Europea,** Una Prospettiva Costituzional-Comparatística. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito.** Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Introdução: As Dimensões Legais da Globalização.** In: OLIVEIRO, Maurizio.; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). As Trajetórias Multidimensionais da Globalização. Itajaí: Univali, 2014, e-book ISBN 978-85.7696-136-9.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Mário. **Fundamentos de Direito Transnacional.** *In*: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. Itajaí: Univali, 2013, e-book ISBN 978.85-7696-119-2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. Atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOARES, Josemar Sidinei. **A Ética como Critério para Mediação de Conflitos entre Sistemas Jurídicos na Contemporaneidade.** In: Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC-Rio, n.39, p. 140 a 163, jul/dez 2011, ISSN 1516-6104.

REFLEXÕES SOBRE ENSINO E EDUCAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS PANDÊMICOS: UMA GESTÃO DA CRISE PEDAGÓGICA NA CRISE SANITÁRIA E O PAPEL INSTITUCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Augusto Barbosa Hackbarth[1]
Rafaela Rocha do Prado[2]

Resumo: O ensino jurídico no Brasil suscita críticas de diversas matizes, na mesma medida em que a educação básica. Os números revelam rendimento insatisfatório dos alunos matriculados no ensino fundamental e médio, e o fraco desempenho escolar manifesta seus efeitos deletérios nos cursos de graduação. Parece haver, à primeira vista, uma relação inversa entre o incremento tecnológico das ferramentas de aprendizagem e o desempenho discente; as aulas à distância, os ambientes virtuais e o acervo bibliográfico digitalizado são recursos valiosos que, a despeito de seu valor para a disseminação de informação, acabam por não afetar diretamente o desempenho estudantil nacional. Voltando ao ensino jurídico, vislumbra-se uma crise geral que deságua em número desalentador de aprovados no exame da Ordem dos Advogados do Brasil; e os cursos de Direito, também avaliados pelo Conselho Federal da OAB, atendem a requisitos mínimos de qualidade em poucos casos. Em Joinville, os cursos de Direito aprovam não mais que cerca de um terço de seus acadêmicos inscritos – número superior à média nacional, mas que nem por isso deixa de recomendar cautela. Diante desse cenário, e tomando-se como pano de fundo a missão institucional da OAB, questiona-se o papel da Ordem no aprimoramento do ensino superior, e também na educação básica, como elemento cívico de conscientização política, cultura jurídica e promoção da dignidade.

Palavras-chave: Educação; Ensino Jurídico; Crise; Exame de ordem; OAB.

INTRODUÇÃO

Qualquer discussão ou digressão acerca do ensino jurídico no Brasil suscita, de imediato, uma questão que não inquieta apenas o mundo do Direito: uma "crise do ensino", genericamente considerada, é observada por renomados especialistas de diversas áreas acadêmicas. O filósofo Luiz Felipe Pondé, sem se despir da contumaz acidez, fala na educação contemporânea (e na pedagogia) como algo "sem rumo", em que a função das escolas se resume a ocupar o tempo das crianças (PONDÉ, 2015).

Friedrich Nietzsche, em seu "Crepúsculo dos ídolos", manifesta preocupação com a pressa com que os jovens são postos a escolher uma profissão (23 anos de idade). Aduz o filósofo: "*Homens de um tipo superior, se me permitem dizê-lo, não gostam de 'profissões', precisamente porque sabem que têm vocações*" (p. 72). De se anotar, no ponto, que a tenra idade dos que concluem o ensino médio nos parece insuficiente tanto à definição de uma profissão, quanto à identificação de algo que se possa chamar de "vocação profissional". De todo modo, é curioso notar que a Alemanha de fins do séc. XIX já vislumbrava uma "decadência do ensino superior" (NIETZSCHE, 2012, p. 71).

De lado a abstração filosófica – que em nada a invalida como instrumento de especulação acadêmica, números bastante palpáveis deixam ver que continua existindo motivo para preocupação. Se o acesso à educação superior experimentou recente incremento no aspecto quantitativo, o mesmo não se pode dizer – é o que parece – no plano qualitativo.

E persiste, porque atual, a advertência de Henry Thoreau: "cuidado com qualquer

1. Procurador do Estado de Santa Catarina em Joinville/SC; pós-graduado em Direito Constitucional pela UNIDERP/Anhanguera; *e-mail:* augustohackbarth@gmail.com.
2. Advogada, pós-graduanda em Direito Processual Civil e Direito Tributário pelo Instituto Damásio de Direito e Faculdade Ibmec SP; *e-mail:* rrprado.adv@gmail.com.

empreitada que exija roupas novas, e não um novo homem dentro dessas roupas" (THOREAU, 2018, p. 26). Ora, não faz muito sentido que o amplo acesso ao ensino superior se esvazie diante da absoluta falta de conteúdo qualitativo mínimo dos cursos disponíveis.

No mundo do Direito, com suas peculiares vicissitudes e idiossincrasias, as mazelas do sistema educacional se fazem notar em diversas frentes, sendo a mais notória o baixo índice de aprovação no exame exigido como pré-requisito para o exercício profissional da advocacia. Eventuais críticas à aprovação em exame de proficiência como requisito para o exercício de atividade profissional, obnubiladas pelo julgamento do RE 603.583/RS[3] no Supremo Tribunal Federal (Tema 241 da Repercussão Geral), não infirmam o dado empírico de que apenas um percentual muito modesto dos pretendentes chega a ostentar a almejada habilitação.

Antes de analisar os números, é mister que se situem as "espécies" de crise do ensino jurídico aqui invocadas.

De um lado, há o que se chama na doutrina de crise do modelo de ensino jurídico, filiado a uma matriz liberal-individualista-normativista e refratário à viragem filosófica (linguístico-ontológica) da hermenêutica jurídica (STRECK, 2007, p. 37). Para além do viés ideológico que anima tal crítica, coloca-se uma questão também filosófica relacionada à linguagem como condição de possibilidade para a hermenêutica, sobrepujando os "paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência)" (STRECK. 2007, p. 28), calcados no dedutivismo subsuntivo, e substituindo-os pelo protagonismo da filosofia da linguagem, esta última alçada à condição de possibilidade da interpretação do Direito, e não mais "uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto" (STRECK, 2007, p. 29).

Trata-se, portanto, de uma revolução paradigmática que renova a concepção tradicional da hermenêutica jurídica, partindo do suposto de que não se pode cindir os fenômenos da interpretação e aplicação do Direito (em outras palavras, não se faz interpretação "em abstrato"), de modo que a interpretação exige e se confunde com a própria concretização do comando textual.

Critica-se, em suma, a cristalização de um "senso comum teórico" do jurista (WARAT, 2004) que funciona formando standards (súmulas, resumos de súmulas e ementários) e "simplificando" sua aplicação, pouco importando o cientificismo da empreitada.

De outro lado, há uma crise anterior, possivelmente ligada à educação de base, e que faz com que o neófito chegue aos bancos acadêmicos sem ter lido o suficiente, com grave dificuldade na interpretação de textos e comandos simples, e afogado pela necessidade de aplicar desde já (mais comumente no seu estágio curricular) um conhecimento que não possui. Observa-se, então, que o jovem aspirante não só luta para (re)aprender o básico necessário a pragmática forense (construção e interpretação de texto), como também começa absolutamente do zero o seu processo de educação jurídica. Em outras palavras: o jovem chega ao curso de Direito sem qualquer contato

3. TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.

prévio com os institutos mais elementares, e desde cedo é convidado a compreendê-los por meio de resumos e súmulas que aprisionam os sentidos, desvinculados da realidade fática.

Não é exagero dizer, por certo, que o jovem egresso do ensino médio chega ao seu curso de graduação sem saber sequer explicar o que é e quais as implicações da "República Federativa" na qual sempre viveu. Mas o problema não é do ensino médio, senão do sistema educacional como um todo. É o que os números parecem indicar.

Há, portanto, uma crise de educação jurídica genericamente considerada (gênero), que podemos subdividir em espécies, sendo as seguintes: (i) crise do ensino jurídico do ponto de vista hermenêutico-filosófico; (ii) crise do ensino de base que se revela nos bancos acadêmicos; (iii) crise de educação jurídica *stricto sensu*, no sentido de que o jovem egresso do ensino médio não recebe qualquer noção técnica de cidadania, política e direitos fundamentais, o que repercute negativamente no âmbito da própria (pré)compreensão (*Vorverständnis*) inicial de tais temas (BONAVIDES, 2010, p. 597).

1. EDUCAÇÃO, ENSINO JURÍDICO E CRISE

Para falar de educação, socorremo-nos inicialmente do pai da sociologia – Émile Durkheim, porque urge definir um consenso sobre o sentido da "educação" a qual seguidamente nos referimos. Em sua obra "Educação e Sociologia", o sociólogo evoca a historicidade do fenômeno educacional, lembrando que a busca por uma "definição ideal" de educação terminaria por excluir a influência do processo histórico de cada civilização: a educação romana, voltada a formar homens de ação inclinados à glória militar; a educação cristã medieval, marcada pelo controle da Igreja Católica; a educação renascentista, de traços laicos e literários; e, enfim, a educação moderna de cariz científico que conhecemos hodiernamente. Abstraindo as particularidades de cada sistema, em busca de um conceito puro ou ideal, chegar-se-ia a um "sistema educacional que não tem, em si mesmo, nada de real" (DURKHEIM, 2010, p. 29). "Há, portanto, em cada época, um tipo regulador de educação do qual não podemos nos afastar sem contrariar vivas resistências que impeçam as veleidades de dissidências" (p. 30).

Assim é que, para o autor, o sistema de educação apresenta um duplo aspecto: é ao mesmo tempo único e múltiplo. Único, no que toca ao conjunto de noções gerais, o "conjunto de ideias sobre a natureza humana, sobre a importância respectiva de nossas diferentes faculdades, sobre o direito e o dever, sobre a sociedade, sobre o indivíduo, o progresso, a ciência, a arte, etc." (DURKHEIM, 2010, p. 35). E múltiplo, por fim, no que se refere à diversidade do conhecimento necessário ao desempenho das múltiplas profissões que conhecemos, além de tantas outras que já se extinguiram.

Para Durkheim, a educação constitui o "ser social" (2010, p. 37) em cada um de nós, que se acopla ao ser individual – conjunto de estados mentais que só a nós mesmos dizem respeito. E eis que se desenha o conceito de educação: "(...) ação exercida pelas gerações adultas sobre as que ainda não estão maduras para a vida social, tendo por objeto suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais dela exigidos tanto pela sociedade política em seu conjunto quanto pelo meio especial ao qual ela está particularmente destinada" (DURKHEIM, 2010, p. 36-37).

Como antecipado em nível introdutório, uma crítica ao ensino jurídico se faz do ponto de vista filosófico, como segmento de uma crise de todo o sistema jurídico; e há também uma crítica possível ao que se chamará aqui de "educação jurídica" – uma agnosia jurídica generalizada na formação de base. O jovem chega à academia sem

qualquer concepção prévia de Direito Constitucional ou Ciência Política, tudo isso agravado pelo conhecimento precário da língua portuguesa culta, da literatura, da história brasileira e mundial, etc. Tal quadro divide espaço com a multiplicação dos meios de difusão da informação, acesso remoto a cursos de todo o país/mundo, sofisticação do acesso à internet, entre outros, o que parece sugerir uma relação inversa entre a modernização dos meios e a qualidade do ensino em si considerado.

A questão assume relevo de certo modo dramático, no momento em que a maior crise sanitária das últimas décadas impõe distanciamento e o uso compulsório de ferramentas e ambientes digitais pelas escolas e universidades – o que deveria ser apenas motivo de celebração (diante do rico acervo de recursos educativos utilizáveis à distância), mas acaba por preocupar. Se os métodos tradicionais não vinham funcionando a contento, ao menos em termos de atingimento das metas visadas, o que esperar das ferramentas tecnológicas alternativas?

O tempo, inexorável, trará as respostas a essa indagação. Quanto ao passado recente, as estatísticas citadas adiante parecem confluir. Não é equivocado cravar que os problemas da educação brasileira começam já no ensino fundamental.

Criado em 2007, o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) é calculado a partir da taxa de rendimento escolar (aprovação), cujos índices são obtidos anualmente pelo censo escolar, e as médias de desempenho nos exames aplicados pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira). Médias, essas, oriundas da aplicação “Prova Brasil” (para escolas e municípios), e do Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb) – para o país e os estados – que são realizados a cada dois anos.

O principal escopo do Ideb é funcionar como “indicador nacional que possibilita o monitoramento da qualidade da educação pela população por meio de dados concretos, com o qual a sociedade pode se mobilizar em busca de melhorias” (*web,* 2018). O objetivo traçado até 2022 é atingir a pontuação “6”, que corresponde à média do sistema educacional dos países desenvolvidos, cumprindo ressaltar que a pontuação do Ideb varia de 0 a 10.

A tabela a seguir apresenta os resultados do IDEB na região sul do Brasil (PR, SC e RS) entre os anos de 2005 a 2019. Os campos grifados representam anos em que a meta projetada foi atingida:

PARANÁ						
ANO	4ª SÉRIE/5º ANO		8ª SÉRIE/9º ANO		3º ANO DO EM	
	Ideb	Meta	Ideb	Meta	Ideb	Meta
2005	4.6	-	3.6	-	3,6	-
2007	5.0	4.7	4.2	3.6	4.0	3.6
2009	5.4	5.0	4.3	3.7	4.2	3.7
2011	5.6	5.4	4.3	4.0	4.0	3.9
2013	5.9	5.6	4.3	4.4	3.8	4.2
2015	6.2	5.9	4.6	4.8	3.9	4.5
2017	6.5	6.2	4.9	5.1	4.0	5.0
2019	6.5	6.4	5.3	5.3	4.7	5.2
2021	-	6.6	-	5.6	-	5.4

SANTA CATARINA						
ANO	4ª SÉRIE/5º ANO		8ª SÉRIE/9º ANO		3º ANO DO EM	
	Ideb	Meta	Ideb	Meta	Ideb	Meta
2005	4.4	-	4.3	-	3.8	-
2007	4.9	4.5	4.3	4.3	4.0	3.8

2009	5.2	4.8	4.5	4.5	4.1	3.9
2011	5.8	5.2	4.9	4.7	4.3	4.1
2013	6.0	5.5	4.5	5.1	4.0	4.4
2015	6.3	5.8	5.1	5.5	3.8	4.7
2017	6.5	6.0	5.2	5.7	4.1	5.2
2019	6.5	6.3	5.1	6.0	4.2	5.4
2021	-	6.5	-	6.2	-	5.6

RIO GRANDE DO SUL						
ANO	4ª SÉRIE/5º ANO		8ª SÉRIE/9º ANO		3º ANO DO EM	
	Ideb	Meta	Ideb	Meta	Ideb	Meta
2005	4.3	-	3.8	-	3.7	-
2007	4.6	4.3	3.9	3.9	3.7	3.8
2009	4.9	4.7	4.1	4.0	3.9	3.9
2011	5.1	5.1	4.1	4.3	3.7	4.0
2013	5.6	5.3	4.2	4.7	3.9	4.3
2015	5.7	5.6	4.3	5.1	3.6	4.6
2017	5.8	5.9	4.6	5.3	3.7	5.1
2019	6.0	6.1	4.8	5.6	4.2	5.3
2021	-	6.4	-	5.8	-	5.5

A partir dos dados analisados, conclui-se que a data de 2013, no que diz respeito ao Ensino Médio, nenhum dos estados da região sul conseguiu atingir a meta projetada. Sendo que o Rio Grande do Sul deixou de atingi-la já em 2011. Quadro muito similar se verifica nas 8ªs e 9ªs séries do ensino fundamental.

Cláudio Castro de Moura explica que o Ensino Médio pode ser considerado a mais "engasgada" das fases da educação, por estar no meio do caminho; "não sabe o que fazer com a diversidade crescente de alunos – que também não sabem o que querem. Tem demasiadas missões: precisa arredondar a formação inicial do aluno, oferecer uma competência mínima nas ciências e nas humanidades e consolidar os valores de cidadania e identidade cultural" (MOURA, 2013, p. 119).

Ao explicar o modelo único de ensino adotado pelo Brasil, o autor conclui que

> na prática, o inchaço curricular impede que haja qualquer profundidade no tratamento do que é ensinado. Portanto, o aprendizado é superficial e de pouca consequência. Não há tempo para aplicar o que foi aprendido, portanto, não chega mesmo a ser aprendido. É o ensino escravizado ao vestibular, a pletora de perguntas lidando com filigranas de teorias periféricas. A consequência é a superficialidade do aprendizado das noções mais centrais das ciências e das humanidades (MOURA, 2013, p. 125).

Na mesma esteira, nota-se que o referido "inchaço curricular" impede ou dificulta que o aluno tenha acesso ao conhecimento realmente útil para a formação pessoal e profissional. Poucos de nossos acadêmicos receberam o mínimo de educação financeira na escola. Não compreendem economia básica, a influência da taxa de juros na dinâmica social, por exemplo, ou as consequências da emissão de moeda num cenário de crise. Não é de estranhar: os currículos omitem noções de Economia, Ciência Política e Direito Constitucional. Tais disciplinas, independentemente do caminho profissional escolhido, dizem respeito ao cerne da vida política e interessam à vida de qualquer indivíduo letrado.

A observação atenta do desempenho técnico dos jovens acadêmicos (parte-se aqui de uma generalização a partir do que se tem observado nos programas de estágio acadêmico da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina – Procuradoria Regional

de Joinville) mostra que os aspirantes não têm problema apenas com a compreensão dos textos legais. A dificuldade começa na interpretação de qualquer enunciado, e a construção e elaboração de texto normalmente não condiz com o nível curricular do seu jovem autor[4]. O estágio acaba por desempenhar, assim (e apenas obliquamente), um papel de complementação das habilidades básicas de leitura e escrita, atrasando o processo de apreensão dos conceitos mais elaborados, próprios da Ciência Jurídica.

Ocorre que tal diagnóstico, naturalmente eivado de subjetividade, não parece se apresentar isolado ou distante da representação estatística.

O documento intitulado "Exame de ordem em números" (Volume IV – ano 2020), de lavra do Conselho Federal da OAB e Fundação Getúlio Vargas (FGV), atesta o aumento vertiginoso do acesso à educação superior no Brasil, indicando que em 1995 apenas 7,2% dos jovens entre 18 e 24 anos tinham acesso ao Ensino Superior no país, enquanto em 2018 o percentual passou para 44,2%.

O censo do ensino superior, realizado pelo INEP, apurou que entre 1996 e 2018 o número de instituições de ensino superior (IES) no país foi de 922 para 2.448, enquanto os cursos de graduação no mesmo período passaram de 6,6 mil para 35,3 mil. Ainda no interstício sob exame, o número de alunos em cursos superiores saltou de 1,87 milhões para 8,28 milhões.

Veja-se a tabela a seguir, apresentando a progressão do número de cursos de Direito no país desde 1850, data de fundação dos cursos inaugurais:

Ano	Nº de Cursos
1850	2
1925	6
1962	60
1974	122
1982	130
1995	235
2000	442
2013	1.149
2017	1.203

Mais: segundo prospecção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Brasil é atualmente o país com maior número de cursos de graduação em Direito no mundo. Observou-se relevante salto entre 1995 e 2017, quando o número de vagas ofertadas passou de 55,7 para 260,9 mil. Estima-se e se espera que o número de vagas disponíveis tenda a aumentar, à medida que o ensino EAD (à distância) ganhe terreno – tendência a ser observada, mas que certamente ganha impulso após a crise pandêmica iniciada em 2020. Em 2017, verificou-se um contingente de 1,2 milhão de candidatos

4. Plauto Faraco de Azevedo, sobre a importância do domínio da língua no exercício da argumentação: "Se o legislador não a utiliza apropriadamente, confusas serão as leis, semeando a perplexidade entre as pessoas, dificultando-lhes o conhecimento de seus direitos e deveres. Se o advogado não exprime de modo preciso o que entende ser o direito de seu cliente, seu trabalho poderá confundir ao invés de esclarecer o juiz. Se não pude este enunciar de modo claro seu pensamento, de pouco lhe valerão as boas intuições e o desejo de realizar justiça. Se o consultor jurídico não for capaz de enunciar sua opinião sem deixar margem à dúvida sobre o assunto a propósito de que é consultado, será inútil quando não prejudicial seu parecer, ainda que recheado de citações. Se o órgão do Ministério Público revelar deficiência no manejo da língua, ser-lhe-á penoso o denunciar ou arrazoar, sendo-lhe inútil buscar refugiar-se na abundância do gesto ou no tom tonitroante da linguagem mal esgrimida, e por isto, não convincente" (AZEVEDO, 2000, p. 73-74).

inscritos para as vagas disponíveis, implicando concorrência média de 4,8 candidatos por vaga.

Note-se, agora, como o incremento do número total de cursos jurídicos parece não ser acompanhado de perto pelo nível qualitativo ofertado. O quadro, extraído parcialmente do "Exame de Ordem em números" (Volume IV – ano 2020), mostra a progressão no tempo dos cursos jurídicos avaliados pela OAB, indicando o total de cursos existentes em cada ano, o número de cursos avaliados e a quantidade agraciada com o "Selo OAB Recomenda" (seguido do respectivo percentual de cursos aprovados, ano a ano):

Ano	Total de Cursos	Cursos Avaliados	Cursos com Selo OAB	%
2001	380	176	52	29,5
2007	1.046	322	87	27,0
2011	1.210	790	89	11,2
2018	1.502	1.212	161	13,3

Veja-se que em 2018, o "Selo OAB Recomenda" foi concedido a 13,3% dos cursos avaliados, representando apenas 10,7% do total de cursos.

Os números impõem reflexão, máxime no estágio atual de desenvolvimento tecnológico, eis que, como dito anteriormente, nunca o estudante do ensino superior teve acesso a tantas ferramentas de aprendizagem, acervos bibliográficos digitais, facilidade e baixo custo para o comparecimento às aulas (referimo-nos à prática hoje comum de aulas *on-line*, mesmo nos cursos que não se denominam "à distância"), disponibilidade de congressos e seminários realizados no Brasil e no mundo, tudo a um clique. As redes sociais também funcionam como ambiente irradiador de conteúdo jurídico (muito embora, é verdade, a qualidade do que é entregue possa e deva ser objeto de crítica), valendo destacar especialmente os perfis famosos pela atualização de jurisprudência e informativos dos tribunais superiores), e os próprios tribunais disseminam seus julgados e novidades na rede.

O amplo acesso, contudo, não se convola em melhor rendimento. É válido concluir, salvo melhor juízo, que a disponibilização de ferramentas tecnologicamente evoluídas (principalmente no que se refere às aulas remotas e digitalização de acervos) não contribuiu consistentemente para a elevação dos índices gerais de aprovação no exame da Ordem, ao menos nos últimos anos.

O documento termina por concluir que a "a expansão do Ensino Superior não necessariamente vem acompanhada por um aumento proporcional da qualidade desse ensino, motivo pelo qual manter esse debate aceso é mandatório. Para equilibrar esse cenário, tanto os indicadores monitorados pelo MEC quanto o parecer e o Selo OAB Recomenda servem como instrumentos complementares para direcionar e orientar órgãos, entidades e instituições responsáveis pela qualidade acadêmica dos cursos jurídicos oferecidos no Brasil, além de auxiliarem os estudantes na orientação de carreira. Em última instância, esse debate, pautado pelos instrumentos citados, ajuda na tomada de decisão, no direcionamento de políticas públicas e na promoção de melhorias gerais no Ensino Superior" (*web,* 2020).

Observe-se, agora, o índice de aprovação dos acadêmicos joinvilenses no exame unificado da OAB, organizado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, em tabela que congrega algumas das principais instituições de graduação em Direito de Joinville (Pontifícia Universidade Católica – PUC/CSC, Faculdade Cenecista de Joinville – FCJ,

Faculdade Guilherme Guimbala – FGG/ACE, Instituto Superior Tupy - IST sucedido por UNISOCIESC e Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE) com o respectivo desempenho em termos de percentual de aprovação no exame.

EXAME	CSC	FCJ	FGG	IST	UNISOCIESC	UNIVILLE
2010.1	-	10,64%	61,54%	-	-	2,78%
2010.2	-	-	17.65%	-	-	18,78%
2010.3	-	6,98%	11,50%	-	-	16,92%
2011.1	-	21,13%	7,26%	-	-	16,67%
2011.2	-	29,03%	26,88%	-	-	30,56%
2011.3	-	22,78%	8,43%	-	-	33,33%
2012.1	-	21,43%	17,76%	37,50%	-	18,39%
2012.2	-	24,71%	23,08%	16,67%	-	26,82%
2012.3	-	9,21%	11,46%	27,27%	-	10,81%
2013.1	-	43,40%	31,87%	44,44%	-	38,81%
2013.2	-	22,78%	10,77%	21,05%	-	20,80%
2013.3	-	18,92%	10,96%	14,29%	-	17,12%
2014.1	-	19,15%	5,13%	20,00%	-	24,29%
2014.2	-	26,32%	18,60%	28,57%	-	29,41%
2014.3	-	40,66%	16,92%	40,91%	-	43,79%
2015.1	-	24,51%	12,66%	24,00%	-	27,56%
2015.2	-	34,65%	25,27%	43,40%	-	40,34%
2015.3	0%	19,10%	14,46%	20,00%	-	18,84%
2016.1	29,79%	13,22%	8,22%	18,82%	-	18,24%
2016.2	34,62%	19,05%	13,16%	28,57%	-	33,90%
2016.3	42,86%	13,64%	16,39%	31,58%	-	18,80%
2017.1	49,09%	24,53%	6,45%	31,34%	-	38,58%
2017.2	22,22%	18,18%	10,45%	29,73%	-	30,40%
2017.3	25,93%	27,06%	8,70%	27,27%	-	33,33%
2018.1	37,25%	20,51%	11,59%	30,16%	-	27,43%
2018.2	28,89%	21,36%	14,52%	20,00%	-	27,84%
2018.3	20,00%	19,00%	9,26%	16,39%	-	18,75%
2019.1	46,30%	23,73%	16,92%	24,64%	-	40,00%
2019.2	40,00%	21,51%	10,17%	14,93%	0%	33,98%
2019.3	29,03%	17,05%	12,90%	9,88%	33,33%	26,36%

Por certo, qualquer avaliação objetiva demandaria o isolamento de variáveis passíveis de consideração, como eventual dificuldade excepcional de uma ou outra prova (por decisão da FGV/OAB), número do contingente submetido ao exame em cada instituição (tome-se como exemplo situação hipotética em que apenas um acadêmico realiza a prova e obtém aprovação, colocando a instituição como responsável pela aprovação de 100% de seus alunos – situação de ocorrência muito menos provável num contingente de 100 ou 200 alunos), etc. O objetivo, aqui, não é proceder a uma análise cientificamente imaculada do conteúdo tabelado.

Salta aos olhos, de início, que os percentuais de aprovação superam,

historicamente, o índice nacional. É uma boa notícia, não se pode negar.

Por outro lado, e via de regra, quer parecer que as instituições de ensino listadas não emplacam (em média) mais do que um terço de aprovação dentre seus alunos inscritos, o que confirma ao menos a suposição geral de que o ensino jurídico (ou sua qualidade) merece especial atenção da comunidade.

Diante da situação acima esquadrinhada, expomos o seguinte questionamento: qual o papel da Ordem dos Advogados do Brasil, para além de aferir o conhecimento mínimo dos aspirantes à advocacia? A OAB titulariza algum dever específico relacionado ao ensino jurídico? Ou, diversamente, deve manter distância, dada a missão institucional de defesa das prerrogativas profissionais do advogado?

A verdade é que não há, parece-nos, dificuldade em responder à questão proposta.

Lembra-se do icônico julgamento da ADI 3.026/DF, no Supremo Tribunal Federal, em que se destacou a OAB como um "serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro (STF – ADI 3026/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006). No mesmo sentido dispõe o art. 2º, §1º da Lei nº. 8.906/94, ao estatuir que "No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social". Tal serviço público, que é de relevo constitucional (CR/88, art. 133), certamente impõe ao advogado e sua classe um ônus.

Ao listar as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil, o art. 44, I da Lei nº. 8.906/94 evoca um papel pouco destacado da OAB, qual seja, o de "pugnar (...) pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas". É verdade que o dispositivo oferece poucas diretrizes ao seu intérprete; no entanto, não é demasiada ousadia hermenêutica supor que o aperfeiçoamento da cultura jurídica pode incluir o movimento de qualificação do ensino superior, ou mesmo a iniciação jurídica dos jovens em idade escolar, na medida em que tal iniciativa representaria interessante e importante mecanismo de inclusão, cidadania e conscientização cívica.

A participação da OAB nos concursos públicos para provimento de cargos no Poder Judiciário (CR/88, art. 93, I), Ministério Público (CR/88, art. 129, §3º), Procuradorias Estaduais (CR/88, art. 132), Advocacia-Geral da União (LC 73/93, art. 21, §4º), Defensoria Púbica da União (Lei Complementar nº. 80/94, art. 24) e Defensoria Pública Estadual (em Santa Catarina, Lei Complementar Estadual nº. 575/2012, art. 27), apenas reforça o caráter público do serviço prestado pela advocacia, tomada enquanto instituição, além de realçar a importância da OAB na formulação de diretrizes, proposição de melhorias e execução de práticas tendentes à qualificação do ensino jurídico nacional.

O professor José Afonso da Silva, apropriando-se das lições de Couture e Calamandrei, bem sublinha que "A advocacia não é apenas uma profissão, é também um *múnus* e 'uma árdua fatiga posta a serviço da justiça'", porque os advogados "são as supersensíveis antenas da justiça" (SILVA, 2004, p. 581).

Não é demais relembrar que a missão institucional da OAB inclui a fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo e devendo o Conselho Federal (CR/88, art. 103, VII) promover ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, tudo em defesa da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos e da justiça social (EOAB, art. 44, I). A própria inexigibilidade de pertinência temática[5] para a provocação da jurisdição constitucional abstrata coloca o Conselho Federal da OAB na condição de fiscal da ordem

5. "O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado" (ADI 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015)

jurídica. Daí se concluir, nessa linha, que um dos fiscais da ordem jurídica deve, à reboque de seu dever para com o aperfeiçoamento da cultura jurídica, participar ativamente da formação dos jovens juristas.

E não só isso. A educação jurídica ou a sua disseminação não se pode limitar aos que pretendem exercer profissionalmente a advocacia ou outra profissão jurídica, no futuro. Isso porque, como já dito, noções essenciais de direito eleitoral (cerne da democracia representativa) passam pelo regramento constitucional e legal, que define as inelegibilidades e condições para o exercício dos direitos políticos, além do exercício direto da soberania popular. É dizer: a própria expressão individual na arena política pressupõe incursão jurídica. Conceitos como o de democracia, eleições diretas, representação popular, república, etc., não se constroem sem recurso a categorias político-jurídicas. A Constituição Federal, ainda que representativa de um estatuto político fundante, remete a institutos caros ao Direito. Não existe cidadania sem Direito, e isso porque o próprio conceito de cidadania é (no mínimo parcialmente) jurídico.

A dignidade, enquanto princípio antrópico que acolhe a ideia do "indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual" (CANOTILHO, 2000, p. 225) foi alçada a categoria jurídica pelo texto constitucional de 1988, tornando-se diretamente sindicável na esfera judicial – o que se tem demonstrado concretamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[6]. Se não há como elidir a imbricação entre o ser humano e sua dignidade, da mesma forma a compreensão dessa dignidade (enquanto princípio ou postulado normativo, pouco importando a delimitação da natureza jurídica nesse momento) não prescinde do Direito Constitucional que a alberga juridicamente, alçando-a a categoria de fundamento da República (CR/88, art. 1º, III).

O trabalho, enquanto instituto e pilar da ordem social (atividade essencial à subsistência humana), pressupõe necessariamente enlaces contratuais entre os diferentes agentes econômicos. Tais acordos de vontade, independentemente de sua natureza, juridicizam as relações individuais e coletivas, transformando o fato puro em feixes de direitos e obrigações exigíveis coercitivamente. Não há, aqui, fenômeno de interesse exclusivo do advogado e cientista do Direito: o trabalho, o contrato, a norma, são todos institutos do cotidiano geral.

Veja-se que o próprio estado da pessoa – o modo como se exterioriza na sociedade – tem feições jurídicas importantes. Além do nome e domicílio, é de suma importância definir os estados político (nacionalidade/cidadania), individual (idade/sexo/capacidade) e familiar (parentesco/situação conjugal (CASSETTARI, 2021, p. 15) como elementos de formação da personalidade – ao menos do ponto de vista jurídico. A pessoa há de ser no mínimo solteira, casada, divorciada, separada ou viúva, queira ou não queira ser definida juridicamente.

Acima de tudo, não se pode conceber um Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, *caput*), qualificado pelo "componente revolucionário de transformação do *status quo*" (SILVA, 2004, p. 119), sem acessar o significativo rol constitucional de direitos e

6. Nesse sentido, a título ilustrativo: Afetação do Tema 998 da Repercussão Geral (ARE 959.620 RG/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/06/2018) - "Controvérsia relativa à ilicitude da prova obtida a partir de revista íntima de visitante em estabelecimento prisional, por ofensa ao princípio da **dignidade da pessoa humana** e à proteção ao direito à intimidade, à honra e à imagem". / Tese fixada no Tema 220 da Repercussão Geral (RE 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015) - "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da **dignidade da pessoa humana** e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes". (grifou-se)

garantias fundamentais e sociais, de modo que o próprio “ser” do Estado brasileiro supõe fundamentação jurídica.

Destarte, ao menos numa primeira leitura, pode-se vislumbrar no arcabouço legal e constitucional vigente alguns fundamentos, em que pese esparsos e carentes de interpretação um tanto quanto “criativa” (valendo registrar que toda interpretação jurídica supõe criação de norma ao caso concreto), tendentes a solidificar a responsabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil na (re)construção do ensino jurídico e popularização da cultura jurídica nacional.

CONCLUSÃO

Uma crise estrutural, que afeta todos os níveis da educação nacional, certamente só poderá ser debelada com um conjunto de medidas pedagógicas, administrativas e financeiras concatenadas; não há respostas simples e soluções fáceis. As políticas públicas na área da educação tendem a figurar com vítimas de rompantes ideológicos, não sendo exagero dizer que se renovam de quatro em quatro anos, ao sabor das disputas eleitorais.

Sugere-se, porém, que um primeiro passo seja dado no sentido de reconhecer o dever institucional da OAB como polo formador de iniciativas voltadas à educação jurídica, abarcando tanto o viés profissionalizante (o que, é bem verdade, já se pode encontrar em parte no âmbito da Escola Superior de Advocacia – ESA/OAB, por exemplo, muito embora sem foco específico no jovem interessado em integrar os quadros da advocacia) quanto o de cultura geral, com singular destaque para a participação na formação introdutória e cívica do jovem estudante do ensino fundamental e médio, priorizando a Ciência Política e o Direito Constitucional como ferramentas de inclusão e cidadania. Cumprindo salientar, nesse ponto, a existência do programa “OAB vai à escola”, de iniciativa da comissão de nome idêntico, que esclarece ser “um trabalho essencialmente pedagógico, que promove e estimula a cidadania na sociedade a partir de ações realizadas junto a instituições de ensino. Um dos principais focos é prestar orientações e auxiliar na promoção da aplicação, na prática, da legislação pertinente à educação” (*web,* 2018). Não obstante a existência da iniciativa, parece-nos que o projeto não teve a intensidade necessária para aferir o resultado desejado.

Esse conhecimento, ainda que propedêutico e limitado a noções gerais, poderá funcionar como um catalisador de oportunidades ou mesmo ferramenta de aprimoramento pessoal, possibilitando que o jovem ingresse no mercado de trabalho (jurídico ou não) ciente de conceitos jurídicos básicos que permitam melhor compreensão do meio em que vive e se desenvolve.

O resultado concreto de uma empreitada como essa, no entanto, só poderá ser avaliado após implementação e consolidação de práticas, o que demanda tempo, algum recurso financeiro e envolvimento da classe, pelo que se vislumbra um caminho razoavelmente longo até que se tenha a elaboração, aplicação e consolidação de um programa fixo de educação jurídica nas escolas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia.** Tradução de Maria de Fátima Oliva do Couto. São Paulo: Hedra, 2010.

EXAME DE ORDEM EM NÚMEROS. OAB Conselho Federal e FGV. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/exame-de-ordem-em-numeros. Acesso em 12 de maio de 2021.

GAGLIARDI, Andreia Ruzzante, OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de, CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; CASSETTARI, Christiano (Coord.). **Registro Civil das Pessoas Naturais.** 3ª ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

IDEB – APRESENTAÇÃO. Ministério da Educação. 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/conheca-o-ideb. Acesso em 28 de maio de 2021.

MEC - INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Disponível em http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultado.seam?cid=7199499. Acesso em 28 de maio de 2021.

MOURA, Claudio Castro de. **Os Tortuosos Caminhos da Educação Brasileira**. Grupo A, 2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565848770/. Acesso em: 28 de maio de 2021.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos ou como se filosofa com um martelo**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2012.

OAB Vai à Escola: exercício e estímulo à cidadania junto às comunidades. OAB Santa Catarina, 2018. Disponível em: https://www.oab-sc.org.br/noticias/oab-vai-escola-exercicio-e-estimulo-cidadania-junto-as-comunidades/15653#:~:text=Uma%20das%20a%C3%A7%C3%B5es%20mais%20pr%C3%B3ximas,junto%20a%20institui%C3%A7%C3%B5es%20de%20ensino. Acesso em 30 de maio de 2021.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Filosofia para corajosos**. 12ª edição. São Paulo: Planeta, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____ . Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasilis*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v46i0.13495

_____ . Ensino jurídico e sofisticação teórica: uma imbricação necessária. **Cadernos Camilliani**, Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras – FAFI, v. 10, n. 2/3, dez/2009, p. 11-28.

THOREAU, Henry David. **Walden ou a vida nos bosques**. Tradução de Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Edipro, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____ . **Epistemologia e ensino do Direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

A PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA ÀS PESSOAS COM SURDEZ

Bianca Capanema Goulart[1]
Anna Lethicia dos Santos[2]
Sônia Márcia Marcílio Fambomel[3]

Resumo: O presente artigo visa analisar políticas capazes de promover o direito fundamental de acesso à justiça à pessoa com surdez e seus desafios. Sua importância decorre de o acesso à justiça ser um direito fundamental, que somente será efetivado com a concretude do ingresso da população ao Poder Judiciário, em especial as pessoas surdas, para que pleiteiem seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal 1988, viabilizando a possibilidade de uma vida digna e a materialidade dos direitos humanos. Dessarte, os surdos possuem o direito de acesso à justiça por meio de sua língua materna, a Libras, garantindo a plena acessibilidade linguística. A pesquisa tem abordagem qualitativa, tipificação bibliográfica e aprofundamento documental e explicativo a partir do método dedutivo. Os resultados desta pesquisa constatam que existem políticas que validam o acesso do surdo à justiça, todavia em termos práticos os números não são expressivos e a aplicação de tais políticas é uma questão distinta da institucionalização, ainda que essa materialização não seja plenamente efetiva.

Palavras-chave: Libras; Inclusão; Serviço Público Fundamental.

INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a analisar políticas como um desafio na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça à pessoa com surdez. A comunidade surda possui o direito de acesso à justiça utilizando-se de sua língua materna, a Libras. Por meio dela, o surdo deve ter acesso a todos os estabelecimentos públicos e privados, em especial ao Poder Judiciário, viabilizando efetiva participação da coletividade. Dessa forma, a Libras auxilia que os surdos se sintam pertencentes à sociedade e que tenham uma 'voz' capaz de assegurar seus direitos mais básicos (RONICE QUADROS, 2004).

Todavia, a efetivação da norma concreta é um desafio para as minorias. Segundo Canotilho (2003) a acepção de minoria se embasa em um grupo social de pessoas, que compõem parcela social não predominante e são atribuídos de particularidades que diferenciam esses indivíduos da grande massa.

Veloso e Maia Filho (2009) expõem que os primeiros programas televisivos a se utilizarem da acessibilidade linguística foram transmitidos pelas emissoras de televisão Globo e SBT, no ano de 1997. Para tanto, foi introduzido um sistema de transmissão simultânea de legendas, isto é, '*Closed Caption*'. Assim, todas as falas começaram a ser transcritas, incluindo os demais sons dos programas, como as palmas, risadas, chuva, etc. O avanço da tecnologia contribuiu significativamente para a acessibilidade, permitindo às pessoas surdas irem a eventos presenciais, participarem de conferências *online*, assistirem a vídeos e demais programas televisionados relacionados ao entretenimento e lazer que possuam legendas, bem como, a presença de intérpretes (QUADROS, 2004; VELOSO e MAIA FILHO, 2009; PERLIM E STUMPF, 2012; SKLIAR, 2016).

Nesse sentido, nas áreas de conhecimento, notadamente nas licenciaturas, no magistério e nos cursos de fonoaudiologia, em todo o território nacional, existe a obrigatoriedade de oferta da disciplina de Libras na matriz curricular de ensino, de maneira obrigatória, por força da vigência do Decreto de nº 5.626, de 22 de dezembro de

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.
2. Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.
3. Professora Mestre na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

2005. Para além dessa obrigatoriedade de lei, a Libras tem sido ofertada como disciplina optativa em vários cursos, como é o caso da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE), em seu Curso de Bacharelado em Direito. A Libras tem ganhado cada vez mais espaço no Brasil tanto na área laboral como na de convívio social e acadêmica. Notadamente, nos termos da lei, o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, expõe que a responsabilidade da difusão da Libras é papel do Poder Público, o que expande as possibilidades de acessibilidade nos mais diferentes campos da atuação humana.

Alguns estados brasileiros, como o Rio de Janeiro, já despontam como precursores na abertura de cursos de Libras ofertados ao Poder Judiciário (CIEGLINSKI, 2018). Na esfera federal, a TV Justiça oferta conteúdo jurídico de maneira gratuita e acessível aos surdos.

Não fosse suficiente, segundo Veloso e Maia Filho (2009), em 1999 foi criada a Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos (FENEIS) entidade voltada à defesa e ao auxílio de pessoas com surdez. Em 2006, a UFSC criou o primeiro curso gratuito em Letras/Libras - Licenciatura, para formação de professores em Libras. A mesma universidade iniciou o primeiro curso universitário, Letras/Libras Bacharelado, profissionalizando tradutores e intérpretes que atuam no âmbito escolar, cultural, laboral e público.

Por outro lado, apesar de todos os avanços e normatizações que determinam e buscam concretizar os direitos inerentes aos surdos, ainda é inexpressiva a materialização desses objetivos. Fambomel (2019), constata, por meio de pesquisas realizadas no ano de 2017 que Joinville contava com 22 mil surdos, dentre os quais, 5 mil se encontravam em idade escolar. No entanto, desse total, somente 55 crianças e adolescentes estavam matriculados em escolas da rede municipal, estadual, federal e particular de ensino. Esse fato aponta que, o cumprimento do direito, não é efetivo.

Da mesma forma, Quadros (2004) expõe que as normatizações não são garantias constitucionais do efetivo cumprimento da acessibilidade linguística ao surdo. Pode-se considerar, portanto, que os surdos se reconhecem como estrangeiros dentro do próprio país, pois possuem dificuldades e limitações relacionadas à comunicação e, por conseguinte, não são compreendidos ao buscarem os serviços públicos e/ou privados. Isso ocorre devido à falta de profissionais qualificados, capazes de atendê-los. Habitualmente recorrem à companhia de amigos e familiares intérpretes em seu acompanhamento para que sejam devidamente atendidos.

Embora os surdos sejam alfabetizados dentro da língua portuguesa e possam se comunicar por meio dela, o uso do vernáculo é diferenciado quando comparado ao uso que fazem os ouvintes. Isto representa também uma dificuldade, dado que não gozam da autonomia plena de suas capacidades (QUADROS, 2004).

Iniciaremos o presente artigo falando sobre os marcos históricos da língua de sinais e seus avanços na legislação brasileira, em seguida será abordado o direito fundamental do acesso à justiça previsto na Constituição Federal e por fim as políticas para a promoção do acesso ao Poder Judiciário

1. MARCOS HISTÓRICOS DA LÍNGUA DE SINAIS E SEUS AVANÇOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 Conceito e origem histórica da língua de sinais

A acessibilidade linguística, proporcionada pela língua brasileira de sinais (Libras), língua materna dos surdos, viabiliza o diálogo entre pessoas surdas, bem como a comunicação e compressão com pessoas ouvintes. A Libras contribui com a aproximação, entrosamento e entendimento entre surdos e ouvintes por meio de uma comunicação não verbal, através de sinais e gesticulações que se complementam e possuem regras gramaticais bem definidas (IDALGO, 2008).

Da mesma forma, a Libras é reconhecida por sua linguística própria, pois é formada em paridade às características da língua oral, devido ao cérebro organizar de forma igualitária as línguas faladas. Como ocorre em todas as demais línguas de sinais, a Libras é uma língua que se utiliza do canal de comunicação visual e o lugar de sinalização deve ser uma parte neutra do corpo. A Libras possui todos os elementos de identificação e classificação, que exprimem a necessidade da prática e a constante atualização, pois somente assim é obtida fluência e agilidade na gesticulação (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

Segundo Brito (1995 *apud* IDALGO, 2008) a língua brasileira de sinais é considerada natural da comunidade surda. Isso porque ela advém da comunicação natural e espontânea das pessoas com surdez, por meio de uma estrutura gramatical e particularidades atinentes à língua, é admissível expressar qualquer palavra e suas acepções que propiciam as comunicações humanas.

Ainda, Idalgo (2008) explicita que diferentemente das línguas orais-auditivas, as expressões faciais são muito importantes e por meio delas o sujeito surdo pode se comunicar, expressar quaisquer sentimentos e emoções. Nesse sentido, Strobel e Fernandes (1998) afirmam que a língua de sinais não é uma língua universal, pois cada país possui a própria língua de sinais, com suas modificações e particularidades, intimamente ligadas à identidade cultural.

Outrossim, para Veloso e Maia Filho (2009), as diferenças culturais influenciam na formação da língua de sinais em escala mundial. Igualmente a qualquer outra língua, as variações de palavras, os 'regionalismos', diferem de região para região, possibilitando a consequente caracterização destas localidades.

O aprofundamento didático teórico trazido por Veloso e Maia Filho (2009) é um divisor de águas na literatura acerca da Libras. Seu texto é um marco divisório que serve como suporte para quem estuda essa problemática. É o único que traz com propriedade e riqueza de detalhes os avanços de toda a história.

A história do surdo é remontada a milhares de anos. Os primeiros relatos do surdo na humanidade são recriados a aproximadamente 4000 anos antes de Cristo, Idade Antiga, no Egito. Estes eram considerados criaturas privilegiadas e adoradas, enviadas pelos deuses, devido à crença de que os mesmos detinham o privilégio de se comunicarem em segredo com os deuses. Em verdade, possuíam vidas solitárias, 'inativas', sem possibilidade de receberem qualquer instrução educacional (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

Veloso e Maia Filho (2009), destacam que no período entre 485 a 384 antes de Cristo, ocorreram mudanças significativas quanto à percepção do surdo na humanidade. Os gregos acreditavam que os surdos eram inábeis ao raciocínio, apáticos aos estímulos sociais e inconvenientes para a sociedade. Por isso, eram condenados à morte, sendo jogados de penhascos. Os sobreviventes viviam miseráveis, abandonados ou eram escravizados.

No governo Justiniano, em Roma, os surdos eram compreendidos como pessoas castigadas ou enfeitiçadas. A solução encontrada pelo Estado era a eliminação destas

pessoas, jogando-as para morrerem afogadas no Rio Tiger. Raro os sobreviventes, eram somente aqueles que conseguiam se livrar do afogamento, e os casos em que os pais conseguiam esconder. Também eram feitos de escravos, trancados por toda vida em moinhos de trigo, onde trabalhavam até a morte. A criação do Código Justiniano contribuiu para que iniciassem as distinções dos graus de surdez, todavia essas pessoas ainda não poderiam receber escolarização (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

Na Idade Média, entre 476 e 527 depois de Cristo, os surdos não possuíam tratamento igualitário aos demais, pois geravam curiosidade e estranheza. Eles não podiam receber a comunhão, devido à incapacidade de confessar seus pecados. Existiam decretos bíblicos que proibiam o casamento entre surdos, exceto se auferiam autorização Papal. Os direitos de voto e de receber heranças eram-lhes negados também (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

Veloso e Maia Filho (2009), citam que entre 1453 e 1785, Idade Moderna, Bartolo Della Marca d´Ancora, escritor e advogado do Século XIV, foi o primeiro a pensar que o surdo pudesse aprender por meio da língua de sinais ou oral. O médico e filósofo Girolano (1501 *apud* VELOSO e MAIA FILHO, 2009, p. 29) compreendia que os surdos eram dotados de habilidades intelectuais e de razão, motivo pelo qual a surdez não afetava questões inerentes à escrita e à aprendizagem.

O monge franciscano, Melchor de Yebrade Madrid, foi o primeiro escritor que descreveu e ilustrou um alfabeto manual, na obra *Refugium Infirmorum*, com o propósito religioso de promover a compreensão de assuntos espirituais ao povo surdo. Assim, a criação da expressão ‘datilologia’ por Saboureaux de Fontenay, impulsionou a introdução de alfabetos manuais pelo mundo, cada qual com suas adaptações culturais (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

O padre Pedro Ponce de Leon, primeiro professor de surdos da história, criou a primeira escola para surdos em um monastério na Espanha. Utilizava-se do método datilológico, pelo qual ensinava filhos de nobres com problemas auditivos. O método utilizado pelo mesmo beneficiou inúmeros surdos, pois a comunicação permitia-lhes receber suas heranças, direito negado aos surdos que não se comunicavam. Posteriormente, criou uma escola para professores surdos expandindo seus conhecimentos, tornando-se referência mundial (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

Nesse sentido, Ferreira (2010 *apud* SILVA, 2018) expõe que o padre Pedro Ponce de Leon criou um alfabeto ‘bimanual’ para alfabetizar doze crianças surdas que viviam em um monastério na Espanha e consequentemente conseguissem se comunicar.

Ademais, em 1644, John Bulwer, médico britânico, estudioso acerca da surdez, criou um método de comunicação entre surdos e ouvintes. O fundador do oralismo foi John Wallisem, em 1659, mas as dificuldades venceram seus esforços e o mesmo desistiu da oralização de surdos. Já o médico suíço Johann Conrad Amann, desenvolveu o método de leitura labial, influenciado por Bonet e Wallis (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

Posteriormente, Veloso e Maia Filho (2009) narram que em 1741, Jacob Rodrigues Pereira, professor espanhol para surdos**,** utilizou seu método de ensino em sua irmã, oralizando-a. O ‘Pai do oralismo na Alemanha’, Samuel Heinicke, fundou a primeira escola de oralismo para surdos na Alemanha. O primeiro dicionário da língua de sinais publicado foi criado por Charles Michel de L’Epeé.

Veloso e Maia Filho (2009) relatam que Jean Marc Gaspard Itard, médico cirurgião e psiquiatra francês, da Idade Contemporânea, em 1802, tinha como principal objetivo a extinção ou atenuação da surdez. Dessa forma, possível explicitar:

> O que era diferença passou a ser conhecido como doença e, portanto, passível de tratamento, para sua erradicação e supressão do 'mal'[...]. Para descobrir, as causas visíveis da surdez, Itard: 1. Dissecou cadáveres surdos; 2. Aplicou cargas elétricas nos ouvidos dos surdos; 3. Furou as membranas dos tímpanos de seus alunos, (um aluno morreu por este motivo); 4. Fez inúmeras experiências e publicou artigos sobre uma técnica especial para colocar cateteres no ouvido de pessoas com problemas auditivos, tornando-se famoso e dando nome à Sonda de Itard; 5. Fraturou o crânio de alguns alunos; 6. Infeccionou pontos atrás das orelhas deles; 7. Utilizou sanguessugas dentro do ouvido de seus alunos (VELOSO; MAIA FILHO, 2009, p.35).

Séculos após a criação da língua de sinais, o professor surdo francês Hernest Huet, veio ao Brasil objetivando fundar uma escola para pessoas surdas por meio da língua de sinais francesa. Com o apoio do Imperador Dom Pedro II, que possuía um familiar com surdez, criou a primeira escola de surdos no Brasil, o INES (Instituto Nacional de Educação de Surdo) em 1857. A escola foi construída no Rio de Janeiro, em 26 de setembro daquele ano, data esta, que se tornou símbolo nacional, devido à consagração do dia nacional do surdo no Brasil (VELOSO e MAIA FILHO, 2009).

1.2 Os avanços da língua brasileira de sinais na legislação brasileira

Após 145 anos da chegada oficial, a língua brasileira de sinais – Libras foi reconhecida como meio legal de comunicação e expressão, com a promulgação da Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Deste modo, os surdos finalmente tiveram garantias de seus direitos reconhecidos em lei.

A Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002 é considerada um marco revolucionário para a comunidade surda e em seu artigo 1º, parágrafo único, há a caracterização legal da Libras, colocando-a como língua brasileira de sinais, pois é considerada meio de comunicação e expressão e possui sistema linguístico próprio visual e motor. Já o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, previu novos direitos às comunidades surdas, estabelecendo diretrizes com aplicabilidade em âmbito nacional. Apresentou a definição de pessoas surdas, constante de seu artigo 2º, parágrafo único, apontando que deficiência auditiva é a perda bilateral, seja total ou parcial de 41 decibéis ou mais.

Nesse sentido, o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005 garante em seu artigo 3º que todos os cursos de formação acadêmica em licenciaturas devem ofertar o curso de formação em Libras de forma obrigatória, todavia os demais cursos de ensino superior podem oferecer a disciplina em caráter optativo.

O Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, em seu artigo 26, caput e seus parágrafos 1º e 2º exprimem que os órgãos públicos devem destinar ao menos 5% de seus servidores para que façam o curso de formação básica em Libras e a disponibilização de profissionais intérpretes para garantir o efetivo cumprimento destes direitos.

Por fim, a Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010**,** regulamentou a profissão do tradutor e do intérprete em seu artigo 6º, *caput* e incisos I ao V, que estipula as funções legais do tradutor e do intérprete no exercício de suas incumbências, as quais deverão possibilitar a comunicação entre pessoas surdas e ouvintes e demais situações, isto é, da Libras para a língua oral. Também lhes é incumbido interpretar a língua portuguesa para Libras em ambientes escolares, independentemente do nível curricular de ensino. Ainda,

deverão auxiliar na comunicação entre surdos e ouvintes em concursos públicos, bem como, garantir a acessibilidade em repartições públicas e instituições de ensino e propiciar o auxílio em depoimentos judiciais, órgãos de esfera administrativa e policial.

1.3 Libras: o intérprete e suas atribuições

Dispõe a Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010 que o intérprete deverá possuir formação acadêmica em cursos de extensão, não necessitando de uma formação acadêmica superior. Os cursos devem ser ofertados por instituições de ensino superior e por instituições credenciadas à Secretaria de Educação. Além disso, existem intérpretes específicos para cada área, porque determinados setores possuem terminologias que necessitam de um conhecimento técnico, para estarem aptos a interpretar em suas especificidades.

A profissão do intérprete não deve ser confundida com a do tradutor, uma vez que o tradutor irá fazer a tradução de livros e documentos escritos de uma língua para outra, isto é, do português para as Libras e vice-versa. Por sua vez, o intérprete da língua de sinais, fará a interpretação da língua de sinais para a língua falada, ainda, da língua falada para a língua de sinais, servindo como um canal de comunicação entre surdos e ouvintes. Ainda, o tradutor intérprete da língua de sinais fará a tradução e/ou interpretação da língua falada para a língua de sinais, seja na modalidade escrita ou oral (MÜLLER DE QUADROS, 2004).

Bueno (2016) elucida que a profissão de tradutor intérprete da Libras foi reconhecida e regulamentada em setembro de 2010, na constância da Lei 12.319. O intérprete deverá ter formação em nível médio e sua principal função é auxiliar na comunicação de pessoas surdas e ouvintes. No entanto, o Brasil não possui dados estatísticos quanto ao número de profissionais que atuam em tempo real. Nessa constância, se o Decreto de nº 5.626/2005 tivesse aplicabilidade real, em todas as esferas públicas, incluindo hospitais, escolas e o Poder Judiciário (órgão referendado em questão), se verificaria a atuação contínua e permanente desses profissionais.

Ampessan, Guimarães e Luchi (2013) explicitam que na realização da interpretação, o profissional intérprete tem o direito de revezar com outro colega caso a tradução se estenda por muitas horas seguidas. Segundo as regras trabalhistas, deverá o intérprete fazer o intervalo mínimo de quinze minutos a cada hora trabalhada, pois profissões que se utilizem de movimentos repetitivos possuem risco de ocasionar lesões à saúde. Nesse sentido, em atuações de longas horas recomenda-se o revezamento de intérpretes.

Corroborando com a temática supracitada, esse profissional vem a ser um elo entre a pessoa surda e a pessoa ouvinte, demonstrando sua importância na comunicação entre ambos para promover a acessibilidade linguística. Este tema vem sendo discutido nos desdobramentos deste trabalho, pois o intérprete precisa manter sua ética profissional e seu compromisso com quem está traduzindo, sempre expondo em riqueza de detalhes os fatos apontados. Ademais, a veracidade nas informações transmitidas deve sempre permanecer, mantendo a neutralidade ante aos fatos interpretados, sem transparecer opiniões, seja através do corpo ou de expressões faciais (AMPESSAM, GUIMARÃES e LUCHI, 2013).

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

2.1 Direitos fundamentais previstos na constituição federal 1988

Os direitos supracitados, como o acesso ao tradutor e ao intérprete, acessibilidade linguística e o reconhecimento da Libras são direitos humanos fundamentais consagrados na atualidade, que advêm da consolidação de várias matrizes do direito, seja das tradições fixadas por diversas civilizações, da união dos pensamentos filosófico jurídicos, das crenças advindas do cristianismo e do direito natural. Essa concepção tem em comum a necessidade de restringir e conter os abusos de poder do Estado e a consolidação de princípios basilares de igualdade e legalidade (MORAES, 2021).

Segundo Moraes (2021 *apud* SILVA, 1997) os direitos fundamentais possuem distintas e variadas terminologias. O autor afirma que em suas pesquisas não encontrou uma forma una de conceituar os direitos fundamentais, dado que é necessário se embasar nos princípios universais de distintas culturas que comunicam ideologias políticas estatais de ordenamentos jurídicos individualizados.

No mesmo ínterim, Moraes (2021 *apud* SILVA, 1997) expõe que os direitos fundamentais do homem, caracterizam a denominação mais adequada, razão pela qual a denominação abarca inúmeros princípios que denotam diferentes culturas e indicam ordenamentos jurídicos distintos. Esta expressão possibilita também apontar a positivação do direito, concretizada na garantia de uma vida digna, justa e isonômica a todos. Nessa perspectiva, os direitos humanos devem ser compreendidos sob o prisma de uma sociedade democrática e equitativa.

Contudo, Ruiz e Teixeira (2013 *apud* SILVA, 1999, p.i) mencionam que a conceituação dos direitos fundamentais de modo sintético e exato é morosa, devido às constantes transformações e às diversas denominações dessa expressão. Ainda, exprime que a presente análise dos direitos fundamentais do homem ilustra a problemática aludida:

> A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificultam lhes definir um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, [...] os direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, por quê, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Tais preceitos são enunciados na Constituição Federal 1988 e representam a plena positivação dos direitos fundamentais, que garantirá aos indivíduos a possibilidade de exigirem proteção ao Poder Judiciário, fortalecendo, portanto, a democracia. Destaca-se que a proteção judicial e o acesso ao Poder Judiciário são imprescindíveis para a aplicabilidade dos direitos fundamentais basilares (MORAES, 2021).

Outrossim, Amorim (2017) exterioriza que os direitos humanos fundamentais são constitucionalizados, pois compõem o conjunto de direitos que outorga a ampla proteção da dignidade do ser humano. Tais direitos são tidos como reflexo no progresso de

sociedades igualitárias, democráticas, amplas e tolerantes. Ademais, compõem o bojo de direitos e garantias fundamentais, abarcados no título II da norma constitucional, entre os artigos 5º ao 17º.

A partir dessas inferências, Amorim (2017 *apud* SOUZA NETO e SARMENTO, 2007) exprime a importância de o Estado não violar os direitos nas relações privadas. O Estado tem o dever de proteger os direitos individuais de sofrerem lesões e ameaças de variadas origens. Ademais, o Estado possui incumbência de assegurar condições mínimas de efetivação dos direitos fundamentais individuais para que possam ser efetivamente usufruídos pela sociedade, incluindo a parcela mais humilde da sociedade.

Nessa perspectiva, Alves de Souza (2013) cita que existem direitos hierarquizáveis, de acordo com a relevância, levando em consideração os bens protegidos pela vida. Os seres humanos possuem bens relacionados à vida, dos quais são considerados inalienáveis a outros seres humanos. Tais direitos são fundamentais em razão da magnitude e essencialidade, consequentemente se encontram expressos na Constituição Federal 1988. O acesso à justiça, vida, liberdade, igualdade, língua, educação, dentre outros direitos são exemplos dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A Constituição Federal da República resguarda em seu artigo 1º, inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana, garantido que os seres humanos não sejam submetidos a situações degradantes. Deste modo, é possível expor que este artigo tem a finalidade de resguardar a todos os indivíduos uma vida sem situações vexatórias. Na mesma esteira, Gallassi (2013), explana que o artigo 3º, inciso I e IV prevê como preceitos fundamentais a construção de uma sociedade liberta, proba e altruísta, bem como, a promoção da solidariedade perpassa por uma sociedade que promove o bem, sem discriminar a nacionalidade, etnia, sexualidade e demais ações discriminatórias.

O direito fundamental de acesso linguístico também é previsto na Constituição Federal, no título dos direitos e garantias fundamentais, corroborando para que as pessoas com necessidades especiais possam ser compreendidas e a comunicação seja viabilizada. Nessa senda, o direito supracitado permite que os surdos se utilizem da Libras, para a concretização dessa acessibilidade linguística.

2.2 O Direito de acesso à justiça

Dentre os direitos elencados acima, Cappelletti e Garth (1988) definem o acesso à justiça como o direito formal de cada indivíduo de contestar ou propor uma ação. Consequentemente, o acesso à justiça é um direito fundamental de maior essencialidade aos seres humanos, porque é necessário que o sistema não apenas declare, mas que consolide e assegure a equidade em sua praticidade.

Alves Souza (2013) alude ao simples acionar da justiça reclamando o manifesto do Poder Judiciário, não garante o acesso à justiça aos cidadãos. O significado de tal expressão expande a própria denominação, isto é, engloba o direito ao devido processo legal, garantias processuais e julgamento probo em tempo razoável. O acesso ao Poder Judiciário também advém do conhecimento da população sobre seus direitos e garantias processuais, quando se sentirem lesados.

Por conseguinte, Gallassi (2013) narra que o acesso à justiça caracteriza a plena proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. No entanto, essa garantia não deve ser tratada de modo superficial, sendo apenas anunciada e não executada em situações sólidas e palpáveis, maneira na qual não deverá restar dúvidas de que o acesso à justiça é uma garantia de todos, desde que se sintam lesados.

Não existe coerência elencar um rol de preceitos e garantias fundamentais aos seres humanos, se um cidadão, ao buscar assistência judiciária, se sentir lesado por violação de terceiros ou encontrar barreiras na aplicação de tais direitos (GALLASSI, 2013).

A Constituição Federal em seu título II, capítulo primeiro, traz um rol de direitos e garantias fundamentais, bem como, resguarda os deveres individuais e coletivos. Apesar do direito fundamental de acesso à justiça não ser um direito claro e expresso, sua subjetividade e aplicabilidade imediata é consagrada no artigo 5º da Constituição supracitada (AMORIM, 2017).

Assim sendo, a Carta Magna prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Deste modo, Amorim (2017) esclarece que o acesso à justiça é um instrumento utilizado incumbido de informar ao Poder Judiciário que ocorreu a violação de um direito.

Segundo Gallassi (2013) todos os indivíduos possuem o direito de acesso à justiça, sem que haja quaisquer limitações a determinados grupos de pessoas. O Poder Judiciário é o meio pelo qual toda a coletividade social, sem que haja distinções, tem o acesso à justiça, meio que oportunizará a luta pelos direitos almejados. Todo cidadão poderá se socorrer do Poder Judiciário, levar suas demandas com objetivo de saná-las. Denota-se que este princípio é o de maior relevância, em virtude deste direito garantir a proteção de todos os outros direitos e princípios, quando violados.

Deste modo, Ruiz e Teixeira (2013 *apud* MARMELSTEIN, 2009) citam que no Brasil, todos os princípios presentes na Constituição Federal podem ser abreviados apenas em um único dispositivo, ou seja, o princípio fundamental de acesso à justiça, fonte preponderante na garantia dos demais princípios. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou o acesso à justiça proveniente do Poder Judiciário como última instância de proteção aos direitos fundamentais.

Entretanto, impera o pensamento social de que a justiça só existe para os mais abastados, convicção de que apenas aqueles que possuem recursos financeiros para acessar o Poder Judiciário terão seus direitos garantidos. A massa social fica às graças dos advogados dativos e ainda existem pessoas sem conhecimento dos seus direitos, sem auxílio e orientação. Essa ideia vem se modificando, todavia, a ineficiência estatal, falta de celeridade processual e as injustiças apontam para tanto, não existindo efetiva disponibilidade prática na consolidação do direito fundamental de acesso à justiça (GALLASSI, 2013).

Em vista disto, especial foco deve ser destinado às minorias sociais, que sentem preponderar o sentimento de abandono e exclusão do poder público. As minorias necessitam cada dia mais da proteção estatal, para resguardar seus direitos. No entanto, é essencial oportunizar às camadas mais excluídas da sociedade a utilização do Poder Judiciário para reivindicar suas demandas, visto que, essa ótica possibilitará os primeiros indícios da justiça almejada. As infinidades de leis que protegem e fazem previsões legais são dispensáveis, quando tais direitos não alcançam a amplitude social (GALASSI, 2013).

A partir dessas premissas, Canotilho (2003, p. 387) expõe que a acepção de minoria é embasada em um grupo de pessoas de uma sociedade, que compõem uma parcela social não predominante, atribuídos de particularidades que diferenciam esses indivíduos da grande massa social:

> Minoria será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população,

> solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de fato e de direitos com a maioria.

Desta forma, as minorias devem ter especial proteção constitucional. O acesso à justiça, direito fundamental constitucionalizado, significa a plena positivação deste direito no qual todo e qualquer indivíduo poderá acionar o Poder Judiciário, tutelando suas reivindicações para que a democracia prepondere e garantindo a proteção integral das minorias (MORAES, 2021).

O direito fundamental de acesso linguístico é um direito previsto na Constituição Federal em seu título dos direitos e garantias fundamentais. Direito este, que auxilia e possibilita que a comunidade surda acesse ao Poder Judiciário, através da Libras, língua materna dos surdos, na constância da Lei nº 10.436, de 2002.

3 POLÍTICAS PARA A PROMOÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

3.1 Políticas públicas nas esferas do poder público

Significativos avanços legislativos ocorreram com o perpassar de 19 anos do reconhecimento da Libras como meio legal de comunicação e expressão advindos da promulgação da Lei Federal nº 10.436. Dessarte, o Poder Judiciário deve viabilizar políticas para a promoção do acesso ao Poder Judiciário às pessoas com surdez, todavia o conceito de políticas públicas deve ser compreendido.

As políticas públicas são imprescindíveis para a perpetuação da democracia, uma vez que regulam, controlam e delimitam o desempenho estatal, estabelecendo prevalências para que as demandas sociais sejam escutadas e materializadas através de uma sociedade dinâmica e participativa conjunta ao poder público. Tais políticas têm como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, que busca a promoção dos direitos humanos, princípio basilar na manutenção da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º da Constituição Federal, que o estado tem a tutela de resguardar (CHUDZIJ, 2020).

Necessário elucidar que as políticas públicas consistem na materialização dos direitos e garantias dispostos na Constituição Federal, com especial apreço aos direitos fundamentais. Tais políticas são utilizadas como mecanismo de implantação do texto legal, através da promoção de ações e programas que objetivam garantir a soberania dos direitos humanos e são efetivadas através de leis, atos normativos, portarias e resoluções (CHUDZIJ, 2020).

Bagetti Zeifert e Frizzo (2015) explicam que a efetivação dos direitos humanos deve respeitar a dignidade da pessoa humana e o direito das minorias (surdos). A concretização das políticas públicas de inclusão com o fim de priorizar as minorias deve ocorrer através de atividades, programas e ações desenvolvidas em âmbito estatal sobre um determinado grupo.

Dessa forma, Bagetti Zeifert e Frizzo (2015 apud HÖFLING, 2014), afirmam que as políticas públicas não devem simplesmente ser reduzidas a políticas estatais. Sua concepção deve ser entendida na constância das responsabilidades estatais, uma vez que a introdução e preservação advindas de um processo decisório a serem implantadas devem abarcar órgãos públicos, distintos agentes e organizações sociais relativos à política de execução, modo este que beneficiará positivamente a sociedade.

3.2 A promoção do acesso à justiça no poder judiciário

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem se manifestando no sentido de possibilitar a inclusão de pessoas surdas, por meio de políticas inclusivas que promovam o acesso ao Poder Judiciário. A resolução do CNJ de nº 230 de 22 de julho de 2016, em seu artigo 1º, explicita que esta resolução tem a finalidade de orientar a adequação dos órgãos do Poder Judiciário, com o encargo de adequar a disponibilidade dos serviços já vigentes, objetivando a inclusão da pessoa com necessidades especiais.

Nessa senda, o artigo 2º, parágrafo segundo da resolução do CNJ de nº 230 de 22 de julho de 2016, caracteriza acessibilidade como a oportunidade e a condição de uso, com desfrute autônomo e disponibilidade segura e acessível dentre outras disposições de setores e instalações públicas, a exemplo do Poder Judiciário utilizado por pessoas com necessidades especiais ou mobilidade reduzida. No mesmo dispositivo, em seu parágrafo terceiro e alínea 'd', a expressão barreira ganha significado em qualquer obstáculo que limite ou inviabilize a presença da pessoa com necessidades especiais de usufruir e gozar dos direitos coletivos de acesso à plena liberdade de comunicação, expressão, alcance de informação e à compreensão. Assim, a Libras, língua materna dos surdos, corrobora para a plena acessibilidade linguística, rompendo tais barreiras de comunicação.

Posteriormente, a mesma resolução de nº 230 do CNJ, em seu artigo 3º, regula que a igualdade deverá ser promovida por meio da adoção de medidas que eliminem e previnam quaisquer desigualdades na comunicação e na informação, dentre outras. Fundamental às pessoas com necessidades especiais a disponibilidade de servidores, adaptações e quaisquer outras tecnologias que lhes prestem assistência que assegure amparo integral, reprimindo quaisquer formas discriminatórias.

Outrossim, o artigo 4º propicia a promoção do acesso dos utilizadores dos serviços oferecidos pela esfera judiciária e dos serviços auxiliares, forma na qual deverá ocorrer com segurança e autonomia a fim de promover em seu inciso primeiro o atendimento ao público presencial e eletrônico facilitado e adaptado de acordo com as necessidades dos usuários. A comunicação deve ocorrer na constância das necessidades dos utilizadores do serviço, como deve ocorrer com os surdos que se utilizam da Libras para possibilitar a comunicação. Na mesma esteira, os parágrafos primeiro e segundo deste artigo, garantem às pessoas com necessidades especiais o atendimento adequado. Deste modo, é dever da esfera do Poder Judiciário a instrução e capacitação dos servidores e funcionários, e cada órgão do Poder Judiciário deverá ser composto por cinco por cento dos servidores e demais funcionários com capacitação em Libras, modo que viabilizará a comunicação e interpretação dos surdos.

O artigo 7º da Resolução do CNJ de nº 230 de 22 de julho de 2016, garante aos surdos processos eletrônicos acessíveis às pessoas com surdez e o artigo 9º garante a remoção de barreira referente à comunicação a fim de promover o acesso ao Poder Judiciário amplo às pessoas portadoras de necessidades especiais. Por conseguinte, o artigo 10º garante às comissões permanentes de acessibilidade e inclusão a fiscalização das mudanças arquitetônicas de acessibilidade e a capacitação de profissionais adequados para prestarem atendimento adequado aos portadores de necessidades especiais. Dessa forma, deverá cumprir metas anuais a fim de resguardar em seu inciso primeiro a construção e ou reforma resguardando a acessibilidade. É possível exemplificar, as sinalizações visuais acessíveis aos surdos, em todas as dependências da esfera judiciária.

Ademais, no mesmo artigo 7º, inciso quarto, é resguardo a capacitação dos servidores em cursos de Libras, ofertados por professores capacitados e com formação em instituições renomadas quanto ao ensino da Libras, com o objetivo de assegurar que os setores judiciais ofertem servidores formados e capacitados ao atendimento de surdos, prestando-lhes informações na linguagem de sinais. Por conseguinte, o inciso quinto, garante a nomeação de intérprete e do tradutor de Libras devidamente habilitados e credenciados, sempre que existir como parte processual pessoas surdas.

Nessa esteira, o inciso sexto garante aos surdos que o juiz deverá comunicar-se com os surdos, se assim optarem, por meio de anotações, seja em meio eletrônico ou físico, incluindo tradução em legenda simultânea e adoção de medidas que corroborem a leitura labial. Não fosse suficiente, o inciso sétimo do artigo 10º resguarda a permissão de guia-intérprete ou a nomeação de um intérprete juramentado, sempre que o processo tiver como parte uma pessoa surda, custeado sempre pelo Poder Judiciário. Já o inciso décimo terceiro, assegura a utilização de intérprete de Libras, legendas e áudio descrição em todas as manifestações públicas.

O CNJ dispõe também a recomendação de nº 81 de 6 de novembro de 2020, em que seu artigo 1º expõe o fim de estabelecer o tratamento apropriado às pessoas com surdez ou cegueira, sejam estas acusadas, autores, condenadas ou privadas de liberdade e adolescentes, estabelecendo determinações judiciárias para que sejam assegurados os direitos destes, enquanto aguardam julgamento. Assim sendo, o artigo 2º inciso primeiro, alínea ‘a’ exprime que a pessoa com deficiência auditiva possui impedimento auditivo de longo prazo, incluindo o surdo nesta classificação. Por conseguinte, o inciso segundo e as alíneas ‘a’ e ‘d’ estabelecem que o intérprete ou tradutor de Libras e de leitura labial são profissionais com formação especializada, seja em Libras e/ou na técnica de interpretação e leitura labial.

Em vista disto, o artigo 3º e 4º expõe que a pessoa surda deve ser identificada seja com o auxílio do juiz ou por autodeclaração exposta no artigo quarto. O juiz, ciente da necessidade especial deverá comunicar a comissão permanente de acessibilidade e inclusão para que seja garantida a nomeação de intérprete, na constância do artigo 6º e do inciso primeiro. Inclusive, o artigo 9º garante que o juiz deverá disponibilizar à pessoa surda todas as informações e etapas do processo em formato acessível.

Mediante ao exposto, os tribunais vêm aplicando políticas dispostas na resolução 230 do CNJ, objetivando adequar e ofertar atendimento acessível aos portadores de necessidades especiais, o que inclui o atendimento igualitário aos surdos. O Poder Judiciário vem ofertando cursos de Libras para capacitar os servidores e nomeando intérpretes e tradutores habilitados e com formação em Libras.

Nessa senda, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (TJDFT) vêm aplicando desde o ano de 2010, mais de 26 ações educacionais, a fim de ofertar o ensino da Libras dentre cursos básicos, intermediários e avançados, totalizando o atendimento de 359 pessoas. Portanto, a Escola de Administração Judiciária oferta cursos de dez, vinte e sessenta horas e o ensino a distância para os servidores. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (TJDFT), em fevereiro de 2017, começou a ofertar tradução e interpretação de audiências de primeira instância, e em um ano cumpriu a tradução em Libras de noventa e oito atendimentos, nos quais cinquenta e seis foram audiências.

Em agosto de 2017, o Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) realizou um julgamento extraordinário e inédito, uma vez que a juíza Márcia Cristie Leite Vieira, juíza titular do Tribunal do Júri, realizou o primeiro julgamento do Brasil com tradução em Libras. Nesse ínterim, o júri perdurou por quinze horas e contou com a participação de três intérpretes,

que se revezaram entre o atendimento de 40 pessoas surdas durante o julgamento. Os tribunais têm ofertado tradução simultânea do português para a Libras, através do sistema VLibras, disposto na página inicial do CNJ no canto superior à direita, mas é necessário o download do aplicativo, ampliando assim a acessibilidade dos surdos.

O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRERJ) publica cartilha online de Libras, intitulada “Libras: iniciando o contato com a comunidade surda”, a fim de corroborar que os servidores e o público externo tenham um primeiro contato e conhecimento da Libras. Ademais, a TV Justiça em julho de 2020, lançou a série Direito em Libras, com glossário jurídico de mais de sessenta termos próprios. Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região (TRT13) abriu um novo canal de comunicação, o balcão virtual, que trará a mesma funcionalidade do físico, que funciona das oito ao meio-dia e disponibiliza sala virtual acessiva, com intérpretes de Libras em tempo real e o TJSC oferta um dicionário de Libras, com tradução de termos jurídicos por meio de vídeos.

Em vista de todo o exposto, Bagetti Zeifert e Frizzo (2015) citam que o Brasil tem mostrado significativos avanços na criação de políticas públicas que promovam a acessibilidade e os direitos básicos dos cidadãos, auxiliando na inclusão de parcela significativa da sociedade que há pouco tempo passava despercebida. Entretanto, existem falhas na aplicação das políticas públicas, pois a elaboração e a instrumentalização são institutos distintos e para que tais políticas sejam implementadas é fundamental a reserva de orçamento público para que sejam materializadas. Por sua vez, a insuficiência monetária pode ser ocasionada pela omissão do estado, porque para que exista verba pública é necessária a distribuição de renda que depende de escolhas políticas.

Conclui-se, que a concretização das políticas públicas perpassa por dois critérios, a organização e o delineamento de elaboração dos planos. Deste modo, são necessários recursos públicos e instrumentos institucionais e técnicos, sem os quais a aplicabilidade das políticas públicas se torna inviável (BAGETTI ZEIFERT e FRIZZO, 2015).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O tema do referido artigo tem origem nas lembranças de infância, decorrentes de dificuldade na aprendizagem no período de alfabetização. Ao cursar a disciplina optativa de Libras Jurídica ofertada pelo Curso de Direito da Univille, a memória dos momentos de dificuldade e a necessidade de aceitação, resultaram no querer discutir as políticas públicas inclusivas, em especial, às pessoas surdas.

O presente artigo tem abordagem qualitativa. Para Mezzaroba e Monteiro (2019) esse tipo de abordagem objetiva caracterizar ideias, fatos e acontecimentos que possibilitem a diferenciação na constância de suas naturezas. Assim, antes que certos dados sejam coletados e medidos, a pesquisa procura identificar características que os definam e as influências que possam sofrer, bem como, os contextos nos quais estão inseridos. Dessa forma, a compreensão das informações é feita de maneira ampla e relacionada aos variados fatores supracitados. Embora não exista impedimento do uso de dados quantitativos, o que prevalecerá é o conteúdo descritivo. A pesquisa enseja a verificação da aplicabilidade das políticas públicas atuais para promoção do acesso ao Poder Judiciário por pessoas com surdez, através da Libras.

O artigo é tipificado como bibliográfico, uma vez que em sua elaboração é utilizado como material de estudo e aprofundamento teórico, documentos impressos e materiais

disponibilizados na rede mundial de computadores, a exemplo dos livros físicos e virtuais, dissertações de mestrado, revistas e anais de eventos científicos utilizados para realização do presente estudo (GIL, 2018).

Contudo, o artigo também possui caráter documental. Nessa constância, Gil (2018) também expõe que o conceito basilar da pesquisa documental objetiva a comprovação de fatos e/ou acontecimentos, por meio de documentos comumente dispostos em papel escrito. No entanto, atualmente muitos desses documentos estão disponíveis em meios eletrônicos, como as leis e decretos explicitados no presente estudo.

O método utilizado por sua vez, é o dedutivo. Dos conhecimentos de Mezzaroba e Monteiro (2019, p. 87), em que expõem que o "método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares". Por meio dos fatos inquestionáveis expostos no presente trabalho, será possível chegar a uma conclusão lógica. Assim, frente a todas as políticas inclusivas que dispõem acerca da inclusão da pessoa com surdez na sociedade, é possível compreender que apesar dos avanços e dos reconhecimentos legislativos, na prática a teoria não é efetivamente aplicada.

Além disso, o nível de aprofundamento é explicativo. Segundo Prodanov e Freitas (2013) o artigo tem caráter explicativo quando tiver por objetivo, a definição das causas e as motivações das coisas. Do mesmo modo, Prodanov e Freitas (2013 *apud* GIL, 2010, p. 28) expõem ainda, que "aprofunda o conhecimento da realidade porque explica a razão, o porquê das coisas". Esses aprofundamentos se fazem presentes e constantes nesse trabalho, uma vez que é necessário a explicação dos diversos aspectos dos desdobramentos da Libras e suas variáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça, princípio basilar constitucionalizado de maior essencialidade, garante a proteção integral dos demais direitos e garantias fundamentais, dado que ele é o meio de reivindicação e entrada ao Poder Judiciário. Deste modo, a sociedade, notadamente representada pelas minorias, se apropria com o passar do tempo dos preceitos indispensáveis à manutenção da dignidade humana.

A materialização dos direitos e garantias fundamentais aos surdos é viabilizada por políticas públicas, tais como, lei, decretos, normatizações, resoluções, recomendações, etc.. Portanto, o acesso à justiça à pessoa com surdez, encontra concretude nas Leis Federais de nº 10.436 e nº 12.319, no Decreto nº 5.626 e na Resolução do CNJ nº 230 e Recomendação de nº 81.

Muito embora haja todo um movimento restrito a elaboração e discussões acerca da aplicabilidade de tais políticas públicas a fim de viabilizar o acesso à justiça às pessoas com surdez, o tema é permanente e indispensável na promoção da acessibilidade jurídica. Ainda assim, não existe a consolidação e expressivos resultados de forma plena e absoluta na aplicação de políticas públicas que assegurem o acesso do surdo ao Poder Judiciário. Os surdos, ao buscarem o Poder Judiciário, não encontram condições de acessibilidade linguística e, dessa forma se sentem expatriados dentro próprio país.

Em conclusão, a concretização destas políticas públicas demonstra que a materialização do direito não é plenamente efetiva e a implantação do texto legal depende de ações estatais e recursos públicos. Circunstâncias das quais, de fato permeia o sentimento de não pertencimento à pátria brasileira em razão da língua se tornar um obstáculo ao buscarem serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ALVES DE SOUZA, Wilson. **Acesso à justiça.** Salvador: Editora Dois de Julho, 2013. Não paginado. Ebook Kindle.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental e defensoria pública.** Curitiba: Editora Juruá, 2017. 331 p.

AMPESSAN, João Paulo; GUIMARÃES, Juliana Sousa Pereira; LUCHI, Marcos. **Intérpretes educacionais de LIBRAS:** orientações para a prática profissional. Ministério da Educação e Fundação Catarinense de Educação Especial. Florianópolis: DIOESC, 2013. 96 p.

BAGETTI ZEIFERT, Anna Paula; FRIZZO, Djulia. As políticas públicas para minorias e a efetivação da dignidade. *In*: JANAÍNA, Machado Sturza. **Os direitos fundamentais na perspectiva das políticas públicas:** redefinindo garantias para a efetivação de direitos. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2015. cap. 3, 43-57.

BRASIL. Congresso nacional de justiça. Recomendação n.º 81, de 2020. Propõe procedimentos ao tratamento de pessoas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade e adolescentes em conflito com a lei com deficiência auditiva e/ou visual, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito da justiça criminal e da justiça da infância e juventude. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 2-5, nov. 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3563. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Congresso nacional de justiça. Resolução n.º 230, de 2016. Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência por meio – entre outras medidas – da convolação em resolução a Recomendação CNJ 27, de 16/12/2009, bem como da instituição de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão. **Coleção de Leis da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 6-13, nov. 2016. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3563. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Presidência da república. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal nº 10436 de 24 de abriu de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm. Acesso em 06 out. 2020.
BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal nº 12.319 de 1º de setembro de 2010.** Regulamenta a profissão de Tradutor e

Intérprete da Língua Brasileira de Sinais - LÍBRAS. Disponível: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1025011/lei-12319-10. Acesso em: 06 out. 2020.

BUENO, Caroline da Silva. **A necessidade de revezamento do intérprete educacional.** Âmbito Jurídico, Rio grande, junho 2016, XIX, n. 149. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/a-necessidade-de-revezamento-do-interprete-educacional/. Acesso em: 06 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. 1518 p. Disponível em: https: https://br1lib.org/ireader/4988987. Acesso em: 07 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** 1. ed. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1988. 168 p.

CHUDZIJ, Luísa Fófano. **Políticas públicas:** princípio da eficiência e a responsabilidade do agente político. 1. ed. Curitiba: Editora Appris, 2020. Não paginado. Ebook Kindle.

CIEGLINSKI, Thaís. Uso de Libras no poder judiciário avança no país. **Agência CNJ de notícias**, Brasília, 12 mar. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/uso-de-libras-no-poder-judiciario-avanca-no-pais/. Acesso em: 07 maio 2021.

CNJ. **GLOSSÁRIO inclui 60 termos jurídicos na Língua Brasileira de Sinais.** 03 jul. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/glossario-inclui-60-termos-juridicos-na-lingua-brasileira-de-. Acesso em: 07 maio 2021.

CNJ. **JUSTIÇA eleitoral do Rio de Janeiro promove acessibilidade com cartilha de Libras.** 11 set. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-eleitoral-do-rio-de-janeiro-promove-acessibilidade-com-cartilha-de-libras/. Acesso em: 07 maio 2021.

FAMBOMEL, Sônia Márcia Marcilio. **O Ingresso do estudante surdo na educação superior**: desafios e possibilidades. Orientadora: Sonia Maria Ribeiro. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Educação) — Programa de Pós-graduação em Educação, Universidade da Região de Joinville, Joinville, 2019.

GALLASSI, Almir. O acesso á justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais. *In:* SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **Acesso à justiça**: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. 1. ed. Birigui: Editora Boreal, 2013. cap. 1, não paginado. Ebook Kindle. Acesso em: 07 maio 2021.

GESSER, Audrei. **LIBRAS? Que língua é essa?: crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda. São Paulo: Editora Parábola, 2016. 87 p.**
GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 172 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012934/cfi/6/60!/4/88/4@0:0.Acesso em: 25 nov. 2020.

IDALGO, Adilson. **Língua de sinais (LS).** Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2008. 2 p. 1 folder. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/seminariosurdez/pages/arquivos/folder_05.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560. Acesso em: 25 nov. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil: doutrina e Jurisprudência. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/cfi/6/2!/4/2/2@0:40.8. Acesso em: 06 abr. 2021.

PERLIM, Gladis; STUMPF, Marianne. **Um olhar sobre nós surdos**: leituras contemporâneas. Curitiba: Editora CRV, 2012. 279 p.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. 277 p. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

QUADROS, Ronice Müller de. **O tradutor e intérprete de língua brasileira de sinais e língua portuguesa**. Ministério da Educação e Secretaria da Educação Especial. Programa Nacional de Apoio à Educação de Surdos. Brasília, 2004. 94 p. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/tradutorlibras.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

RUIZ, Ivan Aparecido; TEIXEIRA, Rafael Selicani. Do acesso á justiça: a garantia fundamental dos direitos humanos. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **Acesso à justiça:** uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. 1. ed. Birigui: Editora Boreal, 2013. cap. 1, não paginado. Ebook Kindle. Acesso em: 07 maio 2021.

SKLIAR, Carlos. **A surdez:** Um olhar sobre as diferenças**.** Porto Alegre: Editora Mediação, 2016. 190 p.

STROBEL, Karin Lillian; FERNANDES, Sueli. **Aspectos linguísticos da LIBRAS**. Ministério da Educação e Secretaria do Estado Especial. Curitiba/PR: 1998. 39 p. Disponível em: http://www.librasgerais.com.br/materiais-inclusivos/downloads/Aspectos-linguisticos-da-LIBRAS.pdf. Acesso em: 17. set. 2020.

TJSC. **DICIONÁRIO jurídico de Libras é disponibilizado no portal do TJSC e da AJ.** 07 mai. 2019. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/academia-judicial/-/dicionario-

juridico-de-libras-e-disponibilizado-no-portal-do-tjsc-e-da-aj?inheritRedirect=true. Acesso em: 07 maio 2021.

VELOSO, Éden; MAIA, Valdeci. **Aprenda LIBRAS com eficiência e rapidez.** Curitiba: Editora Mãos Sinais, 2009. 228 p.

ZAMPIER, Deborah. CNJ disponibiliza conteúdo de seu portal na língua brasileira de sinais. **Agência CNJ de notícias**, Brasília, 26 jul. 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnj-disponibiliza-conteudo-de-seu-portal-na-lingua-brasileira-de-sinais/. Acesso em: 07 maio 2021.

O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS CONTRATOS DE TRABALHO COM OBJETO ILÍCITO

Bruna Carolina Klein Albino[1]
Luís Felipe do Nascimento Moraes[2]

Resumo: O tema é importante dado o reconhecimento do vínculo empregatício a quem não tem relação com a conduta delituosa e assim executa os seus serviços com *aniumus contrahendi*. Explicitando o conceito de contrato de trabalho e suas nulidades, adentrando no mérito dos objetos ilícitos dentro do Direito do Trabalho e discutindo acerca de vínculos empregatícios decorrentes de atividades ilícitas, caracterizando assim, os conceitos de nulidades dos contratos de trabalho com objeto ilícito, bem como, explanando a diferenciação do contrato de trabalho proibido. A metodologia foi qualitativa, do tipo bibliográfica e jurisprudencial. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados mostram que há clara divergência jurisprudencial e doutrinária, sendo controversas, acarretando em insegurança jurídica.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Contrato de Trabalho; Trabalho Ilícito; Trabalho Proibido.

INTRODUÇÃO

As simples prestações de serviço em atividades consideradas ilícitas podem ser reconhecidas juridicamente pela justiça trabalhista, bem como, podem invalidar um contrato sem a correspondente indenização pelo trabalho prestado, importando no enriquecimento ilícito do empregador à custa do obreiro. Pela vertente de que para o trabalhador não poderá ser restituída as forças que expendeu na realização de seu labor diário, deveria, por conseguinte, ser recomposto mediante indenização com o equivalente ao esforço despendido.

Nos casos práticos, como entendem algumas jurisprudências, reconhecem como forma subordinada ao seu patrão, as prestações de serviços realizadas não explorando explícita e diretamente o objeto ilícito, desconfigurando a caracterização da contravenção penal, ou até mesmo, sendo inviável o reconhecimento de contrato válido, a relação laboral estabelecida entre as partes gerou efeitos que não poderão ser desconstituídos, não podendo deixar sem contraprestação o trabalho que foi produzido.

Assim, a problemática se encontra no momento em que mesmo na prestação de serviços em atividades ilícitas, sendo impossível devolver ao trabalhador a energia gasta na prestação de serviços, devendo o obreiro ser indenizado com o equivalente, em face de as partes não poderem retornar ao estado anterior em que se encontravam, mormente porque haveria enriquecimento do tomador do serviço em detrimento do prestador do serviço. Para tanto, o artigo, primeiramente discorre sobre o conceito de contrato de trabalho e suas fontes, bem como, acerca de casos julgados nas hipóteses de objetos ilícitos no contrato de trabalho. Na sequência discute sobre o trabalho proibido, e seus efeitos, para então discutir sobre os vínculos e indenizações decorrentes do trabalho realizado, tanto quando proibido ou praticado com o objeto ilícito.

1. CONTRATO INDIVIDUAL

1. Acadêmica do Curso de Direito Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.
2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

Conforme aduz Bezerra Leite (2018), há alguns parâmetros legais previstos na legislação civil que podem ser adotados no direito do trabalho em relação ao contrato de emprego. É válido ressaltar, deste modo, o Artigo 104 do Código Civil, em que dispõe acerca da validade do negócio jurídico, requerendo que o agente seja capaz, o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, bem como, na forma prescrita ou não defesa em lei.

Ainda, Bezerra Leite (2018), demonstra que os elementos essenciais constituem requisitos obrigatórios para a validade do contrato de trabalho, tendo em vista a lacuna normativa da CLT acerca da validade dos negócios jurídicos e sendo o contrato de trabalho uma de suas espécies, assim, é de extrema importância, no que couber, os conceitos fundamentais pelo Código Civil.

Destarte para Martins (2012 p.91), o contrato de trabalho não se confunde com os demais contratos de natureza civil.

1.1 Contrato de trabalho e suas nulidades

Primeiramente, como esclarece Schwarz (2012), contrato de trabalho nada mais é que um acordo de vontade, tácito ou expresso, que pode ser verbal ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou intermitente, que corresponderá a uma relação de emprego que poderá ser objeto de total e livre estipulação das partes, enquanto é claro, não se sobrepor às disposições de proteção do trabalho.

Esta espécie de contrato tem como características: ser bilateral (sinalagmático, pois envolve obrigações recíprocas), oneroso (pois envolve vantagens e ônus de ambas as partes; exemplificando: Mão de obra e pagamento), comutativo (pois tudo é prefixado no momento da celebração do contrato: função, salário etc.), *intuitu personae* (trata-se de obrigação personalíssima, não podendo terceiro substituir em sua função), consensual (se dando através da vontade das partes, sem a necessidade de entrega de coisa), de prestações sucessivas ou de execução continuada (vez que projeta-se no tempo) e subordinação jurídica (em vista que o empregado coloca sua força de trabalho à disposição do empregador) (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2017).

Regido principalmente pelo Art. 442 da CLT, que preceitua que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à uma relação de emprego. Sendo, deste modo, um negócio jurídico, como qual, necessita de elementos essenciais, com fulcro no Art. 104, que dispõe seus requisitos, quais são: ser agente capaz, ter como objeto lícito o contrato de trabalho, determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Destarte, o contrato de trabalho não seria algo a se discutir recorrentemente no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, no que se refere ao objeto do contrato individual de trabalho, há questões que não estão pacíficas e seguem com divergências jurisprudenciais.

Conforme explana Martins (2012), a nulidade dos atos jurídicos do Direito do Trabalho é diferente da nulidade dos atos jurídicos no Direito Civil. Somente no Direito do Trabalho há situações específicas nesse sentido, desse modo, não será nulo todo o contrato de trabalho caso uma ou algumas de suas cláusulas contrariem o ordenamento jurídico, mas apenas se as cláusulas não observarem as prescrições legais.

Assim, conforme exemplifica Schwarz (2012), o princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode, no entanto, ser rigorosamente aplicado ao contrato de trabalho, pois não se pode repor ao obreiro a energia despendida na prestação de trabalho, desse modo, a nulidade do ato, opera efeitos *ex nunc*, em face da

impossibilidade de retroação das prestações. O não reconhecimento de vínculo empregatício, por objeto ilícito, a qual reveste-se de uma figura delitiva ou de uma contravenção penal, que recai sobre obreiro que executa de maneira direta ou indireta o objeto do contrato, revela-se nulo, vez que é carente de um dos requisitos de validade do negócio jurídico.

Segundo a opinião de Eloy José da Rocha, citado por Barata Silva (1986), no Direito do Trabalho, quando o objeto é ilícito, a nulidade é absoluta e, quando proibido, a nulidade é relativa. Há de ressalvar-se que, quando houver ilícito comum, a nulidade será relativa, mas, quando o ilícito for penal, a nulidade será absoluta.

As referidas diferenças trazem para enfoque a discussão a respeito do objeto ilícito no contrato de trabalho, tema amplamente debatido no direito, sem que haja, até hoje, entendimento sedimentado e unificado sobre o tema, assim, para os que defendem a existência da relação de emprego, para Martins (2012), mesmo na prestação de serviços em atividades ilícitas, como o jogo do bicho, o bingo, os prostíbulos, é impossível devolver ao trabalhador a energia gasta na prestação de serviços, devendo o obreiro ser indenizado com o equivalente, em face de as partes não poderem retornar ao estado anterior em que se encontravam, mormente porque haveria enriquecimento do tomador do serviço em detrimento do prestador do serviço. Assim, teria direito o obreiro às verbas de natureza trabalhista.

Conforme aduz Romar (2018), no que tange ao contrato de trabalho com objeto ilícito, duas espécies de discussão são encontradas na doutrina, uma se referindo à hipótese que o trabalhador desconhece a ilicitude da atividade que está executando, a segunda explana acerca do fato de o trabalho executado não ser ilícito em si, muito embora sua prestação se dê em um contexto de exploração econômica de atividade ilícita.

2. CONTRATOS DE TRABALHO COM OBJETO ILÍCITO: O QUE EXPLANA A JURISPRUDÊNCIA

A doutrina diverge sobre a inclusão da jurisprudência entre as fontes do Direito, alguns autores negam tal condição, enquanto outros entendem ser possível considerar a jurisprudência como fonte formal do Direito, na medida em que se converta em costume, Romar (2018), aduz que a doutrina tradicional nega à jurisprudência a condição de fonte do Direito, sob o fundamento de que as decisões judiciais referem-se a casos concretos específicos, não tendo assim, caráter de generalidade, impessoalidade e abstração inerentes às normas jurídicas.

Conforme esclarece Delgado (2017), a corrente que entende ser a jurisprudência fonte formal do Direito, reconhece o inegável papel de criação do Direito que têm as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica, ainda, é válido ressaltar que por mais que o Art. 8º da CLT reconheça a jurisprudência como fonte normativa do Direito do Trabalho, no entanto, com a vinda da Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017, que incluiu o § 2° ao art. 8° da CLT, com previsão expressa de que “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Deste modo, assevera ainda, Romar (2018), que assim o papel criador do Direito decorrente das interpretações dos tribunais resta mitigado.

A fonte do presente trabalho é referente a discussão acerca da validade ou não do contrato de trabalho que tem como meio e resultado o objeto ilícito, a qual não está pacificado. Assim, é nítido que não basta apenas observar a lei, se na realidade é inteiramente divergente dos casos julgados.

De fato, as doutrinas majoritárias, bem como grande parte da jurisprudência nacional, defendem a nulidade da relação jurídica. Entretanto, ressalta-se a discussão acerca da natureza da ilicitude: faz-se distinção entre atividade considerada crime e aquela tida como contravenção (CECATO 2004). De acordo com a corrente majoritária, o contrato de trabalho com objeto ilícito é nulo de pleno direito não havendo percepção de direitos trabalhistas.

Importante ressaltar que, quando houver ilícito comum, a nulidade será relativa, mas, quando o ilícito for penal, a nulidade será absoluta. Ainda, como observa Barata Silva (1986, p221), citando Eloy José da Rocha, nos casos de determinadas boates, casas de shows, casas de massagens ou estabelecimentos análogos, que têm sua atividade econômica girando em torno da prostituição, ou a estabelecimentos que comercializem o jogo bicho ou os jogos de azar, como o bingo existem prestadores de serviço de toda espécie, desde garçons, motoristas, camareiras, seguranças, dançarinas e outros. A dificuldade, portanto, está em estabelecer qual a atividade lícita e qual a ilícita.

2.1 Contratos com objeto ilícito em casos julgados

Primeiramente, exemplifica-se o objeto do contrato celebrado entre o bicheiro e o cambista de jogo do bicho, cujo exercício é uma contravenção penal, o que explana Barros (1978 p. 347), deveria trazer nulidade total do contrato, sujeitos ao desfazimento do negócio e até a sanção penal nos termos do art. 58 do Decreto-Lei n. 3.688, de 1949 (Lei de Contravenção Penal) que preceitua: Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração.

No entendimento de inúmeros doutrinadores, se o empregado ignora a verdadeira finalidade da empresa que trabalha não se poderá arguir a nulidade de seu contrato de trabalho, tendo como princípio sua boa-fé. Vale ressaltar, porém, que a respeito do jogo do bicho, há duas correntes doutrinárias que se posicionam divergentes. Conforme Ferreira (2010), a primeira afirma haver um vínculo empregatício, sob o fundamento de que o jogo do bicho seria ‘tolerado’ simples pela justiça brasileira, logo, seria injusto não reconhecer o vínculo empregatício.

Para Carelli (2007) o apontador do jogo do bicho é trabalhador aceito pela sociedade, não sendo considerado contraventor, sendo, geralmente, pessoa das comunidades que nada têm a ver com o crime organizado, afirma que os usos e costumes de todas as sociedades brasileiras demonstram ser tolerado o negócio jurídico, razão pela qual, pela regra do art. 113 do Código Civil Brasileiro, deveria ser considerado válido, tendo em vista que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Em consonância com o art. 182 do mesmo Código, ainda declara Carelli (2007), que mesmo se assim não se entendesse, com a anulação do negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Já que para o trabalhador não poderá ser restituída as forças que expendeu na realização de seu labor diário, deverá assim, ser recomposto mediante indenização com o equivalente ao esforço despendido.

No caso abaixo foi considerada apenas a atividade lícita da Reclamante, que apenas prestou serviços de limpeza, não explorando explícita e diretamente o objeto ilícito, nesse contexto, vislumbra-se má aplicação da OJ 199 da SDI-I do TST:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO DE EMPREGO. RECLAMADA QUE EXPLORA JOGOS DE AZAR. SERVIÇOS DE LIMPEZA. OBJETO LÍCITO. 1. Do quadro fático delineado pelo Regional verifica-se que a reclamante prestou serviços de limpeza, junto à reclamada, empresa que explora jogos de azar (-casa de bingo-). 2. Assim, a atividade laboral específica da reclamante não é inerente à prática de atividade ilícita. 3. Nesse contexto, vislumbra-se má aplicação da OJ 199 da SDI-I do TST, o que equivale juridicamente à contrariedade e torna o recurso de revista cabível, por força do artigo 896, "a", da CLT. [...] 2. Embora as atividades da reclamada sejam proibidas por lei, os serviços prestados pela reclamante se afiguram lícitos, não havendo qualquer empecilho para o reconhecimento de vínculo, o que afasta, portanto, a impossibilidade jurídica do pedido. [...] 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 152500-80.2009.5.02.0058, Relatora Desembargadora Convocada: Sueli Gil El Rafihi, Data de Julgamento: 03/12/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014).

Em diversas decisões, as quais optam por entendimento diverso da OJ 199 da SDI-I do TST, dada a sua importância, no caso do Jogo do Bicho, como demonstra julgado abaixo, afirmando que o que não é lícito é a empregadora valer-se da sua própria torpeza, quando invoca a ilicitude do objeto do contrato de trabalho, negando a relação de emprego, como forma de se livrar dos encargos trabalhistas e sociais.

Ademais, as decisões afirmam que a aplicação da OJ 199 da SDI-I do TST, tem aplicação apenas em relação ao contraventor e seu cliente, não se podendo transferir sua aplicação ao empregado que, à míngua de outro emprego, busca tirar seu sustento e de sua família, colocando sua força de trabalho em prol do empregador, o qual fica imune de qualquer ilegalidade.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. Decisão Regional em que reconhecida a validade do contrato de emprego decorrente de atividade ilegal relacionado ao jogo do bicho. Aparente contrariedade à Orientação Jurisprudencial 199/SDI-I/TST, nos moldes do art. 896 da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos termos do artigo 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. Conforme a jurisprudência desta Corte, resulta inválido o contrato de emprego decorrente de atividade ilegal relacionado ao jogo do bicho. Nesse sentido a OJ 199/SDI-I/TST, de seguinte teor: - É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico -. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1450720125060014 145-07.2012.5.06.0014, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 25/09/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/10/2013).

Não obstante ser reconhecido o vínculo, a caracterização do objeto ilícito foi inteiramente desconfigurada, tendo em vista o enriquecimento ilícito do empregador, bem como reiterados os requisitos básicos do Art. 03 da CLT, que tipificam empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual, sob dependência deste e mediante salário.

Por oportuno, o julgado abaixo, do TRT/4ª Região, o qual reconhece o vínculo empregatício, cita um dos princípios norteadores acerca do tema, qual seja o princípio da não-retroação das nulidades. Ademais, é certo que, além das providências fiscais, quanto penais, devem ser cabíveis contra o empregador, que por estranho, aproveita-se de sua torpeza para se ver livre de obrigações trabalhistas.

> VÍNCULO DE EMPREGO. OBJETO ILÍCITO. TRABALHO PRESTADO EM ESTABELECIMENTO QUE EXPLORA O JOGO DO BICHO. Sendo ilícito o objeto do contrato de trabalho da reclamante, inviável o reconhecimento de contrato válido de emprego. Por outro lado, a relação laboral estabelecida entre as partes gerou efeitos que não podem ser desconstituídos. Não se pode deixar sem contraprestação o trabalho que foi produzido, chancelando o enriquecimento ilícito do empregador, que se beneficiou da força de trabalho da reclamante. Assim, ante a impossibilidade fática de devolverem-se as partes ao status quo ante, adota-se o princípio da não-retroação das nulidades, reconhecendo-se os direitos decorrentes do pacto laboral. (TRT-4 - RO: 00207385920155040741, Data de Julgamento: 06/04/2017, 8ª Turma).

Já a segunda corrente, majoritária, seguindo os ditames da OJ 199 do TST da SDI – 1 do TST, afirma que não há vínculo, logo, não se reconhece o direito trabalhista, pois tal reconhecimento levaria a uma subversão da ordem jurídica.

Há desde logo a conexão com a prática penal e seus efeitos, considerando o objeto do contrato celebrado entre o bicheiro e o cambista de jogo do bicho, cujo o exercício é uma contravenção penal, nos termos do art. 58 do Decreto-Lei n. 3.688, de 1949 (Lei de Contravenção Penal).

Resta claro que o contrato de trabalho ilícito é aquele que não atende aos requisitos do art. 104, CC/02 e que envolve um tipo penal, sendo contrário a um dos requisitos dos contratos em Direito Civil, uma vez que possui como objeto uma atividade ilícita e, como consequência, não há o reconhecimento do vínculo empregatício (FERREIRA 2010).

Como exemplo tem-se decisão da 20ª Vara do Trabalho de Recife:

> RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. OBJETO ILÍCITO. A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando os arts. 82 e 145 do Código Civil de 1916 (arts. 104 e 166 do Código Civil de 2002), fixou o entendimento, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 199 da SBDI-1, de que é inviável o reconhecimento de vínculo empregatício quando a relação de trabalho envolve a exploração da atividade ilícita denominada "jogo do bicho". Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 44700-60.2009.5.08.0014, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 04/11/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015).

Deste modo, toda e qualquer atividade ilícita reveste-se de uma figura delitiva ou de uma contravenção penal. Assim, a ilicitude é confundida com a própria atividade desenvolvida, isto é, tem-se a ilicitude do objeto e, por conseguinte, há a nulidade do contrato de trabalho, vez que é carente de um dos requisitos de validade dos atos jurídicos.

Assim como no caso da atividade exercida na casa de bingo, bem como nos casos dos apontadores do Jogo do Bicho, o serviço é inerente à atividade ilegal, no entanto existem casos em que, apesar da ilicitude do negócio, o serviço prestado não diz respeito diretamente ao seu desenvolvimento, é o caso de seguranças, faxineiros ou garçons que,

casualmente, estão trabalhando em estabelecimento ilegal, mas que poderiam perfeitamente executar o mesmo trabalho em locais lícitos. Assim como agravo de instrumento julgado recentemente no TST:

> SEGURANÇA DE ESTABELECIMENTO QUE EXPLORA ATIVIDADE CLANDESTINA DE BINGO. RECONHECIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO. Cinge-se a controvérsia sobre o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador que exerce o cargo de segurança em local que explora atividade clandestina de bingo. Em controvérsia semelhante a respeito do "jogo do bicho", o Tribunal Pleno desta Corte Superior, reunido no dia 7/12/2006, julgou o Incidente de Uniformização Jurisprudencial (IUJ), suscitado nos autos do processo nº TST-E-RR-621145/2000, tendo decidido manter o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no sentido de que não há contrato de trabalho, ante a ilicitude do objeto. Há, porém, que se identificar, primeiramente, se a atividade do tomador de serviços é ilícita e o serviço é igualmente ilícito, porque inerente à atividade, logo, o objeto do contrato é ilícito, recaindo no art. 166 do CCB. [...] portanto, correta a decisão do Regional que reconheceu o vínculo de emprego. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR: 10218520165110012, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 28/08/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2019).

Na jurisprudência citada acima resta demonstrado o maior princípio norteador da jurisdição trabalhista, o qual não se pode negar a proteção do direito a esses trabalhadores. Seria injusto perante a ordem jurídica, porque corresponderia a beneficiar o empresário que atua ilegalmente, sonegando ao trabalhador seus direitos decorrentes do labor prestado.

Assim, há de se reconhecer a validade do contrato de trabalho do empregado que, a despeito de prestar serviço em local destinado a atividade ilícita, não realiza atividade diretamente vinculada à contravenção legal, como é o caso acima, em que o autor exercia a atividade de segurança. Nesse esteio, estando o trabalho do reclamante em conformidade com a lei, dissociado da atividade fim do bingo, é certo que o recorrente não pode se favorecer da própria torpeza para não arcar com as obrigações trabalhistas.

Em outra possibilidade, há decisões em que não se reconhece o vínculo, porém gera indenização ao serviço prestado. Observando novamente os princípios da proteção e do não enriquecimento ilícito:

> RELAÇÃO HAVIDA ENTRE AS PARTES. SEGURANÇA EM CASA DE BINGO. ATIVIDADE ILÍCITA. Embora a atividade exercida pela reclamada seja ilícita, e especialmente face ao exercício de cargo dela desvinculado pelo reclamante, é de se reconhecer a existência de contrato nulo entre as partes, gerador, contudo, de efeitos trabalhistas na forma indenizada. Aplicação dos princípios da proteção e do não enriquecimento ilícito. Apelo do reclamante provido em parte. (TRT-4 - RO: 00203735420175040023, Data de Julgamento: 12/09/2018, 1ª Turma).

É sempre válido ressaltar que o Direito brasileiro tem como um de seus princípios básicos o de que *nemo suam propriam turpitudinem profitare potest*, ou seja, ninguém se pode valer de sua própria torpeza. Deste modo, não pode a empresa ré alegar a proveniência ilícita dos valores com os quais remuneram seus empregados para eximir-se de quitar as verbas a estes devidas quando da rescisão de seus contratos.

Para o caso de determinadas boates, casas de shows, casas de massagens ou estabelecimentos análogos, que têm sua atividade econômica girando em torno da

prostituição. Existem prestadores de serviço de toda espécie, desde garçons, cozinheiros, camareiras, seguranças, contadores, dançarinas e outros. A dificuldade está em estabelecer qual a atividade lícita e qual a ilícita, ora, assim como afirma Folador (2019), existiria a vontade de contratar e ser contratado, as garantias seriam estabelecidas, e os direitos seriam concedidos conforme asseguram as leis, porém, dentre as afirmações faz-se o seguinte questionamento, o que trava a regulamentação da função das prostitutas na lei trabalhista? A resposta é novamente a licitude do contrato.

Novamente insurge o fato de a atividade fim ser reconhecida como crime da profissão de prostíbulos, não sendo possível tal reconhecimento de vínculo empregatício, tratando-se de contrato nulo, tendo em vista objeto ilícita ficando a trabalhadora sem direito a perceber créditos trabalhistas assegurados pela norma, conforme aduz artigo 104 do Código Civil.

É válido esclarecer que o exercício individual da prostituição não constitui crime, apenas seu agenciamento é considerado, assim argumenta Folador (2019), que pelo que aduz o Art. 229 do Código Penal, em que trata como crime o fato de “manter, por conta própria ou de terceiros, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro”. Não existindo possibilidade da existência de exploração em uma casa noturna que não almeja o lucro, a exploração origina-se pelo usufruir pecuniariamente sobre trabalho de terceiro.

Ressaltando novamente o Art. 104 do Código Civil, que é a fonte do presente trabalho, quanto à validade do contrato, observando o elemento formal do objeto lícito, deixando de ter a possibilidade de realizar um vínculo trabalhista com as profissionais do sexo, pois o objeto do contrato, conforme artigo 229 do Código Penal é ilícito. Logo, a relação empregatícia torna-se inválida.

A seguinte decisão se destoa da corrente jurisprudência, que reconheceu como profissão legalmente constituída a de uma dançarina que é considerada inteiramente lícita:

> DANÇARINA DE CASA DE PROSTITUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Restando provado que a autora laborava no estabelecimento patronal como dançarina, sendo revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, não se tem possível afastar os efeitos jurídicos de tal contratação empregatícia, conforme pretende o reclamado, em decorrência de ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela, e, pelo que restou provado, era exercida em momentos distintos. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo utile per inutile vitiari non debet. Importa ressaltar a observação ministerial de que a exploração de prostituição, pelo reclamado, agrava-se pelo fato de que “restou comprovado o desrespeito a direitos individuais indisponíveis assegurados constitucionalmente. (TRT 3ª R. – 5ª R. – RO/1125/00 – Relª Juíza Rosemary de Oliveira Pires – DJMG 18.11.2000).

Argumenta-se que decisões negativas acerca do tema, ferem direitos e princípios trabalhistas e constitucionais, como: dignidade da pessoa humana, a liberdade do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, autonomia da vontade, livre disposição do próprio corpo e a proibição de qualquer forma de preconceito e discriminação.

Sendo válido ressaltar que, embora seja uma profissão legal, o não reconhecimento do vínculo empregatício, poderia muito bem evidenciar clara discriminação quanto ao seu trabalho. Assim, o não reconhecimento do vínculo empregatício além de causar prejuízos ao Profissional do Sexo, proporciona ainda, o

enriquecimento ilícito do possível tomador, que por sua vez, ao ter contra si uma ação trabalhista alega em tese de defesa a sua própria torpeza, ou seja, a ilicitude do objeto para se eximir de culpa, pois sendo ilícito o objeto não se tem um negócio jurídico válido.

Sobretudo, é incontroverso o entendimento entre os tribunais, em primeira e segunda instância, sendo em grande maioria dos casos reformada a decisão. Em primeira instância, do processo de nº1002167-24.2016.5.02.0036, a sentença é clara e afirma que "é inegável que as partes envolvidas na presente exerciam atividade ilícita, conforme por ambas confessado, pois se ativavam em local em que realizada prática criminosa, capitulada no art. 228, do Código Penal. " Julgando assim, improcedente a ação e não reconhecendo o vínculo empregatício, porém, quando o Autor interpõe recurso ordinário, em grande maioria dos casos, a decisão é reformada em segundo grau.

Órgãos de primeiro e segundo grau entendem que presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego, seria incompatível com os princípios da primazia da realidade e da proteção negar, por completo, eficácia jurídica ao contrato celebrado entre partes.

Aqui tem-se a clara divergência jurisprudencial:

> VÍNCULO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. RECLAMADA ATIVIDADE ILÍCITA EM CONFRONTO COM A LICITUDE DA ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO TRABALHADOR Inobstante o objeto ser ilícito no caso concreto é claro e não deixa dúvida o fato de que a reclamada tem por atividade a promoção de "prostituição". Portanto, a reclamada pretendeu a nulidade do contrato de trabalho apontando a ilicitude do objeto, porquanto, segundo ela, o estabelecimento no qual o reclamante desenvolveu o seu trabalho era, na verdade, casa de prostituição. Igualmente restou incontroverso que o reclamante encontrava-se inserido no contexto da exploração, porém, exercendo a função lícita de "porteiro". Feita essa premissa, restou incontroversa à existência dos requisitos configuradores da relação de emprego, ou seja, a pessoalidade, subordinação, habitualidade e onerosidade, uma vez que, em defesa, a demandada limitou-se a anotar a nulidade do contrato de trabalho em face da ilicitude do objeto. Diante disso, ainda que o reclamante tenha desempenhado as suas funções em prostíbulo, a ilicitude da atividade de prostituição ali desenvolvida não afeta a lícita atividade de porteiro exercida pelo reclamante durante o período em que prestou serviços para a reclamada. O que torna inespecífica a aplicação da OJ 199 do C.TST. (TRT 02 - RO: 1002167-24.2016.5.02.0036, Data de julgamento: 12/12/2017, 04ª Turma).

É de suma importância observar que não apenas em prostíbulo ou em casos de jogos, em funções como cambistas ou profissionais do sexo, mas como as demais funções exercidas em ambiente que tem como fim o objeto ilícito, geram empregos lícitos, desconfigurando a aplicação da OJ 199 do C.TST.

> CONTRATO DE TRABALHO. INVALIDADE. OBJETO ILÍCITO. O não reconhecimento do contrato de trabalho com fundamento na ilicitude do objeto, implicaria beneficiar justamente o objeto ilícito explorado pela reclamada, eximindo-a de cumprir as obrigações legais decorrentes do vínculo de emprego. Entendimento prevalente na Turma, vencida a Relatora. (TRT-4 - RO: 00004425120105040301 RS 0000442-51.2010.5.04.0301, Relator: MARIA CRISTINA SCHAAN FERREIRA, Data de Julgamento: 23/04/2014, 1ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo).

A participação do Reclamante, ainda que relacionada com o delito mencionado, sendo através de atividade inteiramente lícita, qual seja, motorista, visava o transporte de

mulheres que exerciam a prostituição junto à Reclamada, restando claro que o objeto ilícito diz respeito à Reclamada e não à atividade laboral executada pelo Reclamante.

Portanto, o não reconhecimento do contrato de trabalho implicaria beneficiar justamente o objeto ilícito explorado pela reclamada, eximindo-a de cumprir as obrigações legais decorrentes do vínculo de emprego, tendo em vista que o trabalho prestado pelo reclamante se encontra em consonância com os requisitos dos artigos 2° e 3° da CLT.

3. CONTRATO DE TRABALHO COM OBJETO PROIBIDO

Também denominado trabalho impossível, nas palavras de Correia (2015), trabalho proibido nada mais é que o labor cuja prática é proibida para determinada classe de trabalhadores. O contrato em si não contém ilicitude, porém, desrespeita norma imperativa proibitiva, como normas de proteção ao trabalho.

Observa-se principalmente a proteção do trabalhador, sendo majoritária a corrente que reconhece vínculo, evitando assim o enriquecimento ilícito do empregador. Deste modo, muito embora a obrigação seja nula, o contrato não é. Segundo Ferreira (2010 p.73) a lei protege assim, não só a incapacidade do agente, mas certas peculiaridades de ordem fisiológica, segurança, salubridade, moralidade e cultura.

Assim, resta claro que a respeito do contrato de trabalho proibido, o fator caracterizante é a capacidade do agente, que no caso é incapaz para celebrar qualquer tipo de contrato, salvo nas condições permitidas em lei.

Advém assim, conforme Ferreira (2010 p.74), a maior especificação entre o trabalho proibido e o ilícito. Onde um prepondera o interesse público, e de regra geral, conforme prevê a legislação, o trabalhador não teria direito a reclamar as verbas rescisórias, tendo em vista a nulidade do contrato. Já no trabalho proibido, predomina o interesse particular do indivíduo, o qual poderá reclamar o recebimento de tais verbas rescisórias.

É válido ressaltar, determinadas especificações, entre elas a emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98, a qual modificou a idade mínima permitida para ingresso do adolescente no mercado de trabalho, assim, a Constituição Federal (artigo 7°, inciso XXXIII) passou a afirmar que, quanto à capacidade das partes, tem-se: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”, neste caso, conforme reitera Rodrigues (2015), se o menor laborar em local insalubre, é nítido que ele preenche os requisitos da relação de emprego, assim, uma vez que o menor efetivamente trabalhou, preencheu os requisitos da relação de emprego e o empregador se beneficiou da mão de obra proibida, o vínculo existe e deverá ser reconhecido, tendo os mesmo direitos que um trabalhador cujo labor não era proibido.

Outra especificidade envolvendo a capacidade do agente é no caso do menor aprendiz. Como em qualquer contrato, há condições estipuladas, as quais devem ser cumpridas, devendo ser escrito e ajustado por prazo determinado, com a devida anotação na CTPS, além do menor estar matriculado e frequentando a escola. Assim, caso desrespeitadas tais normas, o contrato será nulo.

Assim sendo, o menor de 16 anos de idade, mesmo que acompanhado de seus responsáveis, não pode celebrar contrato de trabalho, logo, este será nulo, por ser, o menor, absolutamente incapaz para fins de relação trabalhista. Tal condição comporta

uma exceção, ou seja, desde que maior de 14 anos de idade, e representado, o menor poderá trabalhar, desde que na condição de aprendiz. (FERREIRA 2010).

É neste mesmo sentido o artigo 428 da CLT:

> Artigo 428 - Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. § 1° - A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

Assim, o contrato de aprendizagem tem prazo determinado, com anotação na CTPS, além de ter como pré-requisito, a matrícula e frequência escolar, sendo um ato solene. Não sendo respeitadas tais normas o contrato é nulo. Porém, ainda protege o trabalhador menor.

É exatamente o que se extrai da decisão exposta em que se verifica o trabalho de um menor de dezesseis anos sem ser em contrato de aprendizagem e a decisão judicial foi de que o menor possui todos os direitos:

> TRABALHO DO MENOR - ANOTAÇÃO DA CTPS - DIREITOS TRABALHISTAS. Não obstante a proibição constitucional ao trabalho do menor (art. 7o., XXXIII), se este existiu, impõe-se assegurar a ele todos os direitos trabalhistas, não prevalecendo a alegação de que a nulidade do contrato de trabalho importaria a anulação das consequências legais da relação de emprego. Se o menor despendeu sua força de trabalho em prol de alguém que estava proibido de contratá-lo - pois que é aos empregadores que a proibição é primeiramente dirigida - não pode eximir-se das responsabilidades daí advindas, devendo arcar integralmente com a contraprestação devida, na forma da lei. (TRT-3 - RO: 257606 01373-2005-129-03-00-4, Relator: Marcus Moura Ferreira, Primeira Turma, Data de Publicação: 31/03/2006, DJMG. Página 5. Boletim: Não.)

Conquanto o reconhecimento do vínculo empregatício poderá também ser devido indenização por danos morais, por conseguinte flagrante desrespeito à Constituição Federal, a qual proíbe o labor do menor em ambiente insalubre, além de ferir o princípio da proteção integral ao adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

> TRABALHO PROIBIDO. ADOLESCENTE EXPOSTO A AMBIENTE INSALUBRE E JORNADA PROLONGADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. DANO MORAL CARACTERIZADO. Sendo incontroversa a admissão de um adolescente, que contava com 16 anos à época, para exercer função em ambiente insalubre e em jornada prolongada (de 10 a 13 horas diárias), cabível a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. É flagrante o desrespeito à CF, que proíbe o labor insalubre a menores de dezoito anos, bem como à Convenção 182 da OIT, ao Decreto 6481, que proíbe o labor em câmeras frias, bem como à CLT, que veda o labor extraordinário em horários que inviabilizam a frequência escolar. O princípio da proteção integral, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente busca assegurar o pleno desenvolvimento do menor, prezando por sua condição fisiológica e cuidados de ordem social, moral e cultural, o que se torna inatingível quando se contrata criança para desempenhar atividades destinadas a adultos. A reclamada tem o dever legal e

> social de agir em prol do menor, cuja obrigação é buscar garantir-lhe os preceitos elencados no rol insculpido no caput do art. 227 da CF. Uma vez descumpridos os limites em que autorizado pelo ordenamento jurídico o labor do maior de 16 anos e menor de 18 anos, expondo o reclamante menor a condições nocivas ao seu desenvolvimento, torna-se cabível a condenação ao pagamento de indenização. Recurso ordinário da parte autora a que se dá parcial provimento. (TRT-9 - RO: 00001866620165090008 PR, Relator: ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JÚNIOR, Data de Julgamento: 17/05/2018)

Deste modo, em relação ao contrato de trabalho proibido, resume-se que o objeto do trabalho é lícito, sendo reconhecido o vínculo empregatício entre o empregado e o empregador. Portanto, por mais que seja nula a obrigação, o contrato não é, assim, podendo o empregado reclamar os direitos advindos do serviço prestado.

4. INDENIZAÇÃO

Como todo contrato de trabalho, ilícito ou não, na grande maioria das vezes existe uma relação de emprego, que tem como uma de suas características ser oneroso. Nas palavras de Correia (2015, p. 67), o contrato de trabalho é oneroso, como prevê o art. 3 da CLT: "mediante salário". Em regra, presume-se que a prestação de serviços é onerosa, pois de um lado o empregado assume a obrigação de prestar serviços, de outro, o empregador, a obrigação de pagar salário. Deste modo, pode-se concluir que a onerosidade é a contraprestação devida ao empregado pelo trabalho desempenhado.

Assim, conforme exposto em artigo no Código Civil, ainda que anulado o negócio jurídico, deve restituir a parte ao estado em que antes se achava, não sendo possível a restituição, seriam indenizadas com o equivalente.

> Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Uma questão de extrema relevância ainda é que se não se pode beneficiar o empregado, tendo em vista que ele tinha plena consciência do trabalho exercido, que tinha por fim o objeto ilícito, por que beneficiar o empregador?

Romar (2018) assevera que o fundamento primordial do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, parte economicamente mais fraca da relação jurídica. Assim, sem essa proteção jurídica do trabalhador, sua relação com o empregador se revela desequilibrado e, portanto, injusta.

Citado por Martins (2005, p. 137), “o fato de ser ilícita a atividade do empregador não contamina o empregado, que está de boa-fé, cumprindo com suas obrigações contratuais. O mesmo ocorreria com os serviços prestados pelo pedreiro num prostíbulo, em que o seu trabalho não seria considerado ilícito, apesar de a atividade empresarial o ser”, se há desconhecimento de uma pessoa da ilicitude do ato, para ela o negócio jurídico é válido. Nesta esteira, se em um serviço terceirizado ou não, a pessoa desconhece a ilicitude da atividade, reconhece-se o vínculo pela boa-fé do empregado.

Sendo ilícito o objeto do contrato de trabalho do reclamante, seria inteiramente inviável o reconhecimento de contrato válido de emprego. Por outro lado, conforme afirma o Juiz Francisco Rossal de Araujo, em uma de suas decisões, na reclamatória trabalhista de n° 0020738-59.2015.5.04.0741, a relação laboral estabelecida entre as partes gerou efeitos que não podem ser desconstituídos, assim, não podendo deixar sem

contraprestação o trabalho que foi produzido, chancelando o enriquecimento ilícito do empregador, que se beneficiou da força de trabalho da reclamante. Além do mais, ante a impossibilidade fática de devolverem-se as partes ao *status quo ante*, adota-se o princípio da não-retroação das nulidades, reconhecendo-se os direitos decorrentes do pacto laboral.

Ademais, conforme aduz Cecato e Maia (2004, p.51), não se pode punir o empregado, justamente aquele que direito deve proteger, em situação na qual o empregador o introduziu, este único que tem poder de decisão na escolha do empreendimento.

Na tabela demonstra-se que nos casos em amostra, por mais que não seja reconhecido vínculo, foi indenizado e devolvido ao trabalhador, de algum modo o serviço prestado. No caso do porteiro que desempenhou suas funções em prostíbulo, a ilicitude da atividade de prostituição ali desenvolvida não afeta a lícita atividade de porteiro.

Quadro 1 - Jurisprudências e suas causas de reconhecimento ou não

TRT	Jurisprudências	Não Reconhecimento	Causas de Reconhecimento	Causas de não reconhecimento/Forma indenizada	Cargo
TRT 02	1002167-24.2016.5.02.0036	X		Ainda que o reclamante tenha desempenhado as suas funções em prostíbulo, a ilicitude da atividade de prostituição ali desenvolvida não afeta a lícita atividade de porteiro exercida pelo reclamante durante o período em que prestou serviços para a reclamada.	Porteiro
TRT 04	0020373.54-2017.5.04.0023	X		Aplicação dos princípios da proteção e do não enriquecimento ilícito. Não reconhecimento, condenação ao pagamento na forma indenizada.	Segurança de casa de Bingo
TRT 05	0077600-79.2007.5.05.0037	X		Não se poder restituir ao status quo ante a força trabalho despendido pelo obreiro e em razão da respectiva apropriação econômica pelo empreendedor das vantagens daí advindas.	Vendedora

Fonte: TRT 2020

Destarte, no caso do segurança de casa de bingo, foi aplicado o princípio da proteção e do não reconhecimento ilícito, condenando ao pagamento do serviço prestado de forma indenizada. Por oportuno, vale ressaltar que as decisões afirmam que acatar a tese de defesa do empregador, invocando em seu favor sua própria torpeza, é o mesmo que distanciar sobremodo da realidade social, com total desprezo pelo justo trabalho prestado.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Oliveira (2007, p.37), é uma pesquisa que exige “um processo de reflexão e análise da realidade através da

utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação".

A pesquisa constituiu-se em investigação bibliográfica, tendo sido analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jurisprudências e internet. Ainda, a pesquisa foi documental, com objetivo de fundamentar interpretações novas ou complementares sobre o que está sendo investigado.

O método, como forma de explicitar a verdade, foi dedutivo. O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa teve nível de aprofundamento explicativo pois pretendeu mostrar as relações causais entre as variáveis. A pesquisa explicativa atende parcialmente ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

CONCLUSÃO

Atualmente, as correntes doutrinárias, bem como as jurisprudenciais são controversas acerca do reconhecimento de vínculo empregatício em contratos de trabalho com objeto ilícito. Para isto, verificou-se todo um plano de estudo em que mostra tais divergências, as quais trazem insegurança jurídicas aos trabalhadores.

Foram vistas pelo menos três espécies de divergências, a primeira demonstrando que pode ser reconhecido o vínculo empregatício, mesmo decorrente de contrato com objeto ilícito, tratando na maioria das vezes de profissões ligadas a atividade meio. A segunda espécie retrata que não há vínculo, mas deverá ser reconhecido o trabalho prestado, o que decorre de indenização, chancelando o enriquecimento ilícito do empregador. A terceira e última, a qual segue estritamente a lei, não reconhece o vínculo empregatício e muito menos indeniza o trabalho realizado.

Vale ressaltar que empresa ré alegar a proveniência ilícita dos valores com os quais remuneram seus empregados para eximir-se de quitar as verbas a estes devidas quando da rescisão de seus contratos, o que se torna injusto perante a ordem jurídica, beneficiando o empresário que atua ilegalmente, sonegando ao trabalhador seus direitos decorrentes do labor prestado.

Todavia, os efeitos das decisões mencionadas acarretam em insegurança jurídica, não sendo uniforme. Portanto, faz-se necessário acompanhar este tema e se será efetivamente aplicado, para compreender se entendimento divergentes trazem algum impacto para os trabalhadores, no que tange ao reconhecimento de vínculo empregatício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código civil brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.°199**. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato

jurídico. Disponível em: https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst-sdi-i&num=199. Acesso em: 13.set.2019.

BARATA SILVA, Carlos Alberto. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo, 1986. 221 p.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. *In*.__. Formas de Invalidade do Contrato de Emprego. Nulidades Total e Parcial. Trabalho Ilícito e Trabalho Proibido. Efeitos da Declaração de Nulidade. Trabalho Forçado. 11. ed. São Paulo: LTR, 2017. cap XV. 344-349 p.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Jogo do bicho, o tribunal superior do Trabalho e o Pato**. CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade, Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/. Acesso em: 13.set.2019.

CECATO, Maria Áurea Beroni; MAIA, Marcela. Considerações Acerca Da Aplicação Teoria Das Nulidades Contratuais No Direito Do Trabalho. **Revista do PPGCJ/UFPB**. v. 3, n. 5, 2004. p. 39-59.

CORREIA, Henrique**. Coleção Tribunais e MPU: Direito do Trabalho** - Para Analista. 6. ed. Rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Ltr, 2017.

FERREIRA, Lucélia Aparecida de Lima. Trabalho ilícito x trabalho proibido. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. Vo1, n°2, p. 54-90.out. 2010.

FERREIRA NETO, Jorge Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Pessoa. **Manual De Direito do Trabalho**, 4. ed. Atlas, 2017.

FOLADOR, Laís Mary Dal Molin**. O Estigma Social em Relação as Profissionais do Sexo: Uma Análise a Partir do Reconhecimento Dos Direitos Trabalhistas**. Âmbito Jurídico, Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-estigma-social-em-relacao-as-profissionais-do-sexo-uma-analise-a-partir-do-reconhecimento-dos-direitos-trabalhistas/. Acesso em: 23.mar.2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Leandro Campos. **O dano moral na relação de trabalho: uma abordagem jurisprudencial**. Âmbito Jurídico, Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/o-dano-moral-na-relacao-de-trabalho-uma-abordagem-jurisprudencial/. Acesso em: 23.mar.2020.

MARTINS, Sergio Pinto. A Relação De Emprego E O Jogo Do Bicho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, Disponível em: http://online.sintese.com. Acesso em: 13.set.2019

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 21 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2012. 137 p.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia; Contrato De Trabalho E Nulidades: Breves Apontamentos Sobre O Trabalho Ilícito, O Trabalho Proibido E Seus Efeitos Trabalhistas. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, 16 out. 2012. Disponível em: http://online.sintese.com. Acesso em: 13.set.2019.

ROMAR, Carla**. Direito do trabalho esquematizado**, 5. ed. Editora Saraiva, 2018

O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA PARA MITIGAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS NAS EMPRESAS

Dayane Caroline Kindermann Vieira[1]

Resumo: O artigo tem como objetivo a análise da eficácia do *Compliance* Trabalhista como ferramenta que poderá ou não minimizar e mitigar o impacto dos conflitos trabalhista nas empresas. A proposta do presente trabalho é demonstrar a finalidade e os benefícios na implantação e manutenção de um programa de *Compliance* Trabalhista. O tema *Compliance* é atual e recorrente no meio corporativo e, apesar de ser utilizado em empresas de grande porte, o programa é perfeitamente ajustável às empresas de qualquer porte, podendo colaborar com a mitigação do risco de litígios judiciais e consequentemente passivos trabalhistas dessas empresas.

Palavras-chave: *Compliance* Trabalhista; Empresas; Mitigação; Conflitos Trabalhista.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo investigar se o Programa de *Compliance* confirma-se como instrumento hábil na mitigação de risco, contribuindo para solução e prevenção dos conflitos trabalhistas nas empresas.

O *Compliance* tem sido um tema abordado com bastante frequência no meio corporativo, porém, na seara trabalhista, ainda é pouco utilizado, principalmente nas microempresas e nas empresas de pequeno porte, pois os administradores acreditam ser um programa complexo e de alto custo, apesar de estudos apontarem para diminuição significativa do passivo trabalhistas das empresas.

A origem do *Compliance* é controvertida no que se refere à questão cronológica, porém, alguns estudiosos apontam que sua origem é datada de 1916 e 1970. Em relação a sua nacionalidade, há consenso entre os estudiosos, trata-se de um programa dos Estados Unidos da América, o termo *to complay*, em tradução livre, significa estar de acordo, em conformidade. (SOUZA e PEDROSA, 2020).

Na seara trabalhista, no que tange às relações laborais o programa busca assegurar a correta aplicação das legislações laborais, a fim de se evitar judicialização desnecessárias.

O *Compliance* é uma ferramenta adequada para a mitigação dos conflitos trabalhistas nas empresas, e deve ser objeto de investimentos, de forma que possa ser consolidada. Para tanto, é importante que os gestores das instituições conheçam as vantagens da sua implementação na medida em que gera maior produtividade aos empregados e lucratividade aos empregadores, além de propiciar um ambiente de trabalho saudável e harmonioso.

O propósito do presente artigo é identificar o *Compliance* trabalhista, demonstrando seus métodos de estruturação, através de seus pilares, bem como sua importância para a mitigação de risco, solução e prevenção dos conflitos trabalhistas nas empresas, igualmente, o afastamento de práticas indesejadas, antiéticas e ilegais.

O método de abordagem será o dedutivo, a partir de uma visão geral dos institutos do *Compliance* se verificará a aplicação na seara laboral. Como método de procedimento, será utilizado o monográfico e técnica de pesquisa documental e bibliográfica, pautada na pesquisa em obras contemporâneas e artigos de revistas jurídicas.

Por fim, em razão da atual complexidade para solucionar os conflitos trabalhistas, o presente artigo buscará avançar na discussão, por meio da valorização desse instituto,

1. Advogada, egressa do Curso de Direito Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

como medida capaz de prevenir, gerir e mitigar os conflitos inerentes ao ambiente de trabalho.

1. ORIGEM DO *COMPLIANCE*

O conceito do *Compliance* é advindo do inglês, deriva do verbo *to comply*, que na tradução para o português significa estar em conformidade com as leis, normas, regulamentos, acordos, padrões éticos etc. No mundo corporativo, *Compliance* significa a implantação de mecanismos para garantir que a empresa cumpra as normas impostas e, deste modo, previna riscos, conflitos, passivos judiciais e sanções de qualquer natureza. (SOUZA e PEDROSA, 2020).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), define o *Compliance*, através do "Guia de Programa de *Compliance*" como:

> Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de Compliance, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação (...). (CADE, 2016).

O programa tem sido bastante abordado em dias atuais, mas, as práticas de *Compliance* já eram utilizadas desde o início de 1900, em outros países. No Brasil, desde 1998 já era abordada essa técnica, porém, foi após os escândalos de corrupção, e o advento da Lei nº 12.846/2013, que o programa ganhou destaque e que houve procura pelas empresas para a implementação do programa. (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

Quanto ao ano de surgimento do Compliance, há divergências, pois alguns estudiosos apontam o início do programa em 1906, com a criação da agência reguladora de atividades relacionadas à saúde alimentar e ao comércio de medicamentos e cosméticos (*Food and Drug Act – FDA*). Porém, outros tantos estudiosos indicam o surgimento com a criação do Banco Central dos Estados Unidos da América (*Board of Governors of the Federal Reserve*), em 1913. Ainda, há uma terceira vertente mais contemporânea que elege, em 1977, como marco inaugural à instituição do FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) em 1977, conhecida como a lei anticorrupção norte-americana. (SOUZA e PEDROSA, 2020).

No Brasil, em 1998, foi publicada a lei a Lei de Combate aos Crimes de "Lavagem" de Dinheiro, a Lei nº 9.613/98, a qual possuía uma importância penal, mas também, sob aspectos político-administrativos, a exemplo da criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf)[2], que é um órgão da administração pública federal, do Ministério da Fazenda, e tinha por finalidade de disciplinar, aplicar sanções

2. Em 2021, foram publicadas resoluções que disciplinam e alteram os procedimentos do COAF. A Resolução Coaf nº 36, de 10 de março de 2021: Disciplina a forma de adoção de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa que permitam o atendimento ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, por aqueles que se sujeitem, nos termos do seu art. 14, § 1º, à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf.
Em de 15 de abril de 2021, entrou em vigor a Resolução Coaf Nº 37, que revoga a Resolução nº 10, de 19 de novembro de 2001, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, que dispunha sobre procedimentos a serem observados pelas pessoas jurídicas não financeiras prestadoras de serviços de transferência de numerário. (GOV.BR, 2021).

administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências ilícitas. (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

A lei anticorrupção surgiu em 2013, após escândalos de corrupções políticas, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas sobre atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O *Compliance* corporativo, ganhou maior ênfase após a publicação da lei anticorrupção, pois minimizou as sanções para as empresas que comprovarem a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, a implementação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, de denúncia de irregularidades e criação de códigos de ética e de conduta. (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

As práticas do *Compliance* objetivam a redução e adequação de condutas inadequadas a legislação, e atualmente tem sido um importante mecanismo para a transparência e gestão de empresas e clientes. (SOUZA e PEDROSA, 2020).

Assim, o programa tem se mostrado uma ferramenta extremamente útil ao empresário e permite facilitar o cumprimento de regras e auxilia na prevenção de conflitos dentro da empresa. O *Compliance* aborda princípios de integridade e conduta ética, indo muito além das barreiras legais e regulamentares. (FRANÇA, 2016, p. 147-169).

2. ADOÇÃO DO *COMPLIANCE* NAS EMPRESAS

A postura empresarial mudou nos últimos anos, além dos preceitos normativos, deve estar pautada principalmente em princípios éticos e morais que regem a sociedade, trata-se da responsabilidade social empresarial (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

Diante de todas as alterações ocorridas socialmente, o mercado, a concorrência e os consumidores estão exigindo padrões comportamentais empresarial pautados na responsabilidade social. E as empresas estão buscando divulgar os valores éticos, morais e de transparência, como forma de atrair consumidores e prestadores de serviço. (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

As empresas que descumprem legislações nacionais e internacionais, trazem efeitos prejudiciais para a imagem e reputação para si, ainda mais se tratando de violações aos padrões socialmente aceitos, como por exemplo, desrespeitar o meio ambiente, praticar atos de corrupção pelos seus dirigentes, utilizar mão de obra escrava, violar direitos dos consumidores, tais condutas podem trazer sérios prejuízos à empresa. Desta forma, cada vez mais, as empresas necessitam implementar sistemas internos de controle para que seus dirigentes e empregados cometam condutas que exponham a empresa de forma negativa. (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

Deste modo, as empresas deverão alterar seu padrão de conduta, para evitar, não apenas o descumprimento das legislações, mas também para pautar suas políticas internas, principalmente no que tange aos seus empregados, baseando códigos de condutas empresariais, estratégias de marketing e ações ambientais dentro de condutas éticas e morais. (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

O *Compliance* torna-se mais do que um programa que visa ao efetivo cumprimento de normas jurídicas, visa a implementação de um conceito de função social da empresa[3]. Condutas éticas e morais, normas ambientais, devem ser introduzidas nas políticas

3. A CF, no art. 170, VIII, e pelos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos pelo art. 7º da Constituição de 1988, garantem que a função social age no sentido de legitimar ou promover a implementação de mecanismos para a distribuição dos resultados da atividade empresarial e a viabilização de iniciativas de co-gestão (FRAZÃO, 2018).

empresariais, e ser observado por todos aqueles que fazem parte do espaço empresarial. (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

A implementação do programa, traz diversos benefícios para a empresa, além do cumprimento da função social, apontar-se para os benefícios financeiros, pois pode-se reduzir a imposição de penalidades por parte dos órgãos estatais, quando há o efetivo cumprimento das normas jurídicas, bem como o impacto na reputação da empresa perante o mercado e os consumidores, dentre outras. (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

O programa de *Compliance* não se limita ao combate à corrupção, não é apenas um mecanismo para minimizar a aplicação de sanções penais contra organizações privadas que praticassem atos de corrupção. (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

A implementação do programa, inclui diversas áreas como a antitruste, tributária, ambiental, trabalhista, bem como qualquer área que seja passível de erros, deste modo, funciona como um instrumento de minimizar riscos. As empresas que o adotam o programa se comprometem a cumprir as legislações e regulamentos dentro dos padrões exigidos de seus segmentos de atuação. (SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

No Brasil, o *Compliance* vem adquirindo importância significativa para a sociedade e principalmente dentro das relações trabalhistas, alguns autores estão identificando como “um direito inespecífico do trabalhador”, pois não identifica somente como trabalhador, mas como cidadão. Para Jobim “os direitos laborais inespecíficos servem como limites ao Compliance, atuando como um elemento estabilizador e preservador do sistema jurídico do trabalho”. Apesar de não haver uma lei específica sobre *Compliance* laboral, a empresa deve observar a legislação trabalhista, garantindo os direitos de personalidade do trabalhador,aderindo às práticas de governança corporativa, implantando código de ética e de conduta, oferecendo treinamento, dentre outras práticas que minimizem condutas antiéticas. (REIS, 2020).

Para um programa bem-sucedido, faz-se necessário o engajamento do alto escalão da empresa; o mapeamento e gerenciamento dos riscos; a implementação de políticas e códigos de conduta; bem como, treinamento dos empregados; boa comunicação; instaurar um canal de denúncia; e processos de investigação; para tanto, importante que haja o monitoramento e auditorias frequentes (NELSON e TEIXEIRA, 2020, p. 15).

Para uma política de integridade efetiva é necessário a instauração de um código de conduta da organização bem estruturado, o qual deve refletir os valores éticos da empresa em suas atuações e transações (NELSON e TEIXEIRA, 2020, p. 15). Conforme o “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa” do IBGC:

> Um bom código de conduta deve ser estruturado em cinco tópicos versando sobre: sócios; Conselho de administração; Diretoria; Órgãos de fiscalização e controle; e Conduta e conflito de interesses (IBGC, 2015).

Para tanto, só ocorrerá o cumprimento do código de conduta por parte dos empregados se estes forem treinados regularmente, com o envolvimento de todos os setores, desde a administração geral, até os cargos iniciantes, com atenção às especificidades laborais e competências de cada setor (NELSON e TEIXEIRA, 2020, p. 15).

Outro fator importante para a efetivação do programa, é a correta avaliação dos riscos, os controles e auditoria interna. Conhecer os papeis de cada uma das camadas é fundamental para uma boa governança corporativa. Deste modo, a camada de controle, também chamadas de linhas de defesa, tem por objetivo cobrir os controles internos,

distribuindo suas atividades de gestão de riscos e controles entre diferentes agentes. (NELSON e TEIXEIRA, 2020, p. 15).

A primeira linha, abarca todas as atividades operacionais da organização. Destinando-se às funções que gerenciam os riscos. Para Coutinho, uma ferramenta importante para a gestão de risco, disponível para as organizações é o ISO 31000. (NELSON e TEIXEIRA, 2020, p. 15).

A eficácia da gestão de risco dependerá, principalmente do apoio da Alta direção, na tomada de decisões e governança em todas as atividades da organização. De acordo com Coutinho:

> [...] há que se registrar que o desenvolvimento da estrutura de gestão de riscos engloba 5 (cinco) necessárias partes, quais sejam: Concepção, Implementação, Avaliação, Melhoria e Integração, tudo isso necessariamente conectado com a Liderança [...].(OLIVEIRA e ACOCELLA, 2019, p. 52).

A peça-chave desse processo, sem dúvida, é a identificação dos riscos, tendo como propósito encontrar, reconhecer e descrever os riscos, que auxiliam ou prejudicam as empresas em seus objetivos. (OLIVEIRA e ACOCELLA, 2019, p. 52).

Na segunda camada, tem-se como alvo as funções e supervisão dos riscos, também chamada de controle interno, nessa fase é importante utilizar um instrumento conhecido como COSO (*Committee of Sponsring Organizations of the Treadway Commission*) (OLIVEIRA e ACOCELLA, 2019, p. 54).

Para o COSO, o controle interno deve ser realizado pelo Conselho de Administração, pela direção e demais membros da organização, para efetividade dos objetivos: eficácia e eficiência das operações, confiabilidade dos relatórios financeiros e conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis, conforme descreve Coutinho (OLIVEIRA e ACOCELLA, 2019, p. 54).

E, por fim, a terceira camada tem como agente principal a auditoria interna, que objetiva realizar avaliações periódicas nas organizações (OLIVEIRA e ACOCELLA, 2019, p. 52). Segundo o Código Brasileiro de Governança Corporativa, editado pelo IBGC, a auditoria interna tem como responsabilidade:

> [...] Monitorar, avaliar e realizar recomendações nos controles internos da companhia de acordo com a política de gerenciamento de riscos e as demais normas aplicáveis e os procedimentos estabelecidos pelo conselho de administração. As companhias devem possuir uma função de auditoria interna, própria ou terceirizada. (IBGC, 2015).

Deste modo, é possível verificar a correlação entre as atividades das camadas de controle, tendo a auditoria interna como base nos achados dos controles internos, através da política de gerenciamento de riscos. Assim, as camadas de controle, além de ser um instrumento para a boa governança, é peça fundamental na implementação do programa de Compliance (OLIVEIRA e ACOCELLA, 2019, p. 52).

Portanto, o *Compliance* tem se tornado uma ferramenta eficaz, utilizada pelas empresas para adequar sua conduta à legislação e para mitigar conflitos, além de um instrumento para evitar a reincidência na prática de ato ilícitos, uma ferramenta mais eficaz que o controle judicial. (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

3. O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE MITIGAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTA NAS EMPRESAS

A partir da década de 90 houve significativa mudança na estrutura dos processos de produção, advindo da necessidade de inovar o formato e reorganização do mercado de trabalho. Com isso, o mercado se tornou mais exigente em relação à qualificação dos empregados, e alteração da própria gestão. Uma parcela dos empregadores dribla as leis apostando na impunidade, devido à falta de fiscalização adequada, o número insuficiente de fiscais e na eficiência do suborno (OLIVEIRA, 2019).

Apesar de ter se originado nas relações empresariais, o *Compliance* também passou a ser usado no âmbito trabalhista. Nessa esfera, o *Compliance* tem como função a implementação de códigos de ética e conduta, onde há observância do cumprimento das leis, e das demais normas do Direito do Trabalho. Tendo também como finalidade, evitar a responsabilização judicial das empresas para que estas não tenham prejuízos financeiros, tampouco de sua imagem perante o mercado (CORREIA, 2020).

A implementação do *Compliance* trabalhista nas empresas, além de prevenir, reduzir e até mitigar os riscos condenações judiciais, está alinhado a alguns princípios Constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (Art. 1º, III e IV, CF/88), aos objetivos da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos (art. 3º, I, II e IV, CF/88), bem como, na valorização do trabalho humano que fundamenta a ordem econômica brasileira (Art. 170, CF/88).(SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 221-238).

Atualmente, com a demanda do mercado, os trabalhadores vivem sob pressão, imposta pelo ritmo intensificado de seu trabalho, visando o cumprimento de metas cobradas pelos empregadores e seus fornecedores. Esse quadro do trabalho e do processo produtivo sinaliza a buscas de alternativas para o Direito do Trabalho, visando sempre a atualização para atender com eficiência as demandas atuais. Afinal, hoje, o trabalhador deve se mostrar flexível e adaptativo às novas exigências que surgem constantemente. (OLIVEIRA, 2019).

O *Compliance* trabalhista aparece como uma excelente ferramenta para integrar as boas práticas corporativa sem toda a organização, fortalecendo seu funcionamento. Para tanto, é necessário que a empresa elabore e adote documentos que regulem as ações de seus empregados e que sirva para a prática de ações adequadas. (OLIVEIRA, 2019).

A inclusão de políticas éticas, implementadas pelo programa, voltadas para a gestão eficiente de seus empregados, apresenta-se como uma ferramenta para auxiliar a resolução de conflitos internos e evitar ações judiciais. Seu objetivo é garantir a efetividade dos direitos trabalhistas, minimizar ou acabar com o descumprimento de obrigações legais e contratuais e, assim, melhorar a satisfação dos trabalhadores, diminuindo as demandas judiciais e eventuais condenações. (REIS, 2020).

O *Compliance* trabalhista, ao ser implementado nas relações de trabalho, não deve apenas buscar reduzir os riscos e a responsabilização da empresa, pois o risco é fator inerente à atividade econômica do empregador. Seus efeitos se dirigem a, inclusive, beneficiar os trabalhadores que estão envolvidos nessas relações jurídicas. A implementação do programa, fortalece a gestão de pessoas e, consequente melhora o clima dentro das organizações. Busca-se, além de reduzir os riscos de responsabilização penal, garantir atenuantes das penalidades impostas à pessoa jurídica, diminuindo as multas por violação de regras administrativas. (MARTINS, 2020).

O *Compliance* trabalhista traz diversos benefícios para os trabalhadores, pois, o empregador tem a obrigatoriedade de respeitar as garantias constitucionais e os direitos trabalhistas. Ainda, adotar medidas de proteção para o meio ambiente do trabalho, com a finalidade de reduzir acidentes de trabalho, assédio moral, o adoecimento dos trabalhadores, dentre outros. Por vezes, leva-se em conta somente os aspectos econômicos, mas estar em Compliance é estar de acordo com as boas práticas em relação aos empregados, com o objetivo de garantir uma prestação de trabalho que respeite seus direitos individuais, a segurança e saúde no trabalho, bem como um meio ambiente de trabalho digno, sem sofrer assédios por parte de superiores. (MARTINS, 2020).

A utilização dessa ferramenta tem como finalidade sistematizar a sua aplicação no controle interno nas relações trabalhistas, desde a admissão dos empregados, durante o curso do contrato de trabalho e, por fim, na rescisão da relação empregatícia. (CORREIA, 2020).

Na admissão dos empregados na empresa, o *Compliance* pode ser utilizado observando os limites legais, o empregador pode realizar processo seletivo para contratação e obter informações de seus empregados para que a contratação seja traçada, de profissionais comprometidos com os ideais da empresa e que respeite os seus valores. Deste modo, o empregador pode transmitir com transparência suas regras e efetuar treinamentos para capacitar os futuros empregados. Essa técnica, de conhecimento prévio dos empregados, é conhecida como Know your employee– KYE, “conheça seu empregado”, nada mais é, que o conhecimento do histórico do funcionário antes de contratá-lo. (CORREIA, 2020).

A utilização do *Compliance* trabalhista, na admissão dos empregados pode reduzir os riscos de contratação de empregados que não estejam de acordo com as ideologias da empresa.

No curso do contrato de trabalho, a instituição de um código de ética e conduta auxilia, para que as regras firmadas pela empresa sejam respeitadas, estes orientaram toda a atuação da empresa, inclusive com relação aos direitos trabalhistas e do tratamento conferido aos empregados. Porém, a mera criação desses institutos, não é suficiente para que a legislação trabalhista seja respeitada, se faz necessário estabelecer um sistema de fiscalização e sanções, dentro dos limites dos poderes de direção, deste modo, a recomendação é a instituição canais seguros para que os trabalhadores possam denunciar condutas ilegais de seus superiores e colegas, como assédios sexuais e morais na relação de trabalho. (CORREIA, 2020).

A técnica deve ser utilizada no término da relação empregatícia, com medidas que diminuam o conflito entre a empresa e seus empregados. Para tanto, a empresa deve cumprir todas as obrigações previstas no art. 477 da CLT, realizando o pagamento correto de todas as verbas rescisórias, realizando a anotação do término do contrato de trabalho na CTPS do empregado, comunicando da dispensa aos órgãos competentes, pois, essa exigência tem a função de permitir aos empregados o saque do FGTS e o requerimento do benefício do seguro-desemprego. (CORREIA, 2020).

O *Compliance* trabalhista, tem ganhado relevância por contribuir, de forma efetiva, com a eliminação, diminuição do chamado “passivo trabalhista” e ainda melhorar o meio ambiente de trabalho, pois, tem como objetivo apontar as irregularidades, levantar os riscos, e indicar as correções, instituindo formas para as boas práticas. (SOUZA, 2019, p. 221-238).

O programa de Compliance, na seara laboral, pode ser implementando em todas as empresas independentemente do porte, desde uma microempresa a uma multinacional. (SOUZA e PEDROSA, 2020).

Sendo o *Compliance* trabalhista uma ferramenta de grande importância para a diminuição de conflitos laborais nas empresas, e na promoção de um meio ambiente de trabalho saudável, a implementação do programa com seriedade e efetividade traz inúmeros benefícios para a empresa. (SOUZA e PEDROSA, 2020).

Estar em *Compliance* é estar de acordo com a legislação, com as Normas Regulamentadoras (NR's), com os acordos ou convenções coletivas, com os regulamentos internos e de conduta, é estar de acordo com toda e qualquer norma trabalhista (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

Um Programa de *Compliance* é um sistema que depende de uma estrutura múltipla que inclui pessoas, processos, sistemas eletrônicos, documentos, ações e ideias. (FRANÇA, 2018, p. 147-169).

Deste modo, obviamente, se faz importante a obediência por parte dos empregadores de todas as normas trabalhistas, para que nenhum direito seja suprimido.

As empresas possuem a obrigação de respeitar os direitos trabalhistas dos funcionários e oferecer condições adequadas, seguras e saudáveis de trabalho, combatendo o assédio sexual ou moral.

Portanto, os programas de *Compliance* Trabalhista, apresentam-se bastante eficazes na resolução interna de conflitos, pois, todas as práticas aplicadas do programa ajudam a dirimir esses conflitos e, consequentemente a evitar ações judiciais, deste modo, diminuindo o prejuízo das empresas, proporcionando a satisfação dos funcionários, a expansão das atividades e o aumento dos lucros.

CONCLUSÃO

Apesar de o *Compliance* ter se originado no âmbito empresarial e ter se intensificado após a Lei Anticorrupção no Brasil, o programa também passou a ser usado na seara trabalhista, desde a admissão do empregado na empresa, no curso e após o término do contrato de trabalho.

Na esfera trabalhista, o *Compliance* vem ganhando força e notoriedade pelos benefícios gerados ao setor e às organizações, tornando-se um importante instrumento que auxilia as empresas a gerirem as relações de trabalho, os direitos e as obrigações advindas dessa relação.

Essa ferramenta é bastante hábil no controle das empresas, em relação ao cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho e do pagamento de verbas trabalhistas, e mais, é um instrumento que auxilia na fiscalização de todos os setores da empresa.

Deste modo, a implementação de um programa de *Compliance* leva a uma redução dos gastos da empresa, pois, com o estrito cumprimento da legislação trabalhista, tem-se como consequência a diminuição ou até a mitigação de ações trabalhistas.

Infelizmente, alguns gestores possuem a falsa crença que o *Compliance* é um programa que atinge somente empresas de grande porte e multinacionais, o que precisa ser desmistificado, pois o programa de *Compliance* é perfeitamente ajustável a qualquer empresa, independente do seu tamanho e porte, e pode, com certeza, colaborar para mitigar os conflitos trabalhistas e consequentemente os passivos judiciais dessas empresas.

A implementação do programa de *Compliance* Trabalhista, ao contrário do que os gestores pensam, torna-se um investimento, pois a adoção trará benefícios, como a melhoria da produtividade e lucratividade, melhora do meio ambiente de trabalho, no clima e cultura organizacional.

Portanto, conclui-se que a implementação do programa de *Compliance* na seara trabalhista, torna-se um instrumento hábil de mitigação dos conflitos trabalhista nas empresas.

REFERÊNCIAS

CADE. **Guia de Programas de *Compliance***. Brasília, 2016, p. 9. Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/default.aspx. Acesso em: 07/06/2021.

CORREIA, Henrique. *Compliance* e sua aplicação no direito do Trabalho. **Revista Compliance nas Relações Trabalhistas** 16 Artigos Ano IX. n. 91. Agosto/20.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira; O *Compliance* trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. *In*: **Revice – Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v.3, n.1, p. 147-169, jan./jul.2018.

IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5. ed. São Paulo: 2015.

MARTINS, Juliane Caravieri. *Compliance* trabalhista e o direito à educação para o trabalho: Desafios em face da responsabilidade social da empresa. **Revista *Compliance* nas Relações Trabalhistas**. Artigos Ano IX. n. 91. Agosto/20.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkirya de Oliveira Rocha. Valorização do trabalhador e o *Compliance* trabalhista: na busca da efetivação dos direitos trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, v. 3, p. 15, 2020.

OLIVEIRA, Tânia Mota de. Resiliência e *Compliance* laboral. LaborJuris, **Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social**. Jul/Dez v.1, n.2, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. ACOCELLA, Jéssica. **Governança corporativa. e *Compliance***. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 49-51.

REIS, Beatriz de Fellipe. Mediação de conflitos e *Compliance* trabalhista: medidas para prevenção, gestão e resolução consensual de conflitos. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Editora Unijuí, Ano XXIX, nº. 53, jan./jun. 2020.

SOUZA, Jean Ribeiro de. PEDROSA, Jussara Melo. **O *Compliance* como instrumento de mitigação do passivo trabalhista das micro e pequenas empresas**. Disponível em: https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1277/1/TCC%20Jean%20Ribeiro%20de%20Sousa.pdf. Acesso em: 05/04/2021.

SOUZA, Raissa Fabris de. BELLINETTI, Luís Fernando. *Compliance* trabalhista: uma análise a partir da função social da propriedade e da responsabilidade socioambiental da empresa. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 221-238, jan./jun. 2019.

GOV.BR, disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911. Acesso em: 19/06/2021.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**. Tomo Direito Comercial. Edição 1, julho de 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa. Acesso em: 19/06/2021.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: OS LIMITES DE APLICABILIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Felipe Gazaniga[1]
Julia Scholz Karl[2]
Larissa Konell[3]

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo discorrer sobre o negócio jurídico processual, norma que possibilita as partes negociarem no tocante a normas processuais. O artigo discorre sobre a aplicabilidade e os limites do negócio jurídico processual, em uma abordagem comparativa entre a legislação brasileira e portuguesa. Desse modo, serão abordados temas como a liberdade de negociação, validade, espécies, objeto, limites, autocomposição e casos em que as estipulações estarão sujeitas ao cabimento dentro do ordenamento jurídico vigente. O trabalho está estruturado em cinco seções. A primeira destina-se à apresentação do tema e às delimitações necessárias para a abordagem do assunto; a segunda trata dos critérios brasileiros para a aplicação do negócio jurídico; na terceira os critérios são analisados em relação à Portugal, em seguida, a quarta seção dedica-se à uma comparação geral entre ambos os modelos e, por fim, na última seção, são apresentadas as considerações finais.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos Processuais; Negócio Jurídico Processual Atípico; Direito Comparado; Brasil; Portugal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de estudar de forma sistemática e multidisciplinar as implicações teóricas e práticas da dicção do Negócio Jurídico Processual, no qual possibilita às partes negociarem sobre normas processuais.

Será realizada uma análise, tanto na perspectiva da legislação brasileira, como no ordenamento jurídico de Portugal, sob a ótica do direito comparado, analisando as vantagens e desvantagens de cada modelo e a comparação entre suas formas práticas de aplicação.

No Brasil, os negócios jurídicos processuais foram aperfeiçoados e ampliados com a vigência do CPC/15, entretanto não nasceram com o código, pois os antigos regramentos já traziam previsão acerca do tema, inclusive o código de 1973, todavia as hipóteses de negociação eram limitadas. O grande exemplo que sempre esteve presente na doutrina, é a chamada cláusula de eleição de foro dos contratos, trata-se de um negócio jurídico processual que modifica as regras de competência do processo diante da arguição da vontade das partes.

Já, o sistema processual civil português, foi reformado a partir de 1995, com a edição do Decreto-Lei – 329-A/95, com a intenção de modernizar e aumentar a eficácia do sistema, foram criadas novas regras sobre os processos declaratórios, executivo e cautelar, resumindo-se a reforma em três princípios fundamentais: princípio do

1. Estudante no curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina e no curso de Ciências Contábeis na Universidade Pontifícia do Paraná. Estagiário na área tributária/empresarial. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/Joinville. E-mail: felipe.gaza.dir@gmail.com
2. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogada associada na Harger, Sandes & Rossi Advocacia e Consultoria. E-mail: julia.scholz@catolicasc.org.br
3. Estudante no curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Estagiária na área criminal. E-mail: lckonell@hotmail.com

contraditório, princípio da igualdade entre as partes e, sobretudo, princípio da cooperação[4].

Desse modo, foram realizadas pesquisas por meio de consultas às mais destacadas fontes de estudo sobre "negócios jurídicos processuais", principalmente de sua literatura, veiculadas em obras de autoria dos principais processualistas brasileiros, tendo como escopo, precipuamente, a compreensão da extensão e dos limites expressos e implícitos a que está submetido. Assim, em que pese haver, como será abordado, liberdade de negociação, as estipulações estarão sujeitas ao cabimento dentro do ordenamento jurídico vigente, para não relativizar a segurança jurídica.

No mais, a autonomia da vontade é outro panorama que será elucidado, em virtude de que a negociação só subsiste a partir do consentimento de ambas as partes para traçarem os efeitos pretendidos com a negociação, e o que será tratado como objeto do acordo. Outrossim, o presente estudo auxiliará a identificar as semelhanças e diferenças que circundam toda essa instrumentalização entre Brasil e Portugal, ampliando o campo de análise e de compreensão da realidade nacional em face de outros países.

Desse modo, para responder adequadamente a essa demanda, utilizar-se-á do método dedutivo para, por intermédio de pesquisa bibliográfica, colher-se as mais variadas interpretações de textos normativos e comentários da doutrina brasileira sobre a temática. A partir daí, analisa-se cada regra processual voltada para o regramento, sem, no entanto, descurar do eixo central do estudo que tem como escopo evidenciar tanto os contornos limitativos quanto o alcance jurídico das convenções processuais.

1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 A validade do negócio jurídico processual

Analisando-se o negócio jurídico processual, antes de adentrar inteiramente em seu mérito, é necessária a verificação de alguns requisitos fundamentais, que proporcionam sua validade. Estes critérios estão previstos no artigo 104 do Código Civil, na linha que preconiza o Enunciado n° 403 do Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC):

> **Art. 104, CCb**. A validade do negócio jurídico requer:
> I - Agente capaz;
> II - Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
> III - Forma prescrita ou não defesa em lei.

Tratando-se da norma, percebe-se que cada um destes elementos (agente, objeto e forma) são critérios de validade para que negócio jurídico possa se concretizar.

Na legislação processual, o *caput* do art. 190, CPC, traz expressamente a exigência que as partes do negócio jurídico sejam plenamente capazes. Nesse dispositivo há, entretanto, uma falha processual, visto que o código não esclarece de forma taxativa qual a capacidade referida. Há de se considerar as normas contidas no direito civil, referindo-se à incapacidade absoluta geradora de ato nulo (art. 166, II, CC) e a capacidade relativa, passível de anulabilidade (art. 171, I, CC).

Assim exposto, o negócio jurídico processual, havendo a incapacidade relativa, somente poderá ser anulado mediante concreto prejuízo e demanda própria,

4. SOUSA; Miguel Teixera. Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil – Projecto. P. 355. Disponivel em http://www.oa.pt/upl/%7B1f4872ce-7b18-4a56-b709-fb8d028681d2%7D.pdf

sendo então vedado o reconhecimento pelo juiz de ofício[5]. Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell[6], ainda induz que caso "a incapacidade por superado no curso do processo, os atos processuais praticados com base no negócio processual antes viciado podem ser ratificados".

Em dissonância a capacidade mencionada, Daniel Amorim (2016, p. 589) expõe que:

> Não vejo como se interpretar a capacidade exigida pelo art. 190, caput, do novo CPC, como sendo exclusivamente processual, porque nesse caso a exigência formal simplesmente cairia no vazio. A parte precisa ter capacidade de estar em juízo, de forma que mesmo aquelas que são incapazes no plano material, ganham capacidade processual ao estarem devidamente representadas. Se a capacidade for a processual, todo e qualquer sujeito processual poderá celebrar o negócio jurídico ora analisado, já que todos devem ter a capacidade de estar em juízo no caso concreto.

No que concerne à questão de vulnerabilidade da parte, há de se entender como a vulnerabilidade processual, definida como a igualdade entre partes, visto a limitação pessoal involuntária provisória ou permanente dos sujeitos, por motivos de ordem econômica, técnica, saúde, informal ou organizacional. Fernanda Tartuce[7] leciona sobre o referido:

> Tratando-se de convenção sobre normas de processo, pressupõe-se que as partes estejam em condições razoáveis de igualdade para negociar em termos de informação técnica, organização e poder econômico. Caso contrário, a disposição sobre o procedimento pode ser manipulada pela parte mais poderosa com vistas a se livrar de ônus e deveres, dificultando a atuação da parte mais fraca.

Importante salientar que a vulnerabilidade exclusivamente não gerará a anulação de um negócio jurídico processual. É tocante ao juiz aferir se no caso concreto a vulnerabilidade realmente causou prejuízo, ou seja, semelhantemente à nulidade relativa.

Marcelo Dias Ponte e Pablo Freire Romão (2015, p. 322) complementam o quesito de vulnerabilidade, *litteris*:

> O parágrafo único do art. 190, do NCPC, preceitua que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. O legislador busca, por meio desse dispositivo, expor a posição do magistrado dentro da convenção processual, enfatizando que ele não é parte do negócio, mas sim um terceiro que fiscaliza a juridicidade deste.

No que se refere à capacidade processual, é estritamente necessário que disponha de assistência jurídica, posto a situação de vulnerabilidade da parte. Segundo o Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processuais Civis: "haverá indício de vulnerabilidade quando a parte celebra o acordo de procedimento sem a assistência

5. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 63-65.
6. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 67-79.
7. TARTUCE, Fernanda. Igualdade e vulnerabilidade no processo civil p. 236.

técnica jurídica". Ainda, tratando-se do caso de *jus postulandi*, a vulnerabilidade é ainda mais visível, como não é requisito de validade a presença de um advogado, tem-se maior dificuldade de alcançar o direito pretendido.

Como é perceptível, os requisitos são de fundamental importância, visto que sua negativa possui teor de colocar em xeque toda a ordem jurídica processual, bem como os direitos fundamentais, quais sejam, à liberdade, à segurança jurídica e à efetividade do processo, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Deste modo, a cautela é imprescindível para a harmonia das negociações impostas, sempre ponderando ao ponto de não tornar o negócio jurídico inaplicável.

1.2 Espécies e objetos dos negócios jurídicos processuais

O negócio jurídico se encontra identificado em duas espécies semelhantes, o ato jurídico *lato sensu* ou atípico, ao lado do jurídico *stricto sensu* ou típico. Ambos possuem verossimilhança, porém não se confundem. Dentro de um grupo mais amplo, os atos jurídicos atípicos necessariamente decorrem diretamente da ação humana. Por outro lado, o ato jurídico típico tem sua eficácia delimitada pela lei, de forma que quem o pratica não pode modificá-la.

Nesse contexto, nas palavras de Bernardes de Mello, o negócio jurídico é considerado:

> O fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude varia, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, 2014, p. 245)

Nota-se que o negócio jurídico traz a possibilidade de influenciar à vontade no resultado dos atos jurídicos, de modo a regular seus efeitos. Quando a norma nada define, o fato não ingressa necessariamente no mundo jurídico, haja vista que pela omissão, se dá a discriminação daquilo que é ou não jurídico[8].

Os negócios jurídicos processuais típicos já são casualmente utilizados desde o Código de Processo Civil de 1973, onde poderiam ser definidos critérios como, por exemplo, a convenção sobre o ônus de prova (artigo 333, parágrafo único, do CPC/1973), a suspensão do processo para negociação de acordo (artigo 265, II, do CPC/1973), a liquidação por arbitramento (artigo 301, IX, CPC/1973), e ainda o próprio foro de eleição (artigo 111 do CPC/1973).

A grande novidade advinda com o Novo Código de Processo Civil é a possibilidade de as partes transacionarem sobre o procedimento, também nomeado de negócio jurídico processual atípico[9]. Na nova legislação processualista, as partes

8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed., t.2,Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 183: “O fato jurídico provêm do mundo fáctico, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que a soma dos elementos do que, no mundo fáctico, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fáctico de regras jurídicas: no dizer o que é que cabe no suporte fáctico da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fáctico de cada regra jurídica.”

9. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar

convencionam como ocorrerá a negociação, como nas causas de maior complexidade que exista a necessidade de mais peritos, as partes podem modelar o procedimento, muitas vezes trazendo procedimentos necessários ou apenas encurtando a vida útil do processo.

Segundo Lara Soares, por diversos anos a concepção publicística do processo civil não deu permissão à manifesta vontade dos sujeitos nas demandas processuais, de modo que todos os atos envolvidos dependem primeiramente de homologação judicial. Problema latente esse que foi resolvido pelo Novo Código de Processo Civil, apesar de que não pode o negócio jurídico processual atípico ser confundido com o direito privado. Em suma, ele tem a função apenas de regular os interesses para a parte alcançar a melhor tutela executiva que o Estado[10].

É visto como o objeto da negociação o acordo sobre o procedimento adotado, como já exposto por Lima "*A flexibilização procedimental surge como mecanismo para suavizar a rigidez do sistema, de modo que o ato processual é praticado diversamente da fórmula legislativa*" (LIMA, 2016, p. 62).

Como suscitado por Marcelo Dias Ponte, "*a natureza da demanda pode exigir a acolhida de tutelas processuais peculiares, bem como a prática de atos processuais específicos, cuja forma e tempo não possuem antecedentes normativos dentro da legislação*" (PONTE, 2015, p. 312). Neste momento percebe-se a preocupação com o quesito democrático incidente no processo civil, consubstanciado no princípio da cooperação entre as partes no processo previsto no art. 6º do CPC, *in verbis: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*".

A possibilidade de ocorrer desordem processual é determinável, posto a individualidade em cada procedimento. Ademais, não há o que impeça o juiz de atuar como regulador dos negócios jurídicos processuais que firam princípios constitucionais e as normas processuais fundamentais. Desse modo, apenas a vontade das partes não é o suficiente para anular os limites de critérios públicos. Nesse enfoque Bedaque (1990, p.94) conclui que:

> A absoluta ausência de requisitos legais quanto ao modo de ser do ato processual e do próprio procedimento leva à desordem e se apresenta como obstáculo ao escopo do processo. Por outro lado, o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas consequências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional.

Encerrando os apontamentos sobre o objeto e a validade, conclui-se que, a vontade livre e perfeita é elemento essencial para a aferição tanto do ato jurídico em sentido estrito, como do negócio jurídico. A divergência doutrinária[11] entre as duas espécies de atos jurídicos lato sensu é de notar-se que em ambos está presente a

sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

10. SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A Vulnerabilidade na Negociação Processual Atípica. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Souza Junior. Disponível em: < http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19279>. Acesso em: 19. fevereiro. 2021. p. 43-43.

11. O Código Civil de 1916 adotava a teoria unitária do ato jurídico (sistema francês) sem distinção entre ato e negócio jurídico. O Código de 2002 abraçou a teoria dualista do sistema alemão que distingue os atos jurídicos em estrito senso dos negócios jurídicos, por exemplo. Par mais sobre o tema, Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Negócios processuais.,v.1, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 34-36.

manifestação da vontade. O que diferencia é a possibilidade da escolha dos efeitos ou da categoria jurídica. No ato jurídico stricto sensu os efeitos são os da lei, já no negócio jurídico, as partes, através da vontade bilateral ou plurilateral, podem eleger a consequência pretendida.

1.3 Cláusula geral de negociação como ascendente ao negócio jurídico processual atípico

A propositura dos negócios processuais atípicos teve início com o Novo CPC em 2015, com a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. O seu dispositivo, como visto, é composto por cláusula geral, caracterizada pela amplitude do seu campo semântico.

O Código de Processo Civil, concede sustentação à disponibilidade das regras de procedimento, haja vista permitir que o procedimento seja flexibilizado, conferindo mais ampla importância a vontade do sujeito[12] e, consequentemente, possibilitando maior isonomia na relação das partes com o juiz[13].

Impondo determinadas barreiras, o parágrafo único do art.190 do CPC, estabelece conferir papel ao magistrado o de controlar a validade dos negócios firmados. A análise do juiz restringe-se somente à realização do exame de validade, conforme redação do próprio parágrafo único[14].

Cabe destacar os enunciados interpretativos de número 257 e 258 aprovados pelo Fórum Permanente de Processualista Civis, por referirem que o artigo analisado autoriza às partes a estipularem alterações do procedimento ao convencionarem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres no processo, bem como a convencionarem sobre os aspectos referidos, mesmo que a convenção não importe ajuste às especificidades da causa.

Nota-se claramente que o objeto, as situações processuais, inclui os direitos subjetivos, potestativos e os poderes, constituindo acordos de situações jurídicas processuais. Em determinados casos, o ato processual também pode assumir no negócio atípico o lugar de objeto, é o que se chama de acordo de procedimento[15].

É certo, portanto, que não se trata de negócio sobre direito litigioso, diferente da autocomposição. Percebe-se tratar de negociação sobre o processo, que acaba por alterar suas regras, sendo, por conseguinte, "*negócios que derrogam normas processuais*[16]".[17]

---

12. AVELINO, Murilo Texeira. Sobre a atipicidade dos negócios processuais e a hipótese típica de calendarização. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org). Coleção NOVO CPC: Doutrina Selecionada. Parte Geral. Vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 1111-1130, p. 1121.
13. SICA, Heitor Vítor de Mendonça. Comentários aos artigos 188 a 202 do novo Código de Processo Civil p. 253.
14. CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais – entre publicismo e privatismo. Cit., p. 242.
15. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: introdução ao Direito processual civil e processo de conhecimento. Cit., p. 380.
16. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: introdução ao Direito processual civil e processo de conhecimento. Cit., p. 381.
17. Nesse sentido, Lõic Cadiet afirma que "No se trata únicamente de que la convención entre las partes ya no sea sólo un instrumento de la solución del litigio, sino de que también se ha convertido en una técnica de gestión de la instancia judicial." Em tradução livre: A convenção entre as partes não é mais somente uma ferramenta para a resolução do litígio, mas também uma técnica de gestão do processo judicial. (CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de La contractualización del proceso y de la justicia en Francia. Civil Procedure Review, v.3, n.3, p. 3-35, Ago-Dez., 2012, p. 3-35, p. 17.)

Nesse viés, não restam dúvidas que a Lei 13.105/2015 ampliou espaço para a negociação das situações processuais, aproximando os princípios da dignidade humana, isonomia, cooperação e autor regramento do processo.

1.4 Possibilidades e limitações do netóico jurídico processual

O art. 190 do NCPC, ao consagrar a atipicidade dos negócios jurídicos processuais, faculta às partes suas celebrações antes ou durante a instauração do processo, bem assim possibilita a mudança de seu trâmite regular, adaptando-o às suas necessidades e, consequentemente, permitindo a melhor resolução do caso concreto marcado pelo ajuste de vontade.

A respeito dos acordos processuais, os autores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery da obra "*Código de Processo Civil Comentado*"[18] aludem que:

> [...] além de ser possível ao juiz, em diálogo com as partes, adequar o procedimento mediante as regras abertas constantes no novo Código a fim de que o processo civil seja capaz de promover uma tutela efetiva e tempestiva (art. 139, CPC), é possível também que as partes – dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido – estipulem mudanças no procedimento.

Os mesmos autores acrescentam que, em relação a esses acordos, as partes têm a liberdade de promovê-los antes da propositura da ação e que,

> os que são convencionados durante o processo, podem ser celebrados em juízo ou em qualquer lugar, dentre eles, o próprio escritório de advocacia. Entretanto, estes acordos que são pactuados fora da sede do juízo, devem ser dados conhecimento do juiz para efeito de controle de validade.

As mudanças pactuadas entre as partes devem ter a concordância do magistrado. Em relação ao assunto, menciona-se Ricardo Miranda Barbosa: *"{.} os negócios processuais do art. 190, (apesar disso), não dependem de homologação judicial, salvo nos casos expressamente previstos em lei, quando a homologação corresponde a uma condição de eficácia do negócio*". E, adianta ainda, que fica evidente que o Código:

> [...] não estabelece nenhuma regra, exemplo ou limite para a flexibilização do procedimento, de modo que caberá à doutrina e à jurisprudência pátrias, desenvolver o instituto em nossa cultura jurídica, para que ele seja realmente executado de forma positiva no cotidiano forense.

Em continuidade, os enunciados 17[19],19[20] e 20[21], do FPCC, destacam as principais situações em que os Negócios Jurídicos Processuais possuem serventia prática.

18. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado. Cit., p. 480.
19. Enunciado nº 17, do FPPC: "As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção".
20. Enunciado nº 19, do FPPC: "são admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória".
21. Enunciado nº 20, do FPPC: "São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais".

Marília Siqueira da Costa[22] em sua obra, esclarece que para que sejam válidos, os negócios processuais devem necessariamente ser celebrados por partes capazes, em processos que tenham por objeto direitos que admitem a autocomposição, de maneira que é vedada a inserção de negócios processuais com teor abusivo em contratos de adesão e diante da existência de parte em situação de vulnerabilidade. Tais requisitos revelam limites intrínsecos, visto que estão contidos na própria redação do artigo 190, do NCPC.

Convém lembrar que os negócios jurídicos, além de possuírem os limites expostos acima, também possuem forma específica quando exigido por lei. O negócio jurídico atípico possui um amplo campo para a resolução dos litígios, sua forma é livre, porém faz-se imprescindível o acordo expresso como forma de dar maior segurança ao negócio. Por outro lado, o meio pela qual as partes irão fixar o direito no negócio jurídico referem-se aos limites extrínsecos, visto que as normas podem ser flexibilizadas de acordo com a vontade das partes.

1.4.1 Limites objetivos

Como dito anteriormente, esses limites encontram-se na redação do próprio art. 190, quais sejam: i) devem ser celebrados por partes capazes, ii) em processo que verse sobre direitos que admitam autocomposição, bem como a iii) isonomia das partes. Para melhor compreensão, faz-se necessário explicar cada um.

1.4.1.1 Processo que verse sobre direitos que admitam autocomposição

A primeira questão que se deve ter em mente é que não há relação entre direitos disponíveis e direitos que admitem autocomposição. A autocomposição relaciona-se mais ao método empregado para a resolução de conflitos do que ao direito discutido.

Os direitos indisponíveis são previstos abstratamente e ninguém pode retirá-los do âmbito da titularidade de uma posição jurídica de um sujeito de direito, porém não significa que o seu titular não possa dispor dele em determinados casos. Ou seja, existem direitos indisponíveis que aceitam a autocomposição, como no caso de situações em que o processo negociável seja mais adequado à solução do litígio do que a fórmula geral legal codificada, nesses casos há sempre a necessidade de controle judicial.

De acordo com Almeida (2017, p. 187, apud CAROLINA, 2017, p. 14), "*a indisponibilidade do direito material pode fazer com que o acordo processual se torne inválido caso o direito indisponível seja afetado indiretamente*".

1.4.1.2 Capacidade das partes

Aqui devemos destacar dois conceitos de capacidade, o primeiro refere-se à formação do acordo em momento anterior ao processo, em que a capacidade será regida pelo direito material, ou seja, a capacidade civil. O segundo diz respeito ao acordo firmado durante o processo, a capacidade será de gozo ou de exercício, assemelhando-se à capacidade processual ou de estar em juízo.

22. COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 68, p.92, 2015.

Complementando com as palavras de Fredie Didier Jr. a parte precisa ter capacidade processual negocial, ou seja, a parte precisa ser capaz de realizar acordo, pois estando em situação de vulnerabilidade não ocorre o contrato[23].

1.4.1.3 Isonomia das Partes

Consoante a redação do art. 7º, do NCPC, é dever do juiz assegurar às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, de modo que cabe ao juiz zelar pela igualdade das partes caso observe vulnerabilidade dos requerentes ou abuso de um deles no contrato de adesão pode de ofício ou por manifestação das partes recusar a aplicação do negócio processual.

Conforme cita o ilustre processualista Leonardo Greco[24]:

> seria a observância do princípio da paridade de armas, isto significa que as partes não poderiam praticar atos de disposição (negócios processuais, diríamos aqui) que gerassem uma situação concreta de inferioridade de uma parte em relação a outra, cabendo nesse caso, a intervenção judicial para restabelecer a igualdade concreta e não apenas formal.

A vulnerabilidade se demonstrará quando não se puder entender sobre o que se está convencionando ou quais as consequências do negócio. Portanto, se a parte não era vulnerável no momento da celebração do negócio jurídico, não sabendo do que se tratava e o que poderia causar, não há que se falar em vulnerabilidade da parte.

1.4.2 Limites subjetivos

Deve-se salientar que os limites extrínsecos tratam de normas que podem ser flexibilizadas pela vontade das partes. No entanto, convém lembrar que os limites que não estão previstos expressamente no NCPC, eis que não fazem referência somente àqueles que aceitam autocomposição do direito material e da manifestação.

Nesse viés, é imperioso salientar que os Negócios Jurídicos Processuais que não estão previstos expressamente no NCPC são exclusivamente os referentes à manifestação da vontade das partes no acordo e a possibilidade de autocomposição do direito material. Mesmo na arbitragem existem limitações definidas por lei que não podem desrespeitar o contraditório, a igualdade e a imparcialidade das partes em seu livre convencimento. Igualmente é o caso dos poderes do juiz, que, não obstante não esteja expressamente previsto, as partes não podem negociar sobre tal condição, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa.

Dessa maneira, as partes que realizam um acordo podem dispor de algumas garantias constitucionais, em razão da autonomia da vontade. Entretanto, essa relação deve ser equilibrada, visto que nenhum direito é infinito em si mesmo, ou seja, os direitos não podem ser exercidos de forma imoderada.

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2016, p. 17) aduz o seguinte:

> É preciso compreender, todavia, que o NCPC, ao permitir as negociações processuais atípicas, o fez em relação a “mudanças no procedimento” (“para ajustá-lo às especificidades da causa”) ou em relação aos “ônus, poderes,

23. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual Civil: introdução ao Direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Cit., p. 386.
24. “Negócios Jurídicos Processuais”, p. 185, 2018.

> faculdades e deveres processuais" das partes. Não é possível, portanto, que as partes, sozinhas, negociem mudanças relativas aos poderes e deveres do órgão julgador, mas apenas delas. Isso porque tais poderes e deveres não parecem estar compreendidos na expressão "mudanças no procedimento", cujas especificidades dizem respeito à organização dos atos processuais, e não às regras gerais do processo.

É importante adotar um critério que defina as fronteiras dos negócios jurídicos processuais, eis que a majoração ou redução dos limites darão poderes à autonomia da vontade. Por conseguinte, por mais que o art. 190 tenha traçado alguns limites, como a possibilidade de autocomposição e da plena capacidade das partes, não delimitou quais seriam as restrições quanto ao conteúdo do acordo.

2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Diferente de como ocorre no Brasil, onde o negócio jurídico processual encontra-se concentrado, no sistema português ele está difuso em diversos artigos, haja vista a legislação portuguesa não dispor, em tese, de uma norma que estabeleça liberdade procedimental às partes.

De outro modo, o processo civil de Portugal permite certa liberdade ao tribunal ao determinar que o juiz deve dirigir o processo de forma ativa a fim de garantir o andamento eficaz e a justa composição da lide, conforme disposto no artigo 6° do Código de Processo Civil Português[25], sendo o dever de gestão processual de iniciativa do próprio magistrado.

Embora não haja norma estritamente expressa sobre o tema, ainda há artigos, que de forma indireta acabam por tratar sobre o tema. É o caso do Princípio da Autonomia Privada, regulamentado pelos artigos 344°, 345°, 398° e 405°, o qual dizem respeito ao poder que as pessoas físicas e jurídicas têm de contratar apenas por base em seus interesses particulares.

Demais relações entendidas como óbvias e ordinárias, são vistas ao longo do Código de Processo Civil de Portugal, como no artigo 264°[26], que menciona a possibilidade de as partes terem permissão para alterar a causa de pedir em qualquer momento do processo. Não somente neste, também no 272º, número 4[27], no qual demonstra que é possível a realização do Negócio Jurídico Processual, quando utilizado para fixar prazo máximo para a suspensão de instância.

---

25. Art. 6 - Dever de gestão processual:
1- Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso, especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.
2- O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

26. Artigo 264.º (art.º 272.º CPC 1961) Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo. Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.

27. Artigo 272.º (art.º 279.º CPC 1961). Suspensão por determinação do juiz ou por acordo das partes. (...)
4 - As partes podem acordar na suspensão da instância por períodos que, na sua totalidade, não excedam três meses, desde que dela não resulte o adiamento da audiência final.

Por sua vez, o artigo 280°, número 1, prevê a possibilidade de as partes decidirem o processo pelo magistrado convencional, e em outra fração pela via arbitral. Tratando-se de contratos arbitrais é também visualizada essa relação, onde, na convenção contratual é permitida a prévia determinação de ônus probatório.

O ordenamento português criou o instituto visando a modernização e o aumento da eficácia em seu sistema, sempre pondo em valor a segurança e as estabilidades das relações jurídicas. O princípio da cooperação, previsto no artigo 7°, acarretou a cooperação entre os operadores do direito para maior brevidade procedimental, eficácia e a justa composição da lide[28] [29].

No direito português, por diversas vezes, é empregada a expressão *"gestão processual realizada pelas partes"* tendo em vista que em Portugal o princípio da gestão processual é aquele que determina que

> o juiz tem o dever de dirigir ativamente o processo e de providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e adaptando, depois de ouvir as partes, mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável (art. 6°, n.°1).[30]

Deste modo, a gestão processual realizada pelas partes tem por viés atingir uma gestão mais célere e justa. O instituto cuida dos acordos firmados a fim de celebrar um contrato com diversas regras que melhor forem precisas para atingir o fim que se espera.

Nesse sentido, importante ressaltar que, na gestão processual, há algumas variações no que se refere ao seu formato, podendo ser classificadas basicamente em quatro categorias: (I) por imposição legal; (II) por ato judicial; (III) por ato conjunto das partes e o juiz; e (IV) por atos de disposição das partes[31].

Com base na gestão processual por ato do juiz, acontece quando o próprio juiz da causa age de ofício a fim de flexibilizar o procedimento, adaptando a demanda com as necessidades que as partes possuem. Ainda há a possibilidade de a gestão processual se dar por ato conjunto das partes e do juiz. É o caso do calendário processual, que concede permissão aos sujeitos processuais para preestabelecer datas para a prática de seus atos, adequando a duração da lide às especificidades dos sujeitos e da causa.

É pertinente mencionar que o juiz não se designa no direito material controvertido, e sim nas situações jurídicas pertinentes ao processo. O alicerce dessa capacidade negocial do magistrado encontra guarida no princípio da adequação. Em Portugal, este instituto denomina-se gestão processual e configura-se em dois aspectos: 1) substancial, que diz respeito à condução do processo (art. 6°); 2) aspecto instrumental, relativo ao princípio da adequação formal (art. 547°).

A gestão processual por iniciativa das partes também é conhecida como convenção processual ou acordo processual. É, na realidade, um acordo sobre o desacordo presente

28. MACHADO, Antônio Montalvão; PIMENTA, Paulo. O novo processo civil. 8 ed. Coimbra: Almedina. p. 30
29. A gênese da cooperação adveio do afamado código austríaco de 1985 de Franz Klein.
30. TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. In. Caderno de Direito Privado, no 43, julho/setembro 2013, p. 10-14.
31. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual. In. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.) Negócios Processuais. 2a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303 – 332, p. 306.

ou futuro que incide no campo do processo. Em suma, uma técnica processual de antecipação contratual da solução do litígio em que os sujeitos convenentes poderão ajustar certas regras do processo entre eles, seja antes mesmo de surgir a controvérsia, seja na fase postulatória, na instrução ou nos debates.

Outro aspecto importante do processo, é que o juiz poderá realizar, em qualquer fase do processo, uma tentativa de conciliação entre as partes, já que a solução da lide por meio alternativo ou através de conciliação das partes, igualmente corresponde ao poder de gestão processual.

> O aspecto instrumental, a seu turno, concernente à adequação formal, traduz-se no dever que o juiz tem de conduzir o processo. Nesse sentido é a jurisprudência: O princípio da adequação formal, consagrado no art. 547° CPC, não transforma o juiz em legislador, ou seja, o ritualismo processual não é apenas aplicável quando aquele não decida, a seu belo prazer, adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais, sob a invocação de, desse modo, assegurar um processo equitativo. Naturalmente que o princípio da adequação formal, consagrado neste artigo, não transforma o juiz em legislador, ou seja, o ritualismo processual não é apenas aplicável quando aquele não decida, a seu belo prazer, adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais, sob a invocação de, desse modo, assegurar um processo equitativo. Os juízes continuam obrigados a julgar segundo a lei vigente e a respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas (art. 4° da Lei n° 21/85, de 30-7), e, daí, que o poder-dever que lhes confere o preceito em causa deva ser usado tão somente quando o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa, e, em decorrência, colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo. Trata-se de uma válvula de escape, e não de um instrumento de utilização corrente, sob pena de subverter os princípios essenciais da certeza e da segurança jurídica. Como é bom de ver, a ideia de adequação formal exige um juiz com uma perspectiva crítica das regras procedimentais, um juiz activo, um juiz empenhado em que o rito processual assegure os fins do processo civil, cumprindo-se assim a instrumentalidade do direito adjectivo face ao direito substantivo. Ainda a propósito da adequação formal, é de assinalar que a actividade desenvolvida pelo juiz neste âmbito não deve ser tomada como o exercício de um simples poder outorgado ao juiz, outrossim como o desempenho de uma competência que lhe é conferida (para ser exercida) de modo a assegurar um processo equitativo[32] [33].

32. CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. Introdução ao Estudo e Aplicação do Código de Processo Civil de 2013, Coimbra: Almedina, 2013, p. 65.

33. Código de Processo Civil de 2013, Coimbra: Almedina, 2013, p. 65. 153 O caso narra que “J. S. R. notificado do despacho que indeferiu a nova avaliação do imóvel com a refa. 21940991, não se conformando com o mesmo, veio dele interpor RECURSO DE APELAÇÃO - a subir em separado e imediatamente, com efeitos meramente devolutivos, nos termos do disposto nos arts. 627°, n.°1, 638.°, 644°, n.°2, al. d), 645°, n°2, 647.°, n°1 todos do CPC, requerendo o conhecimento da inconstitucionalidade, invocada por violação do art. 62.° da CRP, posto que se o imóvel vier a ser vendido a um preço inferior ao seu valor real, por falta de uma avaliação crível, o R. ficará privado de uma parte do seu património, vendo desta forma a sua propriedade privada crassamente afectada; Mais se vem arguir a nulidade por omissão, nos termos do 195.° CPC, uma vez que o Tribunal a quo, ao não ordenar a diligência, violou o exercício de um autónomo poder-dever de indagação até oficiosa. Caso em que se julgou procedente a apelação, devendo, em conformidade, ser ordenada nova avaliação ao imóvel, nos termos requeridos, com as necessárias e advindas consequências legais.” Acórdão do Tribunal de Coimbra: Data do acórdão: 14/10/2014. Relator: António Carvalho Martins. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d5b73ed2a49fed8480257d8c005587b1?OpenDocument. Último acesso em 25/02/2021.

Dito deste modo, tal poder é utilizado como instrumento para agilizar e simplificar a ocorrência do processo. O magistrado tem praticamente um "poder" para alterar a tramitação processual ou os atos processuais, com a finalidade de adequar o procedimento à complexidade da causa.

Portanto, os procedimentos de simplificação e agilização, em suma, ocorrem por meio do poder a que é atribuído ao magistrado da adequação formal, podendo, ainda, o magistrado alterar o deslinde procedimental, inclusive renunciar certos atos impostos pela lei assim como poderá impor atos não previstos expressamente na legislação, modificando conteúdo e a forma dos atos, tudo em decorrência do texto legal do art. 547 do novo CPC[34].

3. DIREITO COMPARADO: BREVE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO PORTUGUÊS

Não obstante a constante evolução da sociedade e do reflexo desse desenvolvimento nos sistemas jurídicos materiais e procedimentais, o que determina uma maior ou menor abertura do diálogo quanto aos espaços e aos limites para as partes celebrarem um acordo procedimental é o atual contexto histórico e político social. Nesse sentido, seria demasiadamente precipitado assegurar que as convenções processuais celebradas entre as partes estariam diretamente associadas aos Estados Democráticos de Direito.

Inegável é que, nesse regime jurídico, há uma atmosfera propícia para a consolidação da gestão processual realizada pelas partes, uma vez que, nesse modelo de Estado, teoricamente, há amplo respeito às garantias do livre acesso à justiça e às demais garantias constitucionais, como a autonomia da vontade.

Portanto, admitir a gestão processual realizada pelas partes no procedimento civil é sinônimo de reconhecer e de admitir a participação ativa e ampla das partes, detentoras legítimas do litígio, com a finalidade da cooperação (art. 6 do Novo CPC brasileiro e art. 7º do novo CPC português) mútua entre elas, visando uma decisão célere, justa e pautada na verdade. Fato é que a gestão realizada pelas partes é uma realidade.

Com o advento do Novo CPC de 2015 – nomeadamente artigos 190 e 200 – o direito brasileiro avançou expressivamente para a expansão das possibilidades de negociações entre os sujeitos do processo sobre o objeto em litígio no procedimento civil ou fora deste. Esses dispositivos trouxeram inovações acerca dos negócios jurídicos processuais: criou-se uma cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190) e, também, estipulou-se eficácia imediata aos atos e negócios processuais celebrados pelas partes (art. 200). Ademais, foram estabelecidas as diversas modalidades de negócios processuais típicos (unilaterais ou plurilaterais) e a possibilidade de celebrar negócios processuais atípicos – aqueles não elencados na legislação. Implantou-se, ainda, o princípio do autor regramento da vontade, pelo qual se deve garantir que as partes gozem do direito ao exercício de se autorregular sem que haja restrições não razoáveis. Logo, essa convenção das partes tornou-se um meio de gestão contratual do procedimento, a qual, como já afirmado, pode ser classificada como gestão processual realizada pelas partes.

Para além da controvérsia sobre qual o instrumento, se um contrato, um acordo ou uma convenção, é relevante admitir que, no processo contemporâneo, não se pode

34. 158 Cfr. De Britto. Aspectos do Novo Processo Civil. In. AAVV. Lisboa, 1997, p. 31 e segs. 158 Cfr. De Britto. Aspectos do Novo Processo Civil. In. AAVV. Lisboa, 1997, p. 31 e segs.

prescindir de técnicas próprias de uma lógica consensual, eis que o indispensável é focar no procedimento convencional e não no instrumento em si, ou seja, é imprescindível o *contrahere* e não o *contractus* ou *conventio*.

CONCLUSÃO

Após uma análise sobre a natureza do negócio jurídico processual entre os modelos do Direito Brasileiro e Direito português, aparentemente, pode-se concluir pela relação de sua aplicabilidade.

Primeiramente, ao tratar do negócio jurídico processual brasileiro, a presente pesquisa buscou abordar sobre os requisitos fundamentais que proporcionam sua validade, sua identificação em duas espécies (ato jurídico lato sensu ou atípico e ato jurídico stricto sensu ou típico), objeto e cláusula geral. Em seguida, foram delimitados limites legais (objetivos e subjetivos) para que as partes e o juiz não extrapolam direitos e deveres legais em determinação dos princípios e das garantias constitucionais processuais.

O sistema processual em Portugal, por sua vez, adota a conhecida gestão processual atinente à iniciativa do magistrado que deve, sem prejuízo do ônus de impulso, especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação. Esse deve, ainda, recusar o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotar os mecanismos de simplificação e de agilização processual que garantam a justa composição da lide em prazo razoável.

Após, foi realizada a comparação entre os dois sistemas processuais, trabalhando acerca da dogmática envolvendo os modelos, restou evidente que, enquanto o Código de Processo Civil português se baseia principalmente em questões expressas e definidas, o NCPC brasileiro valeu-se muito mais da forma atípica, ainda utilizando-se de legislação abstrata para o Negócio Jurídico Processual.

De todo modo, o sistema brasileiro demonstra ter avançado nas possibilidades de negociação entre as partes do processo e o juízo, criando inovações para adaptação do processo ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUMPÇÃO, Daniel. **Manual de direito processual civil.** Volume único. 10ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual. *In*. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.) **Negócios Processuais**. 2a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (lei 5869/73). Brasília: Planalto, 1973. Consultado em 25 de junho de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (lei 13.105/15). Brasília: Planalto, 2015. Consultado em 25 de junho de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. Consultado em 25 de junho de 2021. Disponível em http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx

CONSTITUIÇÃO da República do Brasil. Brasília: Planalto, 1988. Consultado em 25 de junho de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio. **Introdução ao Estudo e Aplicação do Código de Processo Civil de 2013**, Lisboa: Almedina, 2013.

COSTA, Marília Siqueira; LIPIANI, Júlia Miranda. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 68, p.92, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**.,v.1, Salvador: Ed. JusPodivm. p. 27-62, 2015.

DIDIER JR.,Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.17. ed.,v.1, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER, Fredie. **Grandes Temas do Novo CPC.** V.1. Negócios Processuais, Tomo II. 2020.

LIMA, Hercília Maria Fonseca. **Cláusula Geral de Negociação Processual:** um novo paradigma democrático no processo cooperativo. São Cristóvão, 2016. Disponível em: https://bdtd.ufs.br/bitstream/tede/2934/2/HERCILIA_MARIA_FONSECA_LIMA.pdf Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20 ed. V. II. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo civil**. v. único. 12 ed. Salvador: JusPodivm, p. 408-409, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Volume único, 8. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, n. 16, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed., t.2, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

SILVA, João Calvão da. **Processo Civil Comparado** - Análise entre Brasil e Portugal. 1ª ed: Forense, 2017.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A Vulnerabilidade na Negociação Processual Atípica**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Souza Junior. Disponível em: < http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19279>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. *In*: **Caderno de Direito Privado**, no 43, julho/setembro 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil**: aspectos teóricos e práticos. Direito UNIFACS-Debate Virtual, n. 191, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº13.709/18)

Filipe Antônio Freitas[1]
Gustavo Henrique Araripe D'Oliveira[2]
Jeison Giovani Heiler[3]

Resumo: No intuito de resguardar os dados pessoais perante a utilização em massa dos mesmos para benefício próprio por empresas e instituições, a Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados) será suficiente na tutela ao Direito à Privacidade? Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados busca regular a utilização dos dados pessoais, pois, embora seu uso seja imprescindível no contexto moderno atual, o tratamento desses dados deve ter uma tutela legal para evitar exploração de forma incontrolada. Nesse contexto, apesar do curto tempo em vigência, os equipamentos trazidos pela lei 13.709/18 mostram ser um mecanismo e ferramenta ativa de proteção aos usuários da rede, podendo equilibrar a relação entre os usuários hipossuficientes e as instituições e empresas que utilizam seus dados, confirmando de forma parcial a hipótese de pesquisa. O presente documento terá o objetivo de demonstrar a importância da proteção de dados no cenário mundial atual, e discutir sobre a eficácia da nova Lei na proteção de dados com sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a contrapor as novas tecnologias aos direitos fundamentais, principalmente ao direito à privacidade. Outrossim, o presente artigo problematizará o uso indiscriminado dos dados pessoais dos indivíduos e sua má utilização pelas intuições que ferem o direito fundamental à privacidade, indicando as inovações trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados no que tange à tutela desses direitos.

Palavras-chave: Dados; Direito; LGPD; Privacidade; Proteção.

INTRODUÇÃO

Os dados publicados pelos usuários das redes sociais e internet, tornaram-se matéria-prima para a concretização de diversos interesses ao redor do globo, tanto por empresas, quanto para finalidades políticas e culturais.

Conjuntamente com a extração e utilização desses dados pessoais surge a pergunta: Qual é o marco entre a utilização legal dos dados pessoais e a invasão de privacidades dos usuários nas redes sociais e internet?

No presente artigo, busca-se construir o contexto histórico de como ocorre esse processo e explorar o que dizem diversos autores sobres essas questões, buscando-se pôr em pauta os efeitos da maciça utilização dos dados pessoais.

A legislação brasileira fornece importantes ferramentas de proteção de dados pessoais para resguardar a privacidade dos consumidores/usuários da Internet, movimento que teve inicio com o Marco Civil da Internet/2014, responsável fornecer uma legislação geral sobre o uso de rede no Brasil. Em seguida, a Lei Geral de Proteção de Dados/2018foi criada para dedicar-se em regulamentar a utilização de dados pessoais, pois embora o uso de dados pessoais seja imprescindível na dinâmica moderna, o processamento desses dados também deve ser pautado e protegido por lei para prevenir seu uso descontrolado. Seu conteúdo é consistente com o produzido pelas atuais leis estrangeiras de proteção de dados, de onde têm boa parte de sua inspiração legislativa.

Assim, o presente artigo busca demonstrar a atual importância da proteção de dados, contrapondo as novas tecnologias aos direitos fundamentais, principalmente ao direito à privacidade, através do procedimento monográfico e utilizando-se do método lógico dedutivo.

1. Bacharel em Direito – Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville
2. Bacharel em Direito – Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville
3. Professor na Graduação em Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.

Para tanto, será feita a observação da situação dos fatos atuais referente ao tema, assim como do estudo de conceitos e da análise das legislações. Dessa forma, problematizar-se-á o uso indiscriminado dos dados pessoais dos indivíduos e as possibilidades de sua má utilização pelas intuições, ferindo o direito fundamental à privacidade.

Em uma sequencia de desenvolvimento de pesquisa, será abordado acerca dos dados pessoais e a sociedade de vigilância, trazendo a importância do assunto na atual sociedade em meio a uma revolução tecnológica. Também será discorrido de forma breve sobre o conceito do Direito à Privacidade no contexto histórico e contemporâneo.

Por conseguinte, será elucidada a importância e teor das leis de proteção de dados no contexto global, indicando as inovações da lei nº 13.709/18 (Lei de Geral de Proteção de Dados) no ordenamento jurídico brasileiro, para então dissertar sobre os dispositivos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados e sua eficácia prática à proteção da privacidade. Será abordada também a atual questão da vigência da Lei nº 13.709/18.

Então, no presente desenvolvimento, discorre-se sobre a agência reguladora prevista para ser o órgão responsável pela aplicação do disposto na Lei Geral e Proteção de Dados. Após, serão trabalhadas as ferramentas trazidas para tutela ao Direito à Privacidade, com enfoque na inovação do “consentimento consciente”, uma ferramenta fundamental que a LGPD trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, buscando conclusão, o presente artigo disserta sobre eficácia da Lei, buscando responder ao problema central da pesquisa.

1. DOS DADOS PESSOAIS

Com o advento da internet, que é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores, as tecnologias vêm se tornando cada vez mais ágeis, eficientes e com grande potencial de armazenamento e difusão de informações. Essa evolução tecnológica, que teve início no Século XX, se tornou o que conhece-se hoje como Sociedade da Informação. Segundo Luís Manuel Borges Gouveia (2004 apud ANTUNES, 2008, p. 03), o mundo passa por uma grande transformação social:

> A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação.

No centro dessa sociedade digitalizada, tem-se como base e principal produto a Informação. Segundo o Internatinal Data Group (IDC), a soma de todos dados produzidos, capturados ou reproduzidos, globalmente, foi de 33 Zettabytes de dados. Para melhor compreender a dimensão desse número: 01 (um) Zettabyte (ZB) de dado equivale a 1.000.000.000.000.000.000.000 ou 10^{21} bytes. A mesma organização projeta que em 2025 haverá um crescimento no número global de dados para 175 Zettabytes (REINSEL et al*.,* 2018*).*

Destarte, é notório de que a proteção de dados deixa um segundo plano para tornar-se uma prioridade legal, outrora as informações e dados pessoais no século XXI são possivelmente o maior produto e possuem valor ímpar para promoção e marketing, tanto político como comercial. Nesse âmbito, é importante salientar a diferença entre dado

e informação: O dado apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, entende-se como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida; o dado estaria então associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar para o seu receptor (DONEDA, 2006).

Essa quantidade massiva de dados produzidos tem várias implicações sociais, culturais e econômicas. Esse contexto só tende a aumentar em grau de importância, pois como observado, a tendência é que a constante evolução tecnológica informatize ainda mais a sociedade.

2. SOCIEDADE DE VIGILANCIA

Nesta seção será discutida acerca da Sociedade de Vigilância, atual transformação social tecnológica emergente. Alguns expoentes estudiosos do tema ousam chamar tal movimento de “Quarta Revolução Industrial”.

Neste capítulo será abordada também a legislação e trabalhos doutrinários, assim como o impacto da proteção de dados na ‘Sociedade de Vigilância’, demonstrando-se imprescindível uma legislação de proteção de dados, assim como seus efeitos sobre a tutela de Direitos Fundamentais, em especial o Direito à Privacidade.

2.1 Quarta Revolução Industrial

Nesse cenário, em que as relações pessoais e o desenvolvimento da identidade pessoal acontecem de forma digital, é fácil compreender porque essa dinâmica de fluxo de dados e informações se tornou parte central da sociedade. O alemão Klaus Schwab (2016), fundador do Fórum Econômico Mundial, em sua obra “A Quarta Revolução Industrial”, acredita que a sociedade se encontra em meio a uma nova Revolução Industrial:

> Estamos a bordo de uma revolução tecnológica que transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, a transformação será diferente de qualquer coisa que o ser humano tenha experimentado antes.

Nessa nova dinâmica de uma sociedade digitalizada, dados são uma fonte valiosa de informação, esta que por sua vez pode ser utilizada tanto aos interesses de Estados e entes públicos, quanto aos interesses de organizações privadas.

Os dados e informações pessoais se tornam então um valioso recurso econômico à disposição das companhias e organizações (THE ECONOMIST, 2017). Elas passam, portanto, a utilizar essa grande quantidade de informação disponível para otimizar lucros e negócios. Esses dados podem ser utilizados pelas empresas de diversas formas: Para melhorar a experiência de consumidores; direcionar publicidade para públicos alvo; para a criação de cadastros de crédito ou score; ou seja, para uma infinidade de finalidades. O International Data Group aponta que, diariamente, mais de 05 bilhões de consumidores interagem com dados (REINSEL, et al., 2018).

Os dados passam a ganhar, por conseguinte, uma conotação importante no sentindo econômico. Como destaca Srnicek (2018), o capitalismo do século XXI é

estruturado pela *data-driven economy* (economia movida a dados). Gomes e Bittencourt (2019, p. 27) sintetizam esse fenômeno:

> Com isso, os dados dos usuários da internet se tornaram uma moeda de troca no modelo econômico vigente no qual os consumidores não pagam em pecúnia pelo bem consumido, mas sim com seus próprios dados, já que estes, se cruzados, podem revelar informações úteis sobre os próprios usuários. Nas redes sociais, por exemplo, cada aplicação de internet acumula dados dos seus usuários que são coletados durante todo o uso e, assim, 'o próprio consumidor torna-se um produto comercializável'.

Para além de uma visão singularmente econômica da problemática, é necessário compreender a pluralidade de universos que interagem com a temática. Ana Frazão muito bem expõe como o fenômeno afeta diversas outras áreas da vida:

> Obviamente que o fenômeno, longe de se restringir à seara econômica, apresenta inúmeras repercussões nas esferas individuais dos cidadãos, além de levar à total reestruturação das relações sociais e políticas. Consequentemente, os dados ganharam uma importância transversal, tornando-se vetores das vidas e das liberdades individuais, assim como da sociedade e da própria democracia (FRAZÃO, 2019, p.24).

Com isso, surgem questões que necessitam elucidação. Várias situações são divulgadas em que empresas fazem a utilização desses dados, se apropriando de informações pessoais de usuários, para atingir finalidades obscuras, que podem ser políticas ou comerciais. Talvez a mais conhecida delas foi o escândalo envolvendo a empresa Cambridge Analytica, que se utilizou de dados pessoais de cerca de 50 milhões de pessoas para influenciar as eleições americanas de 2016, a favor do então candidato republicano e, agora presidente, Donald Trump. Existem também suspeitas de que a mesma empresa possa ter tido atuação em mais 67 países, incluindo manipulação na votação do BREXIT, no Reino Unido, e atuação nas eleições brasileiras (CRUZ; GOMES, 2020).

A forma como esses dados são coletados e processados está diretamente relacionado com o conceito de *Big Data.* Trata-se de massivos bancos de dados, em que as informações podem ser interpretadas, através do que é conhecido como *Big Data Analitycs.* Através dessa análise de montante de dados, feita em alta velocidade, esses sistemas de dados são tratados e interpretados. Desse modo, as informações resultantes podem ser usadas para a criação de perfis e padrões de comportamento de usuários e consumidores. Isso porque os dados pessoais são os registros das atividades sociais, da personalidade e da intimidade, ou seja, os dados pessoais são registros que nos identificam e que refletem o que são os seres humanos (COSTA; OLIVEIRA, 2019). Surge então um mecanismo em que algoritmos de análise de dados conseguem, com os dados extraídos, "conhecer" intimamente a personalidade das pessoas.

Nesse sentido, Martin Hilbert (2017), assessor de tecnologia da Biblioteca do Congresso dos EUA, ao discorrer sobre uma pesquisa feita por Pesquisadores da Universidade de Cambridge sobre curtidas no "Facebook", demonstra o quão vulnerável à privacidade é em relações as novas tecnologias:

> Com cem curtidas, poderiam prever sua personalidade com acuidade e até outras coisas: sua orientação sexual, origem étnica, opinião religiosa e política, nível de inteligência, se usa substâncias que causam vício ou se tem pais separados. E os

> pesquisadores detectaram que com 150 curtidas o algoritmo podia prever sua personalidade melhor que seu companheiro. Com 250 curtidas, o algoritmo tem elementos para conhecer sua personalidade melhor do que você.

Em uma sociedade em que, a todo o momento, pessoas estão conectadas em rede e produzindo dados, questiona-se a implicação que isso teria na liberdade dos indivíduos, principalmente considerando a possibilidade de uma constante vigilância a que esses indivíduos podem estar submetidos.

Informações que podem ser consideradas banais para a maioria, tais como suas buscas na internet, tempo gasto em redes sociais, “curtidas” sobre determinadas questões, músicas e locais de sua preferência, podem estar sendo trabalhadas por algoritmos, a todo o momento, para predição de ações (FRAZÃO, 2019) e consequentemente aumentando o poder que os grandes detentores de informação têm sobre os indivíduos.

Frazão (2019, p. 27), citando Pasquale (2015), estudioso do campo do Direito da Informação, sintetiza o fenômeno:

> Os dados pessoais têm sido utilizados por governos e grandes players econômicos para a criação do que chama de one-way mirror, possibilitando que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto estes nada sabem dos primeiros. E tudo isso acontece por meio de um monitoramento e vigília constantes sobre cada passo da vida das pessoas, o que leva a um verdadeiro capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é a constituição de uma sociedade também de vigilância.

Assim, nesse novo modelo social, a economia movida a dados e o capitalismo de vigilância estão profundamente interligados, devido a necessidade da expansão da vigilância para extensão do mercado baseado em dados (COSTA; OLIVEIRA, 2019). Nesse sentido, Frazão (2019, p. 28) reafirma a interconexão entre uma economia movida a dados e o capitalismo de vigilância, “pois, quanto maior a importância dos dados, mais incentivos haverá para o aumento da vigilância e, por conseguinte, maior será a coleta de dados”. Sobre o capitalismo de vigilância tem-se que:

> O capitalismo de vigilância se caracteriza pela utilização dos dados pessoais por governos, empresas e grandes corporações, que estruturam um conhecimento amplo sobre as informações pessoais dos cidadãos, culminando na ampliação dos aspectos de controle da sociedade de vigilância (PASQUELE, 2015, p. 43-44 apud COSTA; OLIVEIRA, 2019, p. 26).

Frazão (2019, p. 44) demonstra preocupação com esse quadro, expondo quais os objetivos que as grandes empresas e plataformas teriam com a incontrolada exploração de informações pessoais:

> Daí a afirmação de Tim Wu de que o verdadeiro negócio de muitas plataformas é, por meio da disputa pela atenção e o tempo das pessoas, influenciar consciências. Têm-se aí todas as condições para exercer aquela que, segundo Castells, é a forma mais fundamental de poder: a habilidade de moldar a mente humana, a partir da capacidade relacional que um ator social tem de influenciar, de forma assimétrica, as decisões de outros atores sociais em favor dos seus próprios interesses e valores.

Nesse sentido, Weber (1991, p. 33) apresenta um conceito de poder ao afirmar que: “poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.

Nesse cenário, questiona-se a capacidade de desenvolvimento saudável e natural da individualidade. Assim, volta-se a atenção ao Direito que os indivíduos têm à sua Privacidade.

O Direito à Privacidade faz parte hoje dos Direitos de Personalidade, que podem ser definidos como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem como seus prolongamentos e projeções” (FRANÇA, 1975, p. 403 apud MORATO, 2011, p. 124). O Direito à Privacidade no Brasil está previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e no Art. 21 do Código Civil (A vida privada da pessoa natural é inviolável [...]). Esse direito foi incorporado à maioria das Cartas Constitucionais modernas, logo reconhecido como um direito fundamental.

2.2 Do direito à privacidade

Na presente seção será analisada e posta em pauta uma síntese da construção histórica do Direito à Privacidade, conceito jurídico base protegido pelas inovadoras leis de proteção de dados. Posteriormente, será vinculada uma nova necessidade contemporânea de avanço nos conceitos de Direito à Privacidade, devido aos problemas que o uso indiscriminado de dados pessoais traz, acarretando em um deficit de legislação.

2.2.1 Da tutela do direito à privacidade

O conceito de Direito à Privacidade é tratado por vários Autores, porém possui definições diversas devido a sua abstração e subjetividade. O Direito à privacidade foi construído historicamente, na tentativa de se adaptar às necessidades dos indivíduos em uma sociedade em constante evolução.

Conceito já presente nos ordenamentos jurídicos estrangeiros desde o século XVI, surge como princípio autônomo nos ordenamentos modernos somente por volta do fim do século XIX (VIEIRA, 2007). Já nessa concepção, a ideia de Direito à Privacidade era inicialmente estrita ao sentido de uma dicotomia entre público e privado, ou seja, quais atividades deveriam ser exercidas na esfera pública e na esfera privada.

O grande marco doutrinário se deu na publicação do artigo *Right to privacy* (WARREN; BRANDEIS, 1890). Criou-se então a ideia de um estatuto de direito geral à privacidade. Nesse conceito, o Direito à Privacidade seria o direito de ser deixado a sós com seus pensamentos, emoções e sentimentos; melhor dizendo: ser deixado em paz.

Dessa forma, a habitação dos indivíduos era vista como local onde poderiam ter sua vida privada resguardada e livre da opinião pública. Nesse sentido, o Direito à Privacidade seria a garantia de não ter sua vida privada violada (COSTA; OLIVEIRA, 2019). Doneda (2006) considera que essa concepção individualista de privacidade, vinda de uma visão patrimonialista do Direito, tinha caráter “tipicamente burguês” e, por consequência, elitista.

Com o avanço doutrinário e jurisprudencial, o Direito à Privacidade foi reconhecido em âmbito internacional pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 12º. Posteriormente, foi previsto em outros documentos internacionais, como na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, no pacto de San José da Costa Rica (VIEIRA, 2009).

Devido às novas demandas que se apresentavam na sociedade, esses conceitos precisavam, portanto, evoluir. Doneda (2006) cita pelo menos três fatos que influenciaram o surgimento de um novo conceito de Direito à Privacidade: a recém-perspectiva do *welfare state*, a mudança do relacionamento entre cidadão e Estado, e o grande aumento na quantidade de fluxo de informações, consequência do desenvolvimento tecnológico.

Essa revolução tecnológica, com o aumento massivo na produção de dados pelas pessoas, acarretou no surgimento de dilemas no que concerne à Privacidade e aos dados pessoais.

Dado pessoal é aquele dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independente do meio que o suporta, tendo a pessoa um aspecto de titularidade sobre o dado.

Surge por óbvio a necessidade de preencher essa lacuna jurisdicional e construir mecanismos eficazes para o controle e regulamento do uso de dados, para que assim o indivíduo tenha seus direitos fundamentais resguardados. Os dados pessoais precisavam então de uma tutela de Direito.

2.3 Das leis de proteção de dados

A seguir serão introduzidas de forma geral as leis de proteção de dados no âmbito internacional, dando-se um conceito histórico acerca da necessidade e da aplicação de legislação específica de tratamento de dados, suas inovações e suas aplicações práticas fora do Brasil. Após essa demonstração, far-se-á então análise também do instrumento atual do ordenamento jurídico pátrio, trazendo seus dispositivos, visando descobrir em que medida a LGPD poderá tutelar os direitos fundamentais dos usuários da internet (nuvem), e se possível como se darão tais regulamentações e institutos propostos.

2.3.1 Das leis de proteção de dados no contexto histórico

As primeiras Leis que tratam da proteção de dados ocorreram, por óbvio, naqueles países com maior inovação tecnológica durante o século XX. Tiveram início na década de 60, e focavam em gigantescos centros computacionais, que na época eram poucos e continham quase toda a totalidade da informação produzida até então. A tutela da privacidade se restringia à uma autorização de funcionamento dada pelo governo (VIEIRA, 2009).

Com o avanço da tecnologia na década de 70, esses dados começaram a ser diluídos para um número maior de centros computacionais, de diferentes portes. Ocorreu a necessidade de adaptação da Lei, no que pôde ser chamado de a 2ª geração de leis de dados. Todavia, em muitos casos, o mecanismo de autorização foi somente atualizado para uma mera notificação da existência desses centros ao órgão governamental (VIEIRA, 2009).

Com a atual massificação da Internet, o risco de violação à privacidade aumentou significativamente. Nesse contexto amplamente digital, os dados passam a ter uma importância muito maior nas dinâmicas econômicas e sociais.

Deste modo, os dados pessoais precisavam então de uma evolução das Leis para que os indivíduos tivessem seus direitos tutelados.

Para lidar com a questão, em vista o abuso na utilização de dados que vem sendo praticado pelas empresas através do uso de *Big datas* e *Big Data Analytics*, a União Europeia sancionou o Regulamento (UE) 2016/679 (GDPR – Regulamento Geral de

Proteção de Dados), diretamente influenciada pelas revelações de Edward Snowden sobre as práticas realizadas pela NSA (Agencia Nacional de Segurança norte-americana), em que dados de cidadãos do mundo inteiro eram coletados (O GLOBO, 2017).

O Regulamento revogou a Diretiva 95/46/CE, antigo documento que abrangia os regulamentos em território europeu. Para Gomes e Bittencourt (2019, p. 28) “O atual documento tem um texto mais conciso, que além de proporcionar mais direitos aos usuários, proporcionou uma maior autonomia para o tratamento de seus dados”.

Essa nova norma traz a noção de autodeterminação informativa. O indivíduo seria capaz de não somente vedar o acesso a suas informações pessoais como método de defesa, mas também de ter o controle, de forma ativa, do fluxo de dados. A Lei também traz a noção de consentimento, elemento importante que norteia a proteção dos dados pessoais (GOMES; BITTENCOURT, 2019).

Assim, se faz de suma importância além de imprescindível a criação de um regulamento interno (nacional) acerca da proteção de dados, a fim de regular o tratamento dos dados pessoais onde não havia até então qualquer regulação no ordenamento brasileiro.

2.3.2 Das leis de proteção de dados no Brasil (LGPD – Lei nº 13.709/18)

O Brasil, considerando a importância do tema, e seguindo a tendência global para a criação de Leis voltadas a proteção dos dados pessoais, também legislou sobre o assunto. Destarte, teve-se a criação da Lei do Marco Civil da Internet, que entrou em vigor em 2014 e que fora o início da positivação de leis que regulam o uso da Internet no Brasil.

A Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil (da internet), dispõe que o uso da Internet no Brasil se fundamenta na liberdade de expressão e nos direitos humanos, entre outros fundamentos (Art. 2º). Em sequência, em seu Art. 3º, a Lei elenca também princípios a que o uso da Internet está sujeito no Brasil, como proteção da privacidade, proteção dos dados pessoais (na forma da lei), entre outros (BRASIL, 2014).

O Art. 11 da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil Da Internet) dispõe que qualquer ato que envolva coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros de dados que ocorra em território nacional deverá obrigatoriamente respeitar a Legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros (BRASIL, 2014). Assim, a Lei traz mais autonomia para o país em questão do controle das redes, o que traz segurança em face de atores internacionais. Nesse sentido, O Marco Civil também traz uma seção somente para neutralidade de rede (Cap. III, Seção I).

A Lei, sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, traz também em seu Art. 12 sanções próprias para suas infrações, que podem ser advertência, multa, suspensão ou proibição de exercício de atividades que envolvam os atos previstos.

Entretanto, a Lei não dispõe com clareza sobre os mecanismos para uma eficaz proteção de dados pessoais. Daí a necessidade da criação de uma nova Lei que complementasse a do Marco Civil da Internet. Assim surge a nova Lei 13.709 ou Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sancionada em 14 de agosto de 2018. A Lei do Marco Civil ainda continua vigente, tendo sido alterada apenas naqueles artigos que dizem respeito expressa e especificamente aos dados pessoais (Art. 7, inciso X e Art. 16, inciso II).

Destarte, a Lei tem clara influência do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (RGPD), sendo, entretanto, a brasileira mais subjetiva, enquanto a europeia mais direta (GOMES; BITTENCOURT, 2019). A LGPD traz importantes definições legais em seu Art. 5º, como: o que são dados pessoais, dados pessoais sensíveis, dado anonimizado, titularidade de dados, banco de dados, etc. Traz em seu Art. 6º, assim como na Lei europeia, princípios que devem ser observados no tratamento de dados pessoais, sendo eles: finalidade; adequação; necessidade; livre acesso; qualidade dos dados; transparência; segurança; prevenção; não discriminação; responsabilização e prestação de contas, além do princípio da boa-fé (BRASIL, 2018). A LGPD traz também o tema consentimento como um dos centrais, assim como a GRPD europeia, dispositivo esse que será melhor abordo em seção própria.

Outrossim, a Lei 13.709/18 traz inúmeras ferramentas de tutela dos direitos fundamentais relacionados aos dados pessoais. Dessa forma, por exemplo:

> Os usuários poderão buscar informações sobre seus dados diretamente nas empresas com um requerimento simples. Indicação da origem dos dados, dos critérios utilizados para coleta e tratamento, sua finalidade ou até a declaração de inexistência de dados, serão, com fundamento nos artigos 9º, 18 e 19 da LGPD, fornecidas pela empresa em até 15 dias de forma clara e objetiva. Já no Art. 52, caso a empresa não respeite os direitos do titular, ou qualquer outra previsão da LGPD, caberá denúncia à ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados - MP), que poderá culminar em auditoria e sanções previstas no art. 52 da lei, como: a) advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; b) II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração. Isso significa que as sanções da LGPD possuem caráter administrativo e financeiro sobre as empresas (LICZBINSKI, 2020).

Outra inovação importante, senão uma das principais, trazidas pela nova Lei são os conceito de finalidade e consentimento para o tratamento de dados pelo controlador, conceitos que acabam se tornando complementares. Traz o Art. 6º, I da LGPD que: “I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (BRASIL, 2018). Dessa maneira, resta claro que é uma preocupação central da nova legislação que os dados sejam usados dentro de suas finalidades permitidas pela Lei, sob pena de ilegalidade. Ainda nesse sentido, O Art. 7º, inciso I dispões que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular (BRASIL, 2018).

2.3.3 Do consentimento

Uma das principais inovações que a LGPD trouxe foi o consentimento “consciente” (MALDONADO; BLUM Coord., 2019). Embora ainda considerada a principal base legal, o consentimento é apenas um dos dez pressupostos legais introduzidos na legislação, e todos os outros nove pressupostos existentes não dependem do consentimento para serem considerados válidos, entretanto merece um destaque especial devido as consequências do aceite implícito nos termos de serviços, ou nos termos de privacidade.

Desta feita, a Lei 13.709/18 traz em seu art. 5º o conceito de consentimento, qual seja: “consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”

(BRASIL, 2018). Ou seja, para que o controlador possa realizar o tratamento de dados dos usuários necessita do consentimento “livre, informado e inequívoco”.

Conforme destaca Lima (2019), primeiramente, para que o consentimento seja “livre”, os titulares devem ter escolha efetiva sobre quais tipos de dados serão tratados em cada operação. Se houver qualquer tipo de pressão para a entrega do consentimento, sob pena de ônus ao controlador, o consentimento não será tido como lícito, uma vez que não terá sido manifestado “livremente”.

O que anteriormente bastava apenas um aceite “automático” e necessário para utilização de algum determinado serviço e/ou produto, agora necessita do explicito aceite e quais os dados que será realizado o tratamento:

> Seu artigo 5º, inciso XII traz que o consentimento deve ser uma livre manifestação, informada e inequívoca, pela qual o responsável concorda com o uso de seus dados para uma finalidade específica, além de seguir princípios como a boa-fé e os demais exemplificados pelo artigo 6o, tais como o da adequação, da necessidade e da transparência. Seu artigo 7º, inciso I determina ainda, que só poderá haver o tratamento dos dados mediante o fornecimento de consentimento do titular. (GOMES; BITTENCOURT, 2019, p. 31)

A inovação do consentimento explícita teve iniciativa na *Guideline 259/2017* do *Article* 29 (atual *European Data Protection Board* – EDPB) trazida pela já citada *General Data Protection Regulation*(GDPR – Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu) que direciona dois pontos em relação ao “desbalanceamento do consentimento” decorrente da hipossuficiência dos usuários em relação às empresas e seus controladores: i) nas relações de emprego; e ii) no tratamento de dados realizado pelo poder público. Nesses dois casos deve-se ter bastante atenção, se o consentimento for a base legal utilizada, sendo, inclusive, pertinente buscar outras hipóteses para justificar o tratamento dos dados (conforme descrito nos incisos II a X), a fim de mitigar os riscos relacionados, conforme a seguir melhor analisado (LIMA; *et al*, 2019).

Também é de suma importância salientar de que o consentimento livre, no que tange também a noção de “granularidade” do consentimento, uma das inovações que traz a LGPD ao consentimento, no qual o aceite genérico do usuário para operações de dados de forma integral ou “em nenhuma das hipóteses” não pode ser válido, assim considerando ilícito o referido consentimento.(MALDONADO; BLUM Coord., 2019). Logo, o aceite granular deve permitir autonomia para que o usuário escolha quais dados ele permite que sejam utilizados pelo controlador, sabendo de sua finalidade especifica para cada uso.

Não obstante, ainda é destacado de que o consentimento informado será atingido quando, antes da coleta dos dados pessoais, os titulares forem amplamente informados acerca do ciclo de vida do tratamento dos seus dados pessoais, o que guarda bastante correlação com o princípio da transparência (LIMA *et al.*, 2019). Conforme citado, para que o consentimento seja considerado lícito deve conter: (I) as finalidades do tratamento; (II) ciclo de vida do tratamento dos dados; (III) identificação e meio de contato com o controlador dos dados; (IV) informações do compartilhamento de dados e finalidade do tratamento realizado pelo controlador; (V) a responsabilidade dos agentes do tratamento dos dados e; (VI) direitos do titular, aí se incluindo menção à possibilidade de confirmação de tratamento dos dados, acesso, atualização, retificação, anonimização, eliminação, além de outros dispostos na Lei 13.709/18 (MALDONADO; BLUM Coord., 2019).

A nova Lei traz também como deve ser realizado o consentimento, em seu art. 8º, que destaca que o consentimento deve partir da livre vontade do titular. O consentimento

pode ser obtido por qualquer meio de retenção da declaração de evidências do titular (BRASIL, 2018).

Para tanto, podem ser utilizados métodos tradicionais (como contratos ou formulários em papel) e ferramentas digitais (por meio de assinaturas eletrônicas ou digitais, ligações telefônicas, biometria, vídeo, áudio, etc.) (MALDONADO; BLUM Coord., 2019) sendo das mais variadas formas, outrora a lei não preconiza formas de que a manifestação livre do consentimento pelo titular do tratamento dos dados poderá ser provada pelo controlador:

> A LGPD em seu artigo 8º, caput, determina que deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular. Os §§ 1º e 3º deste mesmo artigo trazem que se for feito por escrito, deverá haver uma cláusula destacada das demais cláusulas específicas, sendo vedado o tratamento dos dados mediante vício do consentimento. Já de acordo com o seu §4º, é considerado nulo o consentimento que referir a autorizações genéricas para o tratamento dos dados, uma vez que deve se referir à uma finalidade determinada. (GOMES; BITTENCOURT, 2019, p. 31).

Nem as opções pré-selecionadas, nem o silêncio passivo serão considerados como uma manifestação de consentimento explícito, para que não haja dúvidas sobre a intenção do titular. Em caso de incerteza, é uma insegurança para o controlador do tratamento de dados, uma vez que pode fazer com que a operação de certos tratamentos de dados pessoais seja entendido como ilegal, trazendo assim possíveis consequências negativas.

2.3.4 Da vigência da LGPD

A Lei, sancionada em agosto de 2018, tinha período de vacatio legis de 18 meses, e teria eficácia plena em fevereiro de 2020. Porém, devido à pandemia da COVID-19, viu-se necessário um adiamento a sua vigência (CURY, 2020).

O adiamento se justificava devido a enorme dificuldade de que todos entes afetados pela Lei conseguissem se adequar, especialmente durante um momento de enorme incerteza administrativa e financeira, o que tornaria a Lei inicialmente ineficiente. a ANPD (Agência fiscalizadora) ainda não estaria estruturada para atuação.

Além do mais, uma pesquisa do Serasa Experian (2020) indicou que 85% das empresas ainda não estavam preparadas para atender às exigências da LGPD, e estariam sujeitas a penalizações a partir de agosto, problema que poderia se agravar devido a grande quantidade de trabalhos home office e similares durante a pandemia, em um cenário de mercado onde as situações estão ocorrendo majoritariamente online.

O governo, então, originalmente, queria postergar o início da lei para maio de 2021, através da Medida Provisória (MP) 959/2020, mas a Câmara dos Deputados alterou o texto e, aprovou a MP com o prazo para 31 de dezembro. Quando a matéria chegou ao Senado, entretanto, em seu o artigo 4º, justamente o que adiava a vigência da LGPD para até 31 de dezembro deste ano.

Os senadores derrubaram, por unanimidade, o artigo, alegando que a matéria já havia sido votada meses atrás. Assim, continuaria valendo o prazo anterior, 27 de agosto de 2020.

Assim, foi necessária a criação da Autoridade reguladora prevista em Lei, para com que assim a Lei Geral de Proteção de Dados tivesse aplicação prática. Com isso, o governo federal emitiu o DECRETO Nº 10.474, de 26 de agosto de 2020 (publicado no

DOU dia 27 de agosto de 2020), que cria a estrutura regimental e cargos da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

2.3.5 Da autoridade nacional de proteção de dados

Em 26 (vinte e seis) de agosto de 2020 foi emitido pelo governo federal o Decreto nº 10.474/20, o qual autoriza a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. A ANPD "é integrante do poder executivo e subordinado à Presidência da República e tem a função de fiscalizar e editar normas sobre o tratamento de dados pessoais por pessoas físicas e jurídicas" (VERDÉLIO, 2020).

É responsável por regulamentar pontos da lei, orientar a população e empresas, elaborar regulamentos e fiscalizar a aplicação da LGPD, entre outras atribuições e competências.

Inicialmente, imaginava-se que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD seria então um órgão regulador autárquico e independente. Entretanto, apesar da previsão de possuir autonomia técnica e decisória, o órgão foi criado como subordinado direto à Presidência da República, conforme traz art. 1º do Anexo I do Decreto nº 10.474, que prevê sua criação:

> Art. 1º A Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, órgão integrante da Presidência da República, dotada de autonomia técnica e decisória, com jurisdição no território nacional e com sede e foro no Distrito Federal, tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, orientada pelo disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018

Esse é o órgão responsável por fiscalizar o tratamento de dados pelos entes públicos e privados e possui competência de zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação. Porém, diferentemente do que originalmente era previsto no texto do projeto de lei, nesse primeiro momento, a Autoridade está vinculada à Presidência da República, portanto, será órgão da administração direta, sem autonomia financeira, administrativa e hierárquica.

Para que efetivamente a ANPD atue, era necessária a definição do Diretor-Presidente do Conselho Diretor, órgão máximo da ANPD. No final de outubro, os cinco nomes indicados pelo Presidente Jair Bolsonaro foram aprovados pelo Senado, inclusive o do Diretor-Presidente Waldemar Gonçalves Ortunho Junior, militar e atual presidente da Brasil Telecomunicações S.A (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2020), na forma do Art. 12 do Decreto nº 10.474/20:

> Art. 12. O Conselho Diretor é composto por cinco membros indicados pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos do disposto na alínea "f" do inciso III do caput do art. 52 da Constituição.

Ainda segundo o Art. 3º do Anexo I do Decreto, além do Conselho Diretor, o órgão será também composto por um órgão consultivo, o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, além de órgãos de assistência administrativa, seccionais, e órgãos específicos.

Levanta preocupação o fato de que o Conselho Diretor Autoridade Nacional de Proteção de Dados seja composto majoritariamente por membros do exército brasileiro. Do total de 05 membros, 03 membros do Conselho Diretor do órgão são militares (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2020). Assim, teme-se que a Agência possa deixar em segundo plano a privacidade e proteção de dados pessoais, em nome da defesa da segurança nacional e segurança pública, subjugando assim o motivo primeiro de existência da agência segunda a Lei Geral de Proteção de Dados, nos propósitos de uma sociedade de vigilância.

Ademais, a vinculação direta da ANPD à Presidência da República teve repercussões majoritariamente negativas. Apesar da criação de uma Autoridade para proteção de dados ser essencial à aplicação da LGPD, a sua forma de vinculação e subordinação ao Presidente da República pode trazer efeitos indesejáveis.

É possível que essa Autoridade de proteção de dados seja utilizada de forma política e a favor do interesse de seus controladores, no caso, do Presidente da República, o que viria a desequilibrar as estruturas de igualdade e poder em se tratando de controle de dados. Tal situação é muito bem ilustrada pelo Presidente da Câmara dos Deputados:

> O ideal é que a agência não fosse vinculada ao governo. A criação da agência debaixo da estrutura do governo foi errada. Quem tiver o comando dos dados talvez tenha o comando do País por muito tempo, por isso é importante ter uma agência de proteção de dados distante do governo. (MAIA, 2020).

Como já demonstrado exaustivamente durante o presente artigo, aquele que possuí o controle das informações, possui poder também sobre indivíduos. É através do proposito de reequilibrar as relações de poder no tocante aos dados, assim como trazer ao indivíduo e a sociedade um real controle sobre o uso de seus dados, que surgiu o movimento de criação dos contemporâneos regulamentos e legislações de dados, como o GDPR na Europa.

2.3.6 Da eficácia da LGPD

Segundo um estudo denominado Unisys Security Index 2018 realizado pela empresa global de serviços e soluções de Tecnologia da Informação a Unisys, demonstrou de que 58% dos brasileiros entrevistados demonstram uma insegurança na real eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados contrapondo 9% dos que realmente acham de que a Lei trará mudanças significativas, no qual, segundo a própria empresa é um engano preocupante (VENTURA, 2018).

Um dos fatos em que levanta tal preocupação seria das circunstâncias relacionadas ao órgão responsável pela fiscalização e cumprimento da Lei, já outrora supracitada no texto, que fora vinculado ao Poder Executivo. Ou seja, o tratamento dos dados pessoais se encontra basicamente em poder do Chefe de Estado.

Entretanto, o próprio teor da Lei 13.709/18, em epígrafe em seu artigo 3º, caput, dispõe que a “Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado (...)” (BRASIL, 2018). Assim, por minuciosa análise, constata-se que o órgão ao se subordinar de forma direta ao poder executivo, está assim de certa forma abrindo lacunas para que se desvirtue a intenção legitima do mesmo, que deve ser independente. O Estado então, ainda que agora

controlador do agente fiscalizador, é também sujeito fiscalizado pela ANPD, passível de punições e sanções.

Outro ponto em que deixa dúvidas, concerne ao disposto no artigo 4º, inciso III, em que refere-se que a Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (BRASIL, 2018).

À vista disso, a LGPD deixa uma lacuna a respeitos do dispositivo mencionado, pois não traz a definição do que seriam tais conceitos dentro da própria Lei. Desta feita, embora a Lei não traga os conceitos ora mencionados, há que se pontuar os conceitos acerca das supramencionadas exclusões de responsabilidade.

Preliminarmente, no tangente à Segurança Pública, é uma situação de preservação ou reestabelecimento da convivência social que permite o gozo dos direitos dos e cidadão e que estes exerçam atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do usufruto, reivindicação dos próprios direitos e defesa de interesses legítimos (SILVA, 2008).

Ou seja, Segurança Pública resume-se em a manutenção da sociedade, a ponto de todos terem seus direitos fundamentais tutelados. Então, apenas sob ameaça dos direitos fundamentais de outrem, poderá ser utilizada os recursos de dados que concerne a atual circunstância.

Já no tocante à defesa nacional e segurança de estado, refere-se exclusivamente ao quesito de que em caso de defesa do estado Federativo, bem como unitários, não aplicar-se-á o disposto na LGPD. No entanto somente poderão ser utilizados os dados provenientes da situação de segurança nacional ou estatal.

Por fim, ainda constante ao artigo 4º, inciso III da LGPD, tem-se que no caso de atividades de investigação e repressão de infrações penais, poderão ser utilizadas os dados dentro do processo penal, bem como os dados utilizados no inquérito (BRASIL, 2018).

Por fim, destaca-se que a Lei, por mais que possua previsão de algumas excludentes, essas não poderão se sobressair aos direitos individuais, em especial o direito à privacidade dos dados, podendo no caso de ente público ser enquadrado como abuso de poder e autoridade, vide Lei 4.898/65 e Lei 13.869/19.

CONCLUSÃO

Deste modo, poderá se confirmar se a Lei Geral de Proteção de Dados será suficiente na proteção de dados pessoais dos usuários da internet (nuvem), considerando a hipossuficiência do usuário perante as instituições que se utilizam desses dados para finalidades próprias?

Tendo em vista de que os dados pessoais se tornaram uma fonte valiosa para as empresas e seus próprios interesses em meio a uma sociedade de vigilância, a segurança ao Direito à Privacidade se torna plenamente ameaçada. Destarte se fez necessária, entre outros motivos, a criação de uma lei regulamentadora dos tratamentos de dados.

Esta evolução na legislação de dados no Brasil teve a iniciativa no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) de onde foram iniciadas as questões pertinentes à proteção do indivíduo em meio à rede (*web*). Assim, a Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados) tem como objetivo preencher lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, em relação aos direitos fundamentais e a liberdade de escolha dos indivíduos.

A Lei busca regular a utilização dos dados pessoais, pois, embora seu uso seja imprescindível no contexto moderno atual, o tratamento desses dados deve ter uma tutela legal para evitar que sejam explorados de forma incontrolada. Assim a LGPD traz uma série de ferramentas para que seja cumprida a tutela do usuário em meio à internet.

A Norma traz também como uma de suas bases, além do conceito de finalidade, o conceito de consentimento. Para os fins da Lei, em regra, o consentimento é "a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada"(BRASIL, 2018), conforme Art. 5º, inciso XII. Nesse sentido, aliado aos demais princípios contidos no texto legal, o consentimento se torna um dos mecanismos centrais para limitar o uso indiscriminado desses dados por parte das instituições.

Também traz à tona o fato de o órgão regulador e fiscalizador estar vinculado diretamente ao Poder Executivo e ao Presidente da República, que demonstra uma incerteza se de fato a Lei trará os efeitos necessários.

É importante reconhecer os mecanismos de uma sociedade baseados na vigilância de dados, em que os direitos fundamentais são infringidos continuamente para finalidades obscuras e desconhecidos. É nesse contexto que devem-se pautar os novos mecanismos de proteção de dados: proteção à privacidade; transparência/controle no tratamento de dados; autossuficiência informativa; criação de um mecanismo de consentimento consciente; e demais ferramentas que devem ser discutidos no bojo da sociedade e seus cidadãos como um todo, além dos demais entes e afetados.

Observa-se logo que a eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados e toda temática que fora abordada sobre a proteção de dados e tutela do direito é complexa e possui vários problemas. Contudo, e apesar da Lei ainda não possuir coercibilidade prática devido ao curto tempo em que se encontra em vigência, e portanto, não se possa ainda determinar sua real eficácia no plano fático material, os dispositivos trazidos pela Lei 13.709/18 se mostram como mecanismos e ferramentas positivos à proteção dos usuários na rede, e equilibram a relação entre o usuário e as instituições e empresas que utilizam de seus dados.

REFERÊNCIAS

ANPD militarizada: risco para a proteção de dados pessoais. Coalizão Direitos na Rede, 16 out. 2020. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2020/10/16/anpd-militarizada-risco-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Lei do Marco Civil da Internet**. Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014. Brasília, 24 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados.** Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018. Brasília, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas

redes sociais**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva,** Belém, v. 5, n. 2, p. 22–41, jul./dez. 2019.

CRUZ, Bruna Souza; GOMES; Helton Simões. **Cambridge Analytica no Brasil? Emails vazados contam história de fracasso.** UOL, 03 jan. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/01/03/cambridge-analytica-no-brasil-emails-vazados-contam-historia-de-fracasso.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 26 abr. 2020.

CURY, Maria Eduarda. **Vigência da lei de proteção de dados é adiada devido ao coronavírus.** Exame, 04 abr. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/vigencia-da-lei-de-protecao-de-dados-e-adiada-devido-ao-coronavirus/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Privacidade-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados-Pessoais/dp/8571475628>. Acesso em: 22 jun 2020

FRAZÃO, Ana *et al.* **A Lei Geral De Proteção de Dados Pessoais E Suas Repercussões do Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/40040675/Fundamentos_da_prote%C3%A7%C3%A3o_dos_dados_pessoais_No%C3%A7%C3%B5es_introdut%C3%B3rias_para_a_compreens%C3%A3o_da_import%C3%A2ncia_da_Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados>. Acesso em: 25 set. 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (comp.).**Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**: lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Coment%C3%A1rios-lei-Geral-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados/dp/8584935797>. Acesso em: 04 set. 2020

LICZBINSKI, Cátia. **Eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados: proteção do cidadão?**. Uruguaiana: Jornal da Cidade, 2020. Disponível em: <https://www.jornalcidade.net.br/colunistas/c%C3%A1tia-liczbinski/efic%C3%A1cia-da-lei-geral-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-prote%C3%A7%C3%A3o-do-cidad%C3%A3o-1.2267135>. Acesso em: 27 nov. 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.).LGPD : **Lei Geral de Proteção de Dados comentada [livro eletrônico].**São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda. Disponível em: <redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F188730949%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=6fbbf553465d417ba6be1ab0c4ea4e92#sl=0&eid=1b117ffd945479e47f2e1eb1ce22089c&eat=%5Bereid%3D%221b117ffd945479e47f2e1eb1ce22089c%22%5&pg=RL-1.1&psl=p&nvgS=false>. Acesso em: 15 out. 2020.

POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza (orgs.). **Políticas, Internet e Sociedade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2019. Disponível em: <http://bit.ly/35hiqms>. Acesso em: 19 maio 2020.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional.** 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008. Disponível em: https://www.estantevirtual.com.br/livros/jorge-da-silva/controle-da-criminalidade-e-seguranca-publica/326808016. Acesso em: 08 nov. 2020

SNOWDEN: Vazamento prova que EUA pagaram para espionar softwares. O Globo, 07 mar. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/snowden-vazamento-prova-que-eua-pagaram-para-espionar-softwares-21026190>. Acesso em: 26 abr. 2020.

THE world's most valuable resource is no longer oil, but data. The Economist, 06 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 26 abr. 2020

TOURAL, Carlos, CORONEL, Gabriela & FERRARI, Pollyana(Orgs.). **Big Data e Fake News na sociedade do (des)conhecimento**, 2. ed., Aveiro: Ria Editorial, 2020. Disponível em: <https://adobeindd.com/view/publications/4254da4a-f972-4dea-aa67-fa5e30e84bce/mtea/publication-web-resources/pdf/Big_data_e_fake_news2ed.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020

UNIÃO EUROPEIA. **Regulation (eu) 2016/679 of the European parliament and of the council de 27 de abril de 2016.** On the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Official Journal of the European Union, 27 de abril de 2016.Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 26 abr. 2020

VENTURA, **Ivan. Brasileiros desconfiam da eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados, diz pesquisa.** Consumidor Moderno, 2018. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2018/11/01/brasileiros-desconfiam-da-eficacia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-diz-pesquisa>. Acesso em: 09 nov. 2020.

VERDÉLIO, Andreia. **Governo aprova estrutura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.** Agência Brasil, 27 ago. 2020. Disponível em: < https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/governo-aprova-estrutura-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 27 nov. 2020

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.** 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 25 set. 2020

O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A INTERNET: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS *MARKETPLACES*

Gustavo Barone Martins[1]

Resumo: O objetivo deste artigo busca analisar as inovações trazidas com o avanço da internet e com o surgimento dos modelos de negócios virtuais. Devido ao sucesso das plataformas de *marketplace*, surgem questões relacionadas a responsabilidade por eventuais danos que surgirem durante o processo de negociação. Desta forma, o objeto geral desta pesquisa é compreender o funcionamento das plataformas de *marketplace*, bem como, identificar, qual seria a responsabilidade civil aplicada neste modelo de negócio. A pesquisa será bibliográfica e documental, sendo analisadas referências tanto em doutrinas, revistas, jurisprudência, *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. A pesquisa terá uma abordagem qualitativa, permitindo o aprofundamento em diversos temas do mundo jurídico, a fim de que seja alcançado o objetivo determinado. Como resultado, esta pesquisa conclui que os modelos de negócio virtuais surgiram como uma forma de aperfeiçoarem a rede. Com relação as plataformas de *marketplace*, estas são essenciais ao comércio eletrônico, posto que possibilitam a aproximação do fornecedor/produtor com seu consumidor final. Quanto a responsabilidade civil dos intermediadores, a jurisprudência atual não é pacífica, posto que há entendimentos pela aplicação da responsabilidade objetiva em face das plataformas, considerando que estas integram a relação de consumo, sendo responsáveis pelos produtos e serviços negociados, contudo, a jurisprudência possui entendimentos de que os *marketplaces* devem ser responsabilizados apenas pelas suas atividades, não respondendo por eventuais danos causados aos produtos adquiridos pelos consumidores

Palavras-chave: *Internet; C*omércio Eletrônico; Responsabilidade Civil; *Marketplace.*

INTRODUÇÃO

A *internet* surgiu no Brasil no início dos anos 90, trazendo consigo inúmeras inovações para a época, dentre estas podemos citar o aperfeiçoamento do comércio eletrônico, o qual já era realizado por meio da televisão ou até mesmo pelo telefone, porém, ganhou grande força nos anos 2000 com o advento dos modelos de negócios virtuais. O principal modelo do comércio eletrônico, no Brasil, são as plataformas de *marketplace*, que permitem a compra e vende produtos e serviços sem a necessidade deslocar-se até a loja física, sendo possível a compra *online.*

A crescente popularidade deste modelo de negócio fica evidenciada através do crescimento de empresas neste segmento como a Amazon, a Magazine Luiza, a Via Varejo, o Mercado Livre, entre outras.

Devido a decretação de pandemia causada pela COVID-19 (Novo Coronavírus) e a necessidade do cumprimento do distanciamento social, objetivando diminuir a proliferação do vírus, a popularidade e o interesse da população pelos *marketplaces* aumentou de forma exponencial, uma vez que muitos empreendedores viram como uma solução para seus negócios a utilização do comércio eletrônico, mais especificadamente, os portais de intermediação de produtos e serviços.

Desta forma, o principal problema a ser estudado é compreender qual a responsabilidade civil aplicada aos portais de *marketplace*, durante a intermediação de negociações de compra e venda que apresentarem algum vício ou dano, ou até mesmo que não forem devidamente entregues, ou da prestação de serviços que não forem corretamente utilizadas, bem como, quais legislações podem ser utilizadas para definir tais questões e garantir os direitos dos consumidores finais.

1. Advogado. Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pela Faculdade Damásio. E-mail: gustavo.barone.m@gmail.com.

O presente artigo abordará inicialmente sobre o consumidor e seus direitos garantidos por lei, além do que é previsto na legislação brasileira sobre as relações de consumo. Posteriormente, será analisado o surgimento da *internet* e de que forma essa tecnologia impactou as relações pessoais e de negócios ao redor do planeta, inclusive com o incentivo ao comércio eletrônico. A seguir será analisado o comércio eletrônico, pela ótica da *internet,* e de que forma se tornou possível a negociação de produtos e serviços de forma ágil e prática, além do surgimento dos modelos de negócios virtuais, como os *marketplaces.* Após será analisado de que forma os modelos de negócio funcionam, bem como, de que maneira auxiliaram na popularização do comércio eletrônico brasileiro, especialmente as plataformas de *marketplace.* Por derradeiro, buscará como resultado pretendido, compreender a responsabilidade civil aplicada em face das plataformas intermediadoras de produtos e serviços e como vem sendo o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a atribuição das responsabilidades destes portais nos casos de eventual dano aos itens adquiridos.

1. DA *INTERNET*

Durante a década de 60, foi desenvolvida pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América a rede *Arpanet*, uma predecessora da *Internet* como conhecemos hoje, utilizada para testar novas tecnologias, ante a possibilidade de uma nova guerra mundial, futuramente, pretendendo desenvolver as pesquisas de seus acadêmicos, as universidades norte-americanas de Los Angeles; Santa Bárbara; Utah e de Stanford interligaram seus sistemas, criando assim a rede que passou a ser conhecida como *Internet.* No ano de 1991, foi possível a interligação da rede *Internet* com os países europeus e, neste mesmo ano, Tim Berners-Lee criou a *World Wide Web* (WWW), que seria um sistema interligado de documentos acessados por meio de navegadores virtuais, o qual teve papel fundamento no desenvolvimento da *Internet* e na forma que a conhecemos hoje (FINKENSTEIN, 2011).

Sobre este fato, BIEGEL (2001, p.3) disserta:

> Quando os historiadores olharem para trás nessa era, eles provavelmente determinarão que a era do ciberespaço começou no início dos anos 1990, impulsionada pelos desenvolvimentos da World Wide Web e pela autoridade estatutária conferida pela Fundação da Ciência Nacional (NSF) para comercializar o que foi então chamado de NFSNET. A nova Internet logo tornou-se a figura central do que foi denominado de ciberespaço ou de mundo on-line).

A *WWW,* inicialmente, foi utilizada nas universidades americanas, sendo que posteriormente, após este período de testes, o conjunto de navegadores foi disponibilizado para todo o público que possuísse acesso a *internet* (FINKENSTEIN, 2011).

GUIMARÃES (*apud* Júnior, 2008, p. 1201) relata que o conjunto de padrões que forma a *WWW* possibilitou que a *internet* fosse mais simples, tornando-se acessível ao público comum que tivesse acesso à rede.

No caso *Reno vs American Civil Liberties Union* de 1997, a Suprema Corte Norte Americana assim conceituou a *internet*:

> A Internet é uma rede mundial de computadores interconectados. É uma expansão do que se iniciou em 1969 com um programa militar denominado Arpanet, o qual foi criado para permitir que computadores utilizados pelo Exército, fornecedores da

> área de defesa e universidades conduzindo pesquisas relacionadas à Defesa Nacional se comunicassem uns com os outros, pelos canais redundantes, mesmo que algumas parcelas da rede fossem danificadas por guerra. Embora a Arpanet não exista mais, ela foi um exemplo para o desenvolvimento de algumas redes civis que, ligando-se umas às outras, permitem, agora que dezenas de milhões de pessoas se comuniquem entre si e acessem uma grande quantidade de informações por todo o mundo. A Internet é o meio único e inteiramente novo da comunicação global. (Suprema Corte Norte Americana, 1997)

Nesse sentido é demonstrada a atuação e importância global da *Internet*, uma vez que o seu acesso é livre, possibilitando que qualquer pessoa no planeta possa acessá-la para comunicar-se, buscar ou apresentar informações e outras inúmeras funções (JENSEN, 2014).

1.1 Do histórico da rede no Brasil

O surgimento da *Internet* no Brasil se iniciou no ano de 1988 por iniciativa da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo), órgão este ligado à Secretaria Estadual de Ciência e Tecnologia, com o objetivo de promover o intercâmbio e a troca de conhecimentos entre instituições e universidades nacionais e internacionais, posteriormente, por meio da linha *Bitnet*, a FAPESP possibilitou as primeiros trocas de informações por correio eletrônico, como também, realizou a conexão com uma linha internacional, possibilidade o acesso da rede para instituições educacionais, fundações de pesquisa, entidades sem fins lucrativos e organizações não governamentais (FINKENSTEIN, 2011).

No ano de 1995, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia, por meio da Portaria n. 148 de 31 de março de 1995, a *Internet* restou conceituada como “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comunicação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores”

Após a liberação da *Internet* no ano de 1995, houve uma crescente de endereços eletrônicos brasileiros, sendo que nos dois primeiros anos houve um aumento de mais de 30.000 endereços existentes (FINKENSTEIN, 2011).

1.2 Do funcionamento da rede

O acesso à *Internet* ocorre por meio de um provedor de acesso, o qual faz uso da tecnologia TCP/IP (*Transmition Control Protocol/Internet Protocol)*, permitindo assim que diferentes computadores se comuniquem entre si, sendo necessária apenas a transmissão de informação por meio do pacote de dados (LEONARDI, 2012).

Complementando o modo de funcionamento da rede, LEONARDI (2012, p. 71) explica que:

> O protocolo TCP/IP funciona da seguinte forma: o *Protocolo de Controle de Transmissão* (TCP) divide os dados a ser transmitidos em pequenos pedações chamados de *pacotes* e, após efetuada a transmissão, reúne-os para formar novamente os dados originalmente transmitidos. O *Protocolo de Internet (*IP) adiciona a cada pacote de dados o endereço do destinatário, de forma que eles alcancem o destino correto. Cada computador ou roteador participante do

> processo de transmissão de dados utiliza o endereço constante dos pacotes, de forma a saber para onde encaminhar a mensagem.

Ainda, o endereço de IP é expresso por números, onde cada aparelho eletrônico com acesso a *internet* possui seu endereço próprio, e posteriormente é transformado em palavras pelo protocolo DNS *(Domain Name Service,* este protocolo é utilizado para tornar possível que qualquer aparelho no mundo encontre outro aparelho na *internet* em questão de milésimos de segundo (FINKENSTEIN, 2011).

Complementando o funcionamento da *internet*, os *websites* ou sítios eletrônicos, localizam-se no ambiente virtual, sendo composto por um conjunto de hipertextos acessíveis pelo protocolo HTTP (*HyperText Transfer Protocol),* enquanto isso, as páginas de um site são organizadas por meio de uma URL (*Uniform Resource Locator),* que residem no mesmo diretório de um servidor (GUIMARÃES; NEVES, 2014).

LÉVY (2000) explica que o ambiente virtual é “toda entidade “desterritorializada”, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinado, sem contudo, estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular”

Assim, de forma conjunta, a *internet* e a *WWW* trafegam pelo ciberespaço, local este que possibilita o armazenamento e gerenciamento dos dados e informações recebidas, além de ser um meio de instrumento de comunicação (BITTENCOURT, 2018).

Neste sentido, MONTEIRO (2007, p.07), conceitua o ciberespaço como:

> Quanto à nova noção de espaço que o ciberespaço nos propõe, podemos afirmar que se trata de um local real, porém não físico. É um ambiente onde pessoas do mundo todo podem interagir sem estar, de fato, presentes. É um novo espaço de comunicação, representação e interação. O termo ciberespaço, em sua etimologia, já nos propõe essa nova noção: ciberespaço, ou seja, um espaço diferente, cibernético, com novas possibilidades e implicações.

Nesse sentido, entre as particularidades da *internet* encontram-se os provedores, os quais possibilitam o acesso à rede, sendo interessante mencionar a sua variedade e a influência em relação ao e-commerce (FINKENSTEIN, 2011).

1.3 Dos provedores

LEONARDI (2012) conceitua os provedores de *internet* como a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da *internet* ou por meio dela.

Os provedores são utilizados para conectar determinadas redes locais por meio da tecnologia TCP/IP, com base no protocolo IP, sendo que a ligação entre essas redes ocorre por meio dos cabos de fibra óptica espalhados pelo globo, o que possibilita a constante transmissão de informações, dentre a longa lista de provedores existentes, podemos citar o Provedor de *Backbone* ou de Estrutura; o Provedor de Acesso ou de Conexão; o Provedor de Hospedagem; o Provedor de Conteúdo, dentre outros que serão apresentados posteriormente (CEROY, 2014).

1.3.1 Provedor de *backbone* ou de estrutura.

O provedor de *backbone* é representado pelas pessoas jurídicas que detém o acesso as estruturas de rede capazes de manipular e armazenar grandes volumes de informações, as quais estarão constituídas por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade No Brasil, o principal provedor de *backbone* é representado

pela Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) e a Rede Nacional de Pesquisa (RNP) (LEONARDI, 2012).

Esta espécie de provedor simula o corpo humano, uma vez que o *backbone* possui a função de identificar a rede por onde passa os dados do usuário e, ao mesmo tempo, realizar o envio e o recebimento das informações de um servidor para outro (CEROY, 2014).

1.3.2 Provedor de acesso ou de conexão

O provedor de acesso, ou de conexão, é representado pelas pessoas jurídicas que fornecem aos consumidores o serviço de acesso à *internet*, não sendo necessário o fornecimento de outros serviços, como de correio eletrônico ou a hospedagem de páginas na *web* (LEONARDI, 2012).

1.3.3 Provedor de correio eletrônico

O provedor de correio eletrônico consiste na pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitam o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, além de permitir o armazenamento de mensagens enviadas até o limite de espaço disponível, tudo isso mediante o cadastro de nome de usuário e senha definidos previamente pelo próprio usuário (LEONARDI, 2012).

1.3.4 Provedor de hospedagem

Esta espécie de provedor possibilita o armazenamento de dados em servidores próprios, permitindo o acesso de terceiros de acordo com as condições estabelecidas e mediante remuneração. Ademais, tais provedores podem fornecer plataformas prontas para o uso, como é o caso da publicação de vídeos (Youtube); pesquisa e acesso a outros websites (Google); redes sociais (Facebook; Twitter; Instagram), entre inúmeras outras possibilidades (CEROY, 2014).

1.3.5 Provedor de informação

O provedor de informação é o autor da informação retratada em websites e outros tipos de provedores de conteúdo, inclusive, o autor da informação poderá ser ao mesmo tempo um provedor de conteúdo e de informação, como exemplo, nos casos em que uma pessoa natural mantenha um sítio eletrônico pessoal e lá inclui informações de acesso público (CEROY, 2014).

Ressalta-se que o provedor de informação não deverá ser confundido com o provedor de conteúdo, neste sentido, LEONARDI (2012, p. 74) esclarece essa diferenciação:

> Uma ressalva deve ser feita: a doutrina estrangeira por vezes faz referência à figura do “provedor de informação”, que não se confunde com o “provedor de conteúdo”. Afirma-se que, no âmbito da Internet, a *pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação* é o provedor de conteúdo, ao passo que o *efetivo autor da informação* seria chamado de “provedor de informação”. Entendemos que se deve utilizar simplesmente “autor” e não a expressão “provedor de informação”, evitando-se assim complexidade desnecessária

1.3.6 Provedor de conteúdo

Esta espécie de provedor é retratada por toda pessoa natural ou jurídica que disponibilize na rede, por meio de seus servidores próprios ou um servidor de hospedagem contratado, as informações criadas ou compartilhadas por um provedor de informação, além disso, este tipo de provedor possibilita o compartilhamento de ofertas e produtos, gerando o comércio eletrônico (CEROY, 2014).

Estes são os principais provedores existentes na rede, posto que englobam desde aos grandes portais da imprensa nacional, passando pelos inúmeros *marketplaces* existentes e, até mesmo, os blogs pessoais (LEONARDI, 2012).

2. DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A ideia de comércio eletrônico remonta a época das vendas realizadas pelo telefone e/ou pela televisão, o que pode ser entendido até como a origem da relação de consumo entre fornecedor e consumidor final pelos meios eletrônicos (JANSEN, 2014).

Sobre o surgimento do comércio eletrônico, CALAIS-ALOY (1996, p. 82) disserta:

> Por muito tempo, a única forma de venda à distância foi a venda por correspondência; o vendedor faz suas ofertas por meio de catálogos, prospectos ou anúncios, e o comprador encomenda por via postal. A venda por correspondência existe desde o século 19, e continua usada, mas não é mais a única forma de venda à distância. Desde os anos 1980, processos de telecomunicação são utilizados para contatar os clientes; telefones; telecópia, televisão notadamente.

O comércio eletrônico (*e-commerce),* ou comércio virtual, surgiu a partir da evolução da *internet*, sendo que seu principal objetivo seria otimizar os processos de venda de produtos ou serviços, eliminando assim os intermediários existentes e, com isso, acelerar a globalização da economia, ultrapassado instantaneamente as barreiras de tempo e espaço anteriormente existentes, ainda, importante salientar que o comércio eletrônico difere-se da *internet*, uma vez que esta representa o meio de difusão de informações no mercado de consumo (GUIMARÃES; NEVES, 2014).

Deste modo, destacando a natureza da *internet* como de meio, COELHO (2006, p; 48), relata que “comércio eletrônico é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços em que a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico realiza-se no ambiente da rede mundial de computadores.”

Complementando esta definição, NETO (2001, p.29), assevera que:

> O comércio eletrônico pode ser definido como a compra e venda de produtos e bens pela Internet. Existe aí uma distinção que tem efeitos práticos. Alguns entendem que somente os bens que circulam pela rede é que caracterizam o comércio eletrônico, ou seja, produtos que podem ser transferidos de uma máquina para a outra, tais como programas de computador, o projeto arquitetônico de uma casa, uma música digitalizada, o conteúdo de um livro, etc. Podemos chamá-los como produtos de bits. Outros entendem que todos os produtos adquiridos pela Internet fazem parte do comércio eletrônico. A diferença é que esses são entregues pelo correio ou empresas de transporte. Ou seja, são produtos de átomos. Alguns autores também fazem a distinção designando como

> comércio direto a prestação de serviços e comércio indireto, a venda de bens físicos.

Por fim, atualmente a melhor definição sobre o tema é feita por Maria Eugenia Filkenstein (2011, p. 52) que define o comércio eletrônico como “uma modalidade de compra a distância, na qual são recebidas e transmitidas informações por meio eletrônico”

Com isso, além da compra e venda de produtos virtuais e físicos, como livros digitais e objetos materializados, é possível a contratação e oferta de serviços, cuja execução, inclusive, poderá ser feita de forma virtual, como é o caso do *homebanking,* onde as instituições financeiras permitem a seus clientes, por meio de *websites* ou até mesmo aplicativos de *smartphones*, a realização de serviços, como a transferência de valores, operações com cartão de crédito, pagamento de boletos e monitoramento de suas contas (GUIMARÃES; NEVES, 2014).

Com o crescimento do comércio eletrônico nas redes é essencial, além de saber defini-lo, como também saber reconhecê-lo, neste norte, LAWAND (2003, p. 29) apresenta quatro elementos necessários para utilizar os benefícios do comércio eletrônico:

> Linha telefônica;
> Um grupo mínimo de *hardware* e *software;*
> Uma assinatura de serviços em um provedor de acesso à Internet;
> Conteúdo multimídia, ou seja, o próprio site ou loja virtual.

O comércio eletrônico alavancou os negócios realizadas pelas empresas, uma vez que facilitou o processo de negociação tornando as vendas mais rápidas, práticas, além de promover a redução de custos. Assim, evidente que dentre as principais vantagens trazidas pelo comércio eletrônico, tanto para os fornecedores quanto para os consumidores, encontram-se a economia de tempo; o fornecimento e entrega de produtos e serviços em qualquer local do mundo; o alcance de comercialização em nível mundial; além da diminuição do custo de funcionários e de espaço físico, todavia, o comércio eletrônico também apresenta suas desvantagens, como a insegurança quanto ao pagamento dos bens adquiridos ou apenas a não confiança no sistema de compra (GUIMARÃES; NEVES, 2014).

Apesar das desvantagens existentes, o comércio eletrônico permanece em crescente ascensão no Brasil, conforme o relatório Webshoppers de 2016 realizado pela consultoria Ebit/Nielsen, o varejo virtual brasileiro faturou a quantia total de R$ 44,4 bilhões de reais, o que representa um aumento de 7,4% comparado ao ano de 2015, além disso, no ano de 2016 houve um total de 47,93 milhões de novos consumidores, feito este que representa um aumento de 22% comparado ao ano anterior (ARAÚJO, 2017).

Em 2020, devido a pandemia decorrente da COVID (Novo Coronavírus), houve uma maior adoção do comércio eletrônico pelos consumidores, o que ficou demonstrado pela pesquisa *Webshoppers,* realizada pela consultoria Ebix/Nielsen, onde houve um crescimento das vendas de 41% em comparação ao ano de 2019, além de 13 milhões de consumidores realizaram a sua primeira compra online durante a pandemia, fato este que possibilitou o melhor desempenho do e-commerce brasileiro em 13 anos, sendo realizados 194 milhões de pedidos, ou seja 30% a mais de pedidos do que no ano de 2019, o que possibilitou o faturamento de R$ 87,4 bilhões de reais (INGIZZA, 2021).

Assim, o advento do comércio eletrônico, fazendo uso das novas tecnologias proporcionadas pela *internet*, possibilitou que os consumidores adquirissem produtos

diretamente dos fornecedores, sem a necessidade de intermediadores e sem precisarem sair de suas casas (JANSEN, 2014).

Além disso, já em 2011, FILKENSTEIN (2011, p. 56) ensinava que:

> É corrente o entendimento de que o maior obstáculo para o total e completo desenvolvimento do comércio eletrônico é de ordem cultural, impedimento este que tende a diminuir com as novas gerações, que, cada vez mais, crescem em contato com o mundo virtual.

2.1 Das formas de contração pelo *e-commerce*

O e-commerce permite a interação entre qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo através da rede, com isso, torna-se necessário a divisão e, consequente, classificação dos modelos de contratação disponibilizados, os quais podemos citar o *Business to Business* (B2B); *Business to Consumer* (B2C) e o *Consumer to Consumer* (C2C).

2.2 *Business to business* (B2B)

A forma de contratação B2B permite uma interatividade entre as empresas e seus fornecedores diretos, tanto de mercadorias quanto de prestação de serviços, feito este concretizado por meio da *internet* (VANCIM, 2009).

Sobre o modelo de negócio B2B, LAGE (2018 *apud* GOMES, 2017) define que "compreende as negociações realizadas entre agentes econômicos com a finalidade de viabilizar ou aprimorar a sua atividade econômica, tratando-se, portanto, de negócios-meio com intuito de atrair os seus negócios-fim (b*usiness to consumer)"*

O B2B é a modalidade de contratação que permite um grande volume de transações comerciais eletrônicas, com o envolvimento de valores vultuosos, uma vez que envolve grandes corporações que buscam a compra e venda de matérias primas necessárias para a continuidade de suas atividades, Dentre as negociações realizadas nesta modalidade, podemos citar a compra e venda de produtos e o fornecimento de prestação de serviços, todas estas negociações podem ser realizadas por meio da *internet*, através de portais específicos, muitas vezes pertencentes às próprias corporações (LAGE, 2018).

2.3 Business to consumer (B2C)

Nestes casos, as empresas na qualidade de fabricantes ou distribuidoras de produtos ou serviços, realizam a venda de seus produtos aos consumidores finais, caracterizando assim o varejo eletrônico (FINKENSTEIN, 2011).

Trata-se da forma de contratação eletrônica mais comum no mercado, todavia, não significa ser o modelo mais executável, posto que muitas das contratações ocorrem por meio de um contrato de adesão, onde as cláusulas contratuais são inseridas e estipuladas previamente e de forma unilateral por umas das partes, normalmente a mais privilegiada, feito este que apresenta uma desigualdade jurídica em comparação as demais formas de contratação (VANCIM, 2009).

2.4 Consumer to consumer (C2C)

A forma de contratação C2C compreende as negociações realizadas entre consumidores, ou seja, partes que não possuem o status de corporações, ocorrendo diretamente por portais específicos da *internet*, conhecidos como *marketplaces,* como por exemplo, o Mercado Livre (VANCIM, 2009).

A prática do C2C relembra o comércio primordial, ou seja, o conceito básico de comércio entre as pessoas, com o fornecimento de um produto ou serviço em troca de uma quantia monetária (CONTENT, 2019).

Destaca-se que, conforme relatado por VANCIM (*apud* ABRUSIO. 2003) esta forma de contratação não representa uma relação de consumo, uma vez que não está presente a condição de vulnerabilidade entre as partes, considerando que ambas se encontram no mesmo nível.

2.5 Dos modelos de negócios na *internet*

A aplicação do comércio eletrônico possibilitou a criação de diversos modelos de negócios dentro da *internet*, em inúmeros *sites* diferentes, sendo possível a atuação como canais primários ou secundários de comercialização, Dentre os principais modelos, é possível citar os sites de fornecedores ou lojas virtuais; os sites de intermediários, como por exemplo os *marketplaces;* os portais empresariais, pertencentes às grandes companhias e responsáveis por reproduzir a forma de contratação B2B; e os leilões virtuais (SANTOS, 2012).

2.6 Das lojas virtuais

A partir da democratização da *internet* e a sua liberação para toda as camadas da população, as grandes empresas decidiram investir no seguimento do comércio eletrônico, o que foi representado pela criação das lojas virtuais, trazendo atrativos aos consumidores, como a comodidade e agilidade na concretização da compra de um produto (ARAÚJO, 2017).

Os fornecedores, representados pelas grandes empresas e empreendedores, utilizam a *internet* como um meio de comercialização de seus produtos e serviços, seja de maneira exclusiva ou como forma complementar ao seu comércio físico, já previamente distribuída por lojas ao redor do mundo, além disso, as lojas virtuais trazem para o adquirente, seja ele pessoa física ou jurídica, a segurança que a compra está sendo realizada com o fornecedor correto, reduzindo as possibilidades de fraude (SANTOS, 2012).

Neste sentido, ARAÚJO (2017, p.120) disserta:

> Característica de loja virtual, fundamental para a sua identificação, é o ambiente em que os produtos serão oferecidos, ou seja, a tela do site que identifica visualmente o seu nome de domínio na Internet e que se constitui numa espécie de vitrine onde serão apresentados os produtos ofertados, com descrição e detalhes, cálculo de fretes, sistema de pagamentos, acompanhamento de pedidos, áreas de busca de produtos e outros, num conjunto de informações e funcionalidades produzidas por um software onde o consumidor irá transitar.

Nas lojas virtuais, a forma de contratação poderá ser realizada entre empresas (B2B), como também, entre o fornecedor e o consumidor final (B2C), desenvolvendo a clássica relação de consumo regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor (SANTOS, 2012).

2.7 Dos *marketplaces*

O mercado de consumo eletrônico de bens e serviços, liderado pelas lojas virtuais, teve grande aceitação e prestígio pelos consumidores, e assim, surgiram os *marketplaces*, que são um modelo de negócio onde vendedores independentes anunciam e vendem seus produtos ou serviços em um espaço virtual. (AUTILIO; FONSECA; MARQUES, 2019).

Este modelo de negócio ganhou força nos anos 2000, nos Estados Unidos, quando a Amazon possibilitou que vendedores independentes utilizassem o seu portal *online* para divulgar e concretizar a venda de seus produtos e serviços. Na América Latina, estratégia similar foi utilizada pelo Mercado Livre (ou *Mercato Libre),* onde vendedores independentes e, até mesmo, pessoas físicas, poderiam realizar a compra e venda de produtos (AUTILIO; FONSECA; MARQUES, 2019).

As plataformas de *marketplaces* vem sendo o principal meio de vendas do comércio eletrônico brasileiro, o que ficou ainda mais evidenciado durante a pandemia de COVID-19, posto que m muitas empresas e lojas, apostaram nesse segmento (MENDONÇA, 2018).

Os *marketplaces* diferem-se do comércio tradicional e das lojas virtuais porque as plataformas detentoras dos portais eletrônicos não são, em regra, os fornecedores dos produtos e serviços ofertados, com isso, poderão ser ofertados bens e serviços tanto por pessoas jurídicas (B2C), quanto por pessoas físicas (C2C), com isso, as plataformas realizam a intermediação entre as pontas da relação de consumo, realizando a ligação entre as ofertas apresentadas pelos fornecedores de bens e serviços e os consumidores interessados nestas. Para tanto, os *marketplace* recebem uma remuneração determinada, que pode ser desde um comissionamento por cada transação concluída, até um valor fixo mensal preestipulado (LOPES; RAFFO, 2020).

2.8 Dos leilões virtuais.

Assim como os *marketplaces,* onde podem ser concretizadas operações B2C e C2C, foi desenvolvido o modelo de negócio conhecido como leilões virtuais, os quais, assim como os leilões comum, segue o mesmo princípio, qual seja, a disponibilização de um produto ou serviço pelos fornecedores, dentro de um portal virtual, sendo estipuladas as condições necessárias para que o bem seja arrematado e, assim como os *marketplaces,* as plataformas de leilão virtual também disponibilizam seus espaços mediante uma remuneração específica, que poderá ser desde uma comissão sobre os negócios realizados, até uma taxa fixa pré-determinada (SANTOS, 2012).

3. DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade surgiu desde os tempos primitivos do homem, onde a reparação de eventual dano consistia na vingança imediata contra o ato sofrido, ou seja, de acordo com a Lei de Talião, aplicava-se a expressão "*olho por olho, dente por dente".* Posteriormente, durante o Império Romano, iniciou-se a distinção entre os delitos públicos dos delitos privados, e, sobre os conceitos de pena e reparação. Neste período, a Lei *Aquilia* estabeleceu um princípio regulador da reparação do dano, o que consistia que, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar, referido princípio foi absorvido pelo Direito

Francês, onde foi separada a responsabilidade civil da responsabilidade penal, com isso, restou desenvolvida a culpa *in abstrato,* diferenciando a culpa delitual da culpa contratual, criando assim o entendimento de responsabilidade civil com base na culpa. Com o advento do Código Civil de 1916 foi utilizado como princípio geral a regra da responsabilidade subjetiva aplicada no direito francês e, posteriormente, foi introduzida a responsabilidade objetiva (PAESANI, 2012).

Tais questões estão enraizadas no *códex* brasileiro, estando prescritas nos artigos 186 e 927:

> Art.186 Aquele que, por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito;
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O instituto da responsabilidade civil gera a obrigação em reparar eventual dano causado, independente da ocorrência de culpa ou dolo, sendo esta obrigação considerada de natureza pessoal (PASANI, 2012).

A responsabilidade civil subdivide-se em duas situações, sendo a primeira relacionada ao inadimplemento contratual, enquanto a segunda pela prática do ilícito contratual, gerando assim a responsabilidade extracontratual (TEIXEIRA, 2015).

A responsabilidade contratual decorre da violação de norma fixada em contrato pelas partes envolvidas, comprometendo assim a relação existente e, consequentemente, obrigando a parte violadora a restituição do prejuízo vivenciado pela outra, que normalmente é realizado por meio de perdas e danos, por outro lado, a responsabilidade extracontratual, ou responsabilidade aquiliana, resta configurada pelo nexo causal, o efetivo dano e a violação de norma legal, feito este que a difere da responsabilidade contratual, sendo que a parte violadora deverá ressarcir eventual prejuízo sofrido pela outra, ainda poderá ser dividida em duas correntes, quais sejam a teoria da culpa, ou responsabilidade subjetiva, e a teoria do risco, ou responsabilidade objetiva (TEIXEIRA, 2015).

3.1 Da responsabilidade civil subjetiva

A teoria da culpa parte da ideia da violação de um dever ou obrigação preexistente, sendo que o ato ilícito perpetuado pode ocorrer por duas formas, seja por dolo, quando há a intenção de praticar o ato reprovável, ou por culpa, quando o ato ilícito ocorre por negligência ou imprudência do autor (TEIXEIRA, 2015).

A culpa configurada, seja ela intencional ou não, poderá produzir eventual resultado danoso, sendo que a reparação apenas ocorrerá quando houver efeitos no plano patrimonial ou moral do prejudicado, assim, o Código Civil prevê em seu artigo 927, *caput,* a responsabilidade objetiva, com base na teoria da culpa, onde deverá ser comprovada a culpa do infrator para que assim ocorra a reparação dos danos (TEIXEIRA, 2015).

3.2 Da responsabilidade civil objetiva

Os primeiros preceitos com base na teoria do risco surgiram devido a casos muito específicos, como de acidentes de trabalho ou transportes ferroviários, posto que estas áreas estavam associadas ao risco de dano sofrido por seus praticantes, neste sentido, a teoria prevê uma eventual presunção de culpa (TEIXEIRA, 2015).

A responsabilidade objetiva é baseada na teoria do risco, ou seja, haverá a obrigação de reparar o dano praticado independentemente de culpa, além disso, pode ser dividida em dois tipos, a responsabilidade pura, que consiste na responsabilização perante a lei, e a responsabilidade impura, sendo que neste caso o agente indenizador está vinculado a atos praticados por um terceiro. Com o passar do tempo, a regra geral de aplicação da responsabilidade subjetiva no direito brasileiro passou a ser alterada, sendo aplicada, especialmente em casos de direito do consumidor, a responsabilidade objetiva (TEIXEIRA, 2015).

3.3 Da responsabilidade civil na *internet*

A *internet* possibilita a realização de inúmeras atividades e transações entre pessoas ao redor do mundo, fato este que amplifica a atuação da responsabilidade das partes em caso de eventual ilícito praticado, sendo aplicável a responsabilidade subjetiva, como também a objetiva, aos fornecedores de bens e serviços e aos indivíduos que os adquirirem (PAESANI, 2012).

Neste sentido, PINHEIRO (2009) disserta:

> Considerando apenas a *Internet,* que é mídia e veículo de comunicação, seu potencial de danos indiretos é muito maior que de danos diretos, e a possibilidade de causar prejuízos a outrem, mesmo que sem culpa, é real. Por isso, a teoria do risco atende às questões virtuais e a soluciona de modo mais adequado, devendo estar muito bem associada à determinação legal de quem é o ônus da prova em cada caso. No Direito Digital, a responsabilidade civil tem relação direta com grau de conhecimento requerido de cada prestador de serviço e do consumidor-usuário também. Nenhuma das partes pode alegar sua própria torpeza para se eximir da culpa concorrente.

Com isso, um dos principais pontos da *internet* refere-se à responsabilização pelos feitos praticados e publicados na rede, seja de forma direta, ou intermediada pelos provedores específicos, neste sentido, a jurisprudência vem debatendo sobre a responsabilidade aplicada, com certa prevalência da responsabilidade objetiva, ante a inexistência de culpa (ZANATTA, 2010).

Assim, em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendeu como objetiva a responsabilidade da plataforma de *marketplace*, ante ao não cumprimento das obrigações pelo fornecedor perante o adquirente do produto comercializado.

> Indenizatória. Comércio eletrônico. *Marketplace.* Aquisição de produto que não é entregue pela empresa vendedora. Responsabilidade solidária do mantenedor da plataforma e da empresa vendedora. Cancelamento da compra e estorno das parcelas que ocorre já no curso da demanda. Perda superveniente de objeto dos respectivos pedidos. Dano moral. Valor corretamente arbitrado. 1. A causa de pedir se funda na aquisição de produto por comércio eletrônico que, malgrado pago, não é entregue. 2. A tese de ilegitimidade passiva há merece acolhida. A aquisição do produto se deu como fruto da confiabilidade que o consumidor deposita no site

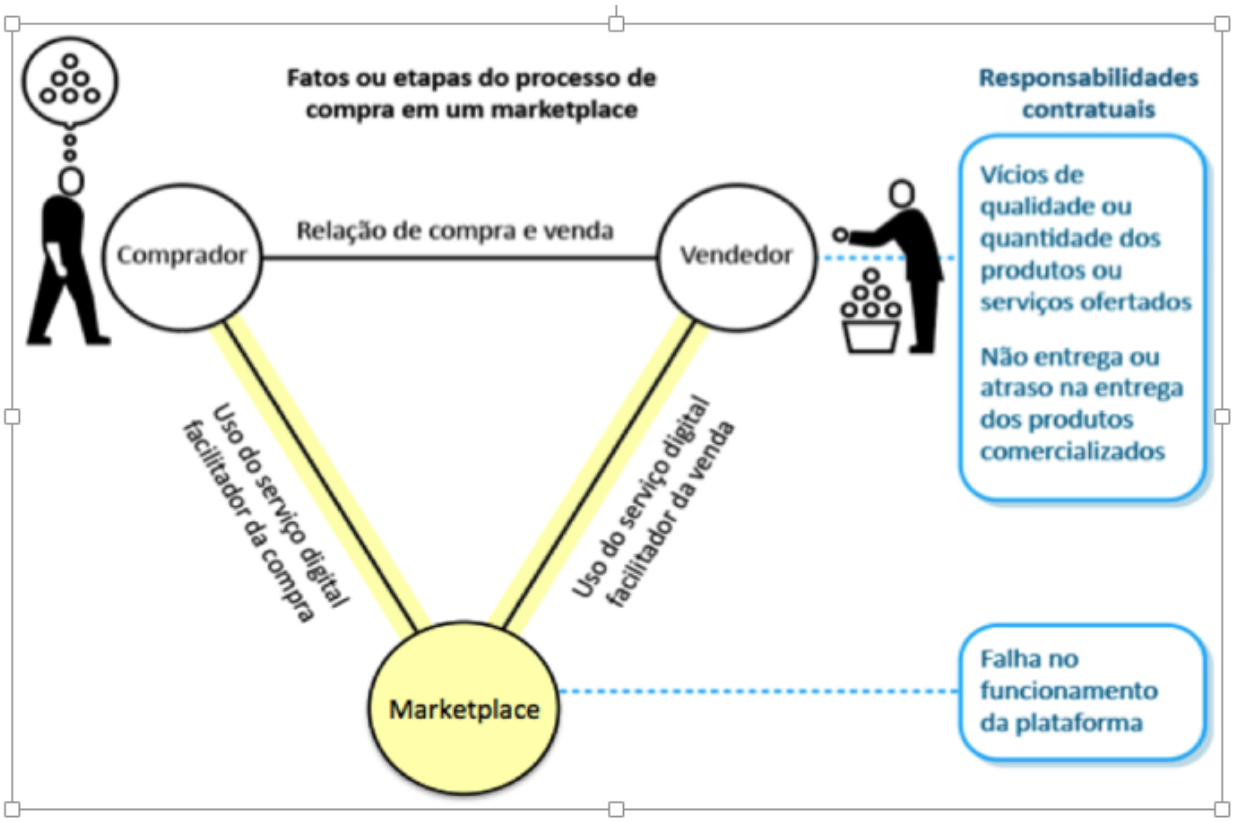
> sendo a ré que inclusive lança as parcelas no cartão de crédito da autora. A parceria existente entre a ré e aqueles que comercializam através do *site* beneficia aos parceiros comerciais que tem de arcar com os ônus da parceria visto que acolhido pelo CDC a Teoria do Risco do Empreendimento. Adequam-se as os litigantes aos conceitos de consumidor e fornecedor do CDC, o que atrai a incidência da norma de consumo e, via de consequência, enseja responsabilidade objetiva e solidária aos integrantes da cadeia de consumo de que trata a demanda. 3. O cancelamento da venda realizada somente veio a ser realizado no curso da demanda, reconhecendo a autora no curso da demanda a recomposição das perdas materiais. Tal enseja perda superveniente do objeto quanto aos pedidos de cancelamento dos descontos das parcelas no cartão da autora e estorno das parcelas já pagas. 4. O dano moral advém da postura abusiva e desrespeitosa da empresa que negligencia aos rogos de solução do problemas ao que se soma o constrangimento visto que o produto não entregue seria presenteado à filha da autora. Considerar o valor da compra e o período de mais de 5 meses para ver cancelada a compra e estornados os valores, observada a data das reclamações apresentadas, o valor arbitrado pelo sentenciante de R$ 5.000,00 se mostra justo e adequado. 5. Recurso parcialmente provido para extinguir o feito sem julgamento do mérito em relação aos pedidos de cancelamento dos descontos das parcelas no cartão da autora e estorno daquelas já pagas ante a perda superveniente do objeto nos termos do art. 485 inciso VI do NCPC. Apelante: B2W Companhia Digital (Submarino.com). Apelada: Angela Aparecida Cabral Teles. Relator: Des. Marco Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2020.

3.4 Da responsabilidade civil dos *marketplaces*

A discussão sobre a responsabilidades das plataformas, não apenas as vinculadas ao modelo de negócio *marketplace,* é antiga e não se restringe apenas ao Brasil. A constante transformação do comércio eletrônico e a popularidade do modelo trazido pelos *marketplaces* tornou necessário que o judiciário apresentasse soluções sobre o tema, contudo, inicialmente, cumpre demonstrar de que forma são efetivadas as negociações de compra e venda ou de prestação de serviços, por meio dos *marketplaces,* entre os fornecedores e o consumidor final (AUTILHO; FONSECA; MARQUES, 2019).

O CDC estabeleceu a relação jurídica de consumo, caracterizada pelo consumidor final e pelo fornecedor, o qual está definido no artigo 3º do referido *códex,* estando incluído todas os participantes do ciclo extrativo-produtivo-distributivo. Porém, quanto a responsabilidade pelo produto ou serviço negociado, o artigo 12º do CDC inclui apenas o fabricante; o produtor; o construtor e o importador, não sendo assim incluído o comerciante/intermediário (TEIXEIRA, 2015).

Imagem 1 – Etapas do processo de compra e venda em uma plataforma *marketplace*



Fonte: AUTILHO, Pedro; FONSECA, Pedro Leal; MARQUES, Ricardo Dalmaso, **Marketplaces e alocação de responsabilidades na triangulação comercial.** 2019.

Neste sentido, a imagem 01 representa de forma clara a relação de consumo existente entre os fornecedores e o consumidor final, enquanto a plataforma de *marketplace* encontra-se no meio, auxiliando as partes na compra e venda de produtos. Destaca-se que a imagem retrata as responsabilidades de cada parte, sendo que, eventuais danos ao produto não são de responsabilidade do intermediário, conforme previsto no artigo 3º, inciso VI do Marco Civil da Internet, uma vez que os provedores de serviço podem ser responsabilizados de acordo com as suas atividades (AUTILHO; FONSECA; MARQUES, 2019).

Além disso, considerando que as plataformas de *marketplace* enquadram-se como provedores de conteúdo, são responsáveis apenas por eventuais falhas no funcionamento de seu portal, não sendo responsabilizadas pela segurança ou garantia do produto adquirido, posto que não estão inseridos no rol do artigo 3º do CDC, assim, não são contemplados como fornecedores de produtos ou serviços (TEIXEIRA, 2015).

Ressalta-se que as plataformas de *marketplace* podem ser consideradas como provedores de conteúdo, conforme recentemente decidido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgarem o Recurso Especial n. 1.383.354/SP:

> O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos caracteriza uma espécie do gênero provedoria de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários

Com isso, o espaço fornecido pelas plataformas de *marketplace,* ora intermediadores, possibilita a conclusão das negociações pelas partes, sem que haja qualquer outra responsabilidade por parte destes, uma vez que seu objetivo é apenas aproximar os fornecedores de seus consumidores (TEIXEIRA, 2015).

Quanto ao espaço proporcionado pelos *marketplaces* é possível realizar uma analogia com os *shoppings centers* e seus administradores, posto que da mesma forma que estes empreendimentos, as plataformas não podem ser responsabilizadas pelos produtos negociados, uma vez que apenas disponibilizam o espaço para a venda de produtos por vendedores independentes. Neste sentido, foi o entendimento do Ministério Público de São Paulo ao firmar um Termo de Ajuste de Conduta – TAC com a plataforma Mercado Livre, onde restou reconhecida a inexistência de responsabilidade da plataforma perante vícios ou defeitos praticados pelos usuários durante as relações comerciais (AUTILHO; FONSECA; MARQUES, 2019):

> CONSIDERANDO QUE o MERCADOLIVRE não se qualifica, nos termos da Lei nº 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor”), como fornecedor dos produtos anunciados por usuários no site “www.mercadolivre.com.br”, não sendo, por conseguinte, objetiva ou solidariamente responsável pelos seus eventuais vícios ou defeitos (fatos), tampouco por eventual inexecução do negócio jurídico de compra e venda realizado direta e exclusivamente entre *anunciantes/vendedores e compradores;* CONSIDERANDO QUE o MERCADOPAGO não se qualifica, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, como fornecedor dos produtos vendidos ou comprados por seus usuários, com a utilização dos seus serviços de gerenciamento de pagamentos, não sendo, por conseguinte, objetiva ou solidariamente responsável pelos seus eventuais vícios ou defeitos (fatos); 1.1 Com exceção da hipótese prevista no item 1.2 abaixo, as partes reconhecem e declaram que o MERCADOLIVRE e o MERCADOPAGO não são objetiva ou solidariamente responsáveis pelos eventuais vícios, defeitos (fatos), estado, qualidade, funcionamento e demais características intrínsecas dos produtos anunciados por usuários no site “www.mercadolivre.com.br”, tampouco por eventual inexecução dos negócios jurídicos de compra e venda realizados direta e exclusivamente entre *anunciantes/vendedores e compradores,* ficando autorizados, por conseguinte, a manter nos “Termos e condições gerais de uso do site MercadoLivre” e nos “Termos e condições de uso do MercadoPago” as cláusulas pelas quais sejam informados os usuários os limites de sua responsabilidade.

O MPSP ao firmar o referido TAC possibilitou a aplicação do entendimento da inexistência de responsabilidade dos *marketplaces*, quando os danos ao produto forem ocasionados por problemas no próprio item adquirido. Da mesma forma, o Tribunal de Apelações de Buenos Aires, na Argentina, proferiu decisão no caso *Kosten vs MercadoLibre,* onde discutia-se a responsabilidade da intermediadora pela não entrega do produto adquirido. Para a solução desta questão, o tribunal argentino buscou respostas na Diretriz 2000/31 da Comunidade Europeia (AUTILIO; FONSECA; MARQUES, 2019).

Sobre a decisão proferida pelo tribunal argentino, AUTILIO; FONSECA; MARQUES (2019, p, 09) resumem:

> O critério adotado foi relativamente simples: se o provedor da plataforma agir de forma ativa, ou seja, se possuir ingerência e conhecimento a respeito da veracidade e acuidade das informações disponibilizadas pelos vendedores independentes, poderia ele ser responsabilizado por eventual vício de qualidade, quantidade ou não entrega do produto comercializado pelo vendedor

> independente. Por outro lado, afirmam os julgadores argentinos, se o provedor é um “mero canal”, agindo de forma “neutra, meramente técnica e automática”, não há que se falar em responsabilização, até porque, este não possui qualquer contato prévio com o produto anunciado.

Neste sentido, os tribunais brasileiros passaram a utilizam a mesma tese apresentada pelos tribunais argentinos, qual seja, de que o intermediário responderia apenas por aquilo que lhe pertença ou detenha conhecimento, com isso, o STJ acolheu a ilegitimidade passiva do *marketplace* em ação que pretendia responsabilizar o portal por fraude perpetuada por vendedor autônomo

> DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/79. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FRAUDE PERPETUADA POR TERCEIROS. UTILIZAÇÃO DE ANÚNCIO NO SITE MERCADO LIVRE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73 AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO SÍTIO VEICULADOR DO ANÚNCIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> [...] *a responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada ao veículo de comunicação, visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo (*AgRg nos EDcl no Ag nº 1.360.058/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 27/04/2011).

Da mesma forma, os tribunais pátrios passaram a seguir o entendimento apresentado pelo STJ, como é o caso do processo julgado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

> Apelação. Direito Empresarial. Ação cominatória de abstenção de uso de marca. Comércio Eletrônico. Modalidade conhecida como ‘marketplace’, que consiste em uso de plataforma intermediadora para negociação entre vendedor e consumidor. Responsabilidade limitada à disponibilização de anúncio. Não comprovação de oferta ativada após a notificação da requerida. Ônus da prova que compete à autora. Inteligência do art. 373, I, do CPC. Sentença mantida. Apelo desprovido. [...] Impende ressaltar que esta conduta empresarial não significa, no entanto, que a intermediadora da relação em “*marketplace”* não gere qualquer responsabilidade. Em rigor, a intermediadora é responsável, na medida em que, após ser informada da concretização de que determinada venda realizada esteja maculada de qualquer ilegalidade (pois não se exige um controle prévio), tem a obrigação legal de suprimir o anúncio publicitário de sua plataforma. Sua responsabilidade fica adstrita a estes termos, razão pela qual não podem ser acolhidos os pedidos exordiais relacionados à contrafação, uso de marca, indenizações por danos morais e materiais, os quais só podem ser direcionados diretamente contra o vendedor.

Com isso, determinados tribunais passaram a reconhecer a ilegitimidade passiva e a não responsabilidade das plataformas, quando ocorrer a culpa de terceiro, fundamentado nos artigos 4º, inciso II e 14º do CDC, contudo, tais decisões não são pacificadas, sendo comum o entendimento contrário, para a aplicação da responsabilidade dos *marketplaces*, em relação aos vícios ou danos ocorridos na relação de consumo (AUTILHO; FONSECA; MARTINS, 2019).

A partir deste ponto, aplica-se o entendimento da responsabilidade objetiva, com caráter subsidiário ao intermediador, sendo necessário comprovar a ocorrência de responsabilidade solidário. Com relação ao defeito do produto, a responsabilidade

aplicada aos intermediadores é a subjetiva, com exceção dos casos previstos no artigo 13º do CDC (TEIXEIRA, 2015).

Neste norte, o próprio STJ proferiu decisão acolhendo a tese de responsabilidade objetiva do intermediador, ante a ocorrência de falha do serviço.

> DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. 1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC. 2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade da mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação do fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido.

Tal entendimento, inclusive, também passou a ser aplicado pelas tribunais estaduais, como se verifica no acórdão proferido pela 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento dos autos nº 2010.075444-1, onde foi dado provimento para responsabilizar a plataforma de *marketplace* pela não entrega do produto adquirido pelo consumidor final, contudo, necessário destacar que, no julgado retro, a decisão não foi unânime, sendo que de acordo com a fundamentação do Desembargador Luiz Fernando Boller, não restou configurada a responsabilidade da plataforma de *marketplace.*

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALEGADO DANO DE CUNHO MATERIAL E MORAL PELO INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UM APARELHO DE TELEVISÃO. COMÉRCIO ELETRÔNICO. CONDENAÇÃO DO PORTAL NA WEB QUE CONCEDEU HOSPEDAGEM AO VENDEDOR, PELO PREJUÍZO INFLIGIDO EM RAZÃO DA NÃO ENTREGA DO PRODUTO ADQUIRIDO PELO DEMANDANTE. INSURGÊNCIA DA RÉ SUSTENTANDO SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM.* EMPRESA MANTENEDORA DO ENDEREÇO ELETRÔNICO 'SHOPPING UOL', QUE APENAS DISPONIBILIZOU PARA CONSULTA NA INTERNET, A OFERTA PUBLICADA PELA LOJA VIRTUAL '*MUNDY VARIEDADES'.* SITE QUE EXERCEU ATIVIDADE DE VEÍCULO DE INFORMAÇÃO E PROVEDOR DE PESQUISA. RESPONSABILIDADE QUE SOMENTE PODE SER ATRIBUÍDA AO FORNECEDOR ANUNCIANTE QUE NÃO ENVIOU A MERCADORIA. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR QUE IMPLICA NA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. EXEGESE DO ART. 267, INC. VI, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> "*Realmente, não há como imputar a responsabilidade à UOL pelos danos sucedidos à autora em razão do não recebimento da mercadoria negociada única e diretamente com a ré Eletrocorp. Somente esta é que poderá ser caracterizada na relação de consumo como fornecedora (art. 3º do CDC), a ser responsabilizada por dar azo ao descumprimento do contrato de compra e venda realizado pela internet, e sobre a qual deve recair a legitimidade passiva para reparar os*

> *prejuízos narrados, exclusivamente. [...] O site UOL não é o fornecedor e nem tem relação de consumo com o usuário da internet que adquiriu o produto da primeira acionada, pois, do contrário, fácil seria imaginar o alto risco a que os veículos de mídia ou de comunicação estariam submetidos, caso eles passassem a arcar com corresponsabilidade por todos os produtos e serviços neles anunciados, sem que, nem ao menos, pudessem intervir em seu controle quanto à qualidade e cumprimento contratual ou auferir lucros pela respectiva venda" (*Apelação Civel nº 2010.075444-1, de Papanduva, Relatora: Desª. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Julgada em 27/03/2012).

Neste sentido, evidente a ampla discussão sobre a aplicação da responsabilidade em relação aos portais de marketplace, considerando que a legislação ainda é muito simplista quanto ao tema, caberá a jurisprudência buscar um norte a ser seguido, fato este que torna-se ainda mais crucial, posto que com o passar dos anos e com o crescimento da popularidades destes portais, as demandas judiciais sobre o tema serão ainda mais comuns no judiciário brasileiro (AUTILHO; FONSECA; MARQUES, 2019).

Assim, caberá ao judiciário fundamentar uma tese sobre o tema, seja pela aplicação da responsabilidade objetiva, incluindo os provedores como integrantes da cadeia de consumo, seja pela aplicação de sua responsabilidade apenas de acordo com a suas atividades, conforme previsto pelo MCI. De todo modo, considerando que os *marketplaces* são benéficos aos consumidor, uma vez que possibilitam a compra de produtos e serviços *online,* caberá a estes interessados terem a ciência da responsabilidade de cada um dos participantes da relação pelo fato criado, sendo que o fornecedor poderá responder pelo produto fabricado e negociado, enquanto que o intermediador poderá responder pela *modos operandi* da interligação entre as partes (AUTILHO; FONSECA; MARQUES, 2019)

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa é fruto da convivência e observação, a nível profissional, das novidades e atualizações que permeiam o mundo digital. Devido a esta aproximação, surgiu a curiosidade sobre a efetiva responsabilidade dos portais de *marketplaces* em face dos negócios e transações realizadas de maneira virtual.

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.

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

CONCLUSÃO

Ante a constante globalização e a utilização da *internet,* verificou-se que o comércio eletrônico se tornou peça fundamental na vida das pessoas e das próprias corporações. A partir deste foco, é possível prever que a sociedade continuará evoluindo no caminho de tornar as relações e negociações mais ágeis e práticas.

Ademais, notável mencionar os modelos de negócios trazidos pelo comércio eletrônico, com o foco especial nas plataformas de *marketplace,* as quais são responsáveis pela crescente utilização da *internet* pela população brasileira e pelo popularidade das negociações virtuais, as quais podem ser realizadas direto de suas casas, sem a necessidade de locomover-se até as lojas físicas.

Neste sentido, importante destacar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro que enquadrou as plataformas de *marketplace* como provedores de conteúdo, uma vez que estas possibilitam o alcance de pessoas em qualquer região do globo terrestre.

Como demonstrado no teor desta monografia, a responsabilidade civil dos intermediadores, de acordo com os tribunais brasileiros, não é pacífica, uma vez que muitos doutrinadores e juristas entendem pela inclusão destes na relação de consumo, sendo assim, responsáveis solidariamente pela qualidade na prestação dos serviços ou na entrega dos produtos adquiridos.

Todavia, há entendimentos diversos, com a aplicação do MCI, juristas e doutrinadores compreendem que os *marketplaces* devem ser responsabilizados apenas pelas atividades que possuem conhecimento e que realizem, não podendo responder pela entrega dos serviços ou produtos adquiridos em suas plataformas, uma vez que estes são negociados por vendedores independentes.

Neste sentido, verifica-se que futuramente haverá um momento em que a doutrina e a jurisprudência entraram em consenso para definir o que é mais benéfico ao consumidor brasileiro em relação as negociações virtuais trazidas pelos populares. *Marketplaces.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; marco civil da internet; direito digital.** Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, 2017.

AUTILHO, Pedro; FONSECA, Pedro Leal; MARQUES, Ricardo Dalmaso, **Marketplaces e alocação de responsabilidades na triangulação comercial.** 2019. Disponível em:

https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/marketplaces-e-alocacao-de-responsabilidades-na-triangulacao-contratual-21092019. Acesso em: 01.04.2021.

BIEGEL, Stuart. **Beyond our control?** Confronting the limits of our legal system in the age of cyberspace. Cambridge: The MIT Press, 2001.

BITENCOURT, Manoela. O comércio eletrônico internacional e o conflito de leis no espaço. In: XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS, 27, 2018, Porto Alegre. **Anais eletrônicos**. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/96775ig7/ SEq2DFDGvGAh1Luz.pdf. Acesso em: 09.04.2021.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Brasília, 10 jan, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada .htm>. Acesso em: 15.03.2021.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do consumidor.** Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15.03.2021.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. **Marco civil da internet.** Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei /l12965.htm>. Acesso em: 15.03.2021.

BRASIL. Ministério de estado das comunicações. **Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995**. Aprova a norma nº 004/95 - uso da rede pública de telecomunicações para acesso à internet. Disponível em: https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/normas-do-mc/78-portaria-148. Acesso em: 07.04.2021.

BRASIL. Ministério Público de São Paulo. **Termo de ajuste de conduta de 28 de março de 2015**, firmado na Ação Civil Pública de autos nº 0179673-03.2007.8.26.0100, em trâmite na 13ª Vara Cível da comarca de São Paulo/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mercado-livre-nao-responsavel-lesoes.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.107.024/DF**. Recorrente: Antônio de Carvalho Zemuner. Recorrido: Mercadolivre.com Atividades de Internet Ltda.. Relator: Ministra Isabel Gallotti. Brasília, 1 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1110325&num_registro=200802643482&data=20111214&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 01.04.2021.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.354/SP**. Recorrente: Citizen Watch do Brasil S/A. Recorrida: Mercadolivre.com Atividades de Internet Ltda e Outros. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1257503&num_registro=201300742989&data=20130926&peticao_numero=-1&formato=PDF> Acesso em: 01.04.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.639.028/SP**. Recorrente: Ebazar.com.br Ltda. Recorrido: Reinaldo Elias e Outros. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 11 de abril de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71426704&tipo_documento=documento&num_registro=201601691898&data=20170419&formato= PDF>. Acesso em: 01.04.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº0012492-28.2019.8.19.0010**. Apelante: B2W Companhia Digital (Submarino.com). Apelado: Angela Aparecida Cabral Teles. Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DACAB89D5ADFA 714540C0D594592BA38C50D1E326319> Acesso em: 01.04.2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2010.077945-0**. Apelante: Universo Online S/A. Apelado: Adriano Marcolin. Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber. Florianópolis, 2 de setembro de 2013. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAEMJoAAZ&categoria=acordao> Acesso em: 01.04.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 1002255-65.2019.8.26.0286**. Apelante: GTSMI Comércio de Bicicletas, Peças e Acessórios Eireli - ME e Outros. Apelado: Magazine Luiza S/A e Outros. Relator: Des. Pereira Calças. São Paulo, 12 de junho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13641252&cd Foro=0>. Acesso em: 01.04.2021.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consummation.** Paris: Dalloz, 1996.
CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 15.03.2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONTENT, Redator Rock. Consumer to consumer: o que é o modelo de comércio eletrônico C2C, 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/c2c/>. Acesso em: 01.04.2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Federal. **Reno vs American Civil Liberties Union.** Case 521 U.S. 844. Julgado em 26 de junho de 1997. Disponível em: < http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/reno.html> Acesso em 15.03.2021.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. **Direito do comércio eletrônico.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GUIMARÃES, Ana Caroline Faria; NEVES, Rúbia Carneiro. O estabelecimento virtual e sua condição de estabelecimento empresarial secundário (filial). **Revista Internacional Panorama of Brazilian Law**, v. 2, p. 357/394, 2014**.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=117ffc1acd844e43. Acesso em: 09.04.2021.
INGIZZA, Carolina. Treze milhões de brasileiros fizeram primeira compra pela internet em 2020. EXAME, 30 mar. 2021. Disponível em: http://www.exame.com/pme/13-milhoes-de-brasileiros-fizeram-primeira-compra-pela-internet-em-2020/. Acesso em: 01.04.2021.

JENSEN, Vinicius de Souza. **Comércio eletrônico:** uma análise da contratação no e-commerce e a responsabilidade civil dos *sites* intermediadores da relação contratual virtual à luz do código de defesa do consumidor e da legislação vigente. 2014. Monografia (Especialização em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/ 129565> Acesso em: 13.11.2020.

LAGE, Lorena Muniz e Castro. A modalidade de comércio eletrônico B2B - uma abordagem à luz do direito civil brasileiro. ***Meritum***, v. 12, n. 1, p. 1-18, jan/jun 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/270198815.pdf>. Acesso em: 01.03.2021.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos.** 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LEONARDI, Marcel. Determinação da responsabilidade civil pelos ilícitos na rede: os deveres dos provedores de serviços de internet. *In:* SANTOS, Manoel J. Pereira dos; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (org.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação.** 2. ed. Saraiva (Série GLaw), 2012, 126-178p.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. *In:* SANTOS, Manoel J. Pereira dos; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (org.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação.** 2. ed. Saraiva (Série GLaw), 2012, 69-85p.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1ª ed. São Paulo:Editora 34, 2000.

LOPES, Layon; RAFFO, Renan. **A responsabilidade dos marketplaces perante os consumidores finais.** Disponível em: https://silvalopes.adv.br/blog/artigos/a-responsabilidade-dos-marketplaces-perante-os-consumidores-finais/. Acesso em: 01.03.2021.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica.** São Paulo: Atlas, 2019

MENDONÇA, Marianna Furtado de. **A responsabilidade dos *marketplaces* em caso de violação de propriedade intelectual.** Revista Consultor Jurídico, 04 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-04/marianna-furtado-responsabilidade-plataformas-marketplace#:~:text=Por%20outro%20lado%2C%20o%20marketplace,para%20fazer%20cessar%20tal%20infra%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 01.03.2021.

MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**, Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em <https://brapci.inf.br/index.php/article/download/7547> Acesso em: 01.03.2021.

NETO, Angelo Volpi. **Comércio eletrônico: direito e segurança.** Curitiba, Juruá, 2001.

NIELSEN, Flávia Angeli Ghisi et al. **Guia prático para elaboração de monografias, dissertações e teses em administração.** São Paulo: Saraiva, 2017PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

RAMOS, Albenides. **Metodologia da pesquisa científica**: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento. São Paulo: Atlas, 2008

SANTOS, Wellington Fonseca dos; SILVA, Michael César;. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. **Revista da Faculdade Mineira de Direito,** v. 15, n. 30, jul/dez. 2012. ISSN 1808-9429. Disponível em: <https://www2.senadoleg.br/bdsf/handle/id/ 496589>. Acesso em: 13.11.2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

VANCIM. Adriano Roberto. O contrato eletrônico no limiar do século XXI. **Jurisp Mineira**, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan/mar. 2009. Belo Horizonte. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8538/1/O%20contrato%20eletr%C3%B4nico%20no%20limiar%20do%20S%C3%A9culo%20XXI.pdf. Acesso em: 07.04.2021.

ZANATTA, Leonardo. **O direito digital e as implicações cíveis decorrentes das relações virtuais.** 2010. 37 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2010. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_direito_digital_e_as_implicacoes_civeis.pdf. Acesso em: 09.04.2021.

A UTILIZAÇÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NOS CASOS MARIANA E BRUMADINHO/MG

José Carlos Heiler[1]
Luis Felipe do Nascimento Moraes[2]

Resumo: O presente estudo aborda os maiores acidentes trabalhistas já noticiados no Brasil ocorridos, respectivamente em Mariana e Brumadinho/MG. Neste aspecto, a importância do tema está pautada na compreensão dos meios utilizados pelo Ministério Público do Trabalho para efetivação dos direitos trabalhistas. Para tanto, trará a lume aspectos processuais do trabalho tais como as ações civis públicas e a importância do referido instrumento na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de demostrar as peculiaridades quanto ao universo de leis esparsas que autorizam a utilização do referido instrumento, bem como as medidas que estão sendo tomadas para que acidentes destas proporções não voltem a acontecer. O desenvolvimento deste estudo foi através do método dedutivo e pesquisa qualitativa, uma vez que foram utilizadas referências bibliográficas encontradas em livros, revistas, jornais, bem como a análise das legislações pátrias e, também dos casos mencionados no título do presente artigo. Observa-se que o processo de reparação dos atingidos pelo —mar de lamaǁ ocorre de forma muito lenta e longe de chegar à resolução completa. Ademais, constata-se que há uma fragilidade nas legislações que tratam da segurança de barragens e do próprio poder público.

Palavras-chave: Ministério Público; Ação Civil Pública; Processo do Trabalho; Efetividade dos Direitos Trabalhistas.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, baseia-se na atuação do Ministério Público do Trabalho e a utilização das Ações Civis Públicas para a efetivação dos direitos trabalhistas. Portanto, possui o escopo reflexivo e comparativo, uma vez que busca por meio de casos práticos, verificar quais direitos e garantias trabalhistas efetivamente foram assegurados após o rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho/MG; maiores acidentes trabalhistas da história do Brasil.

Neste contexto, o Ministério Público do Trabalho tem atuado como representante das partes em ambos os casos, possuindo a prerrogativa de propor inquérito civil, medidas liminares e Ações Civis Públicas, além da possibilidade de propor diversos recursos e cumprimentos de sentença na esfera laboral, visando tutelar direitos sociais de forma coletiva.

Neste ínterim, passados mais de 04 anos, do fatídico desastre ocorrido na barragem de Fundão em Mariana/MG, onde trabalhadores tiveram suas vidas ceifadas, exsurgem diversos questionamentos.

Embora o Ministério Público do Trabalho e demais órgãos atuantes tenham unido esforços para amparar as famílias e a população das regiões afetadas, na prática, denota-se que pouca coisa efetivamente mudou após a —vitóriaǁ do MPT na Justiça. O mesmo se verifica quanto ao rompimento da barragem —Mina do Feijãoǁ localizada no Município de Brumadinho/MG, passado um pouco mais de 01 ano do acidente.

Em que pese, os mecanismos processuais utilizados pelo MPT se apresentem como meio de acesso coletivo à justiça, permitindo maiores chances de um resultado efetivo, os esforços deveriam estar voltados desde o acidente em Mariana, para maior rigor nas legislações e fiscalizações das barragens, de modo que a impunidade dessas

1. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.
2. Professor Doutor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

grandes empresas fosse reprimida, os responsáveis punidos e, principalmente para que tragédias como estas não caiam no esquecimento e possam ser evitadas.

Portanto, a pesquisa busca fomentar as discussões acerca da utilização e aceitação das Ações Civis Públicas na esfera laboral, apresentando os requisitos para o seu processamento com vistas à efetivação dos direitos trabalhistas que, segundo alguns doutrinadores, estão cada vez mais sendo suprimidos, havendo que se falar numa verdadeira inversão de valores, uma vez que com a reforma trabalhista a norma que antes era considerada uma lei protetora dos trabalhadores passou a ser uma lei de proteção do empresariado.

Para responder tais questionamentos, o presente artigo discute o drama daqueles que perderam seus familiares, moradias e empregos, sejam eles, trabalhadores que atuavam na mineradora de forma direta ou indireta, sejam os ribeirinhos que perderam sua fonte de renda vinda da pesca, ou mesmo os trabalhadores rurais que tiveram suas plantações devastadas pela avalanche de rejeitos, ocasionado pela irresponsabilidade da Mineradora Vale S/A. Igualmente, verifica quais as ações do Ministério Público do Trabalho que obtiveram resultados efetivos nestes quesitos.

1. AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Diante dos crescentes conflitos de massa decorrente das transformações sociais, econômicas, tecnológicas e culturais da sociedade pós-moderna, houve a necessidade da criação pelo Estado de mecanismos que viabilizassem o acesso coletivo à justiça laboral. Neste ínterim, denota-se que o sistema de acesso à justiça adotado em nosso país, resultante da concepção processual individualista dos Estados liberais se revelaram insuficientes e ineficazes para solucionar os referidos conflitos, em virtude da criação dos chamados novos direitos.

Assim, as Ações Civis Públicas ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro para salvaguardar tais direitos, porém, de forma ainda restrita, por meio da Lei Complementar n. 40/81 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Posteriormente, foi instituída a Lei 7347/1985, constituindo seu objetivo precípuo a tutela dos interesses difusos específicos. Com a constitucionalização do processo, houve uma ampliação das hipóteses de cabimento da referida ação, permitindo ao Ministério Público a defesa de outros interesses difusos e coletivos.

Portanto, a partir da Carta Magna de 1988, houve uma preocupação no tocante a prestação jurisdicional efetiva e a duração razoável do processo os quais se consolidaram ainda mais com a positivação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) e a Lei Complementar 75/93, formando assim, um sistema integrado de proteção dos direitos metaindividuais. Deste modo, para melhor elucidar o tema cumpre trazer à baila as ilustres palavras de Melo (2012, p. 151),

> Após o advento da Constituição Federal de 1988, que alterou as funções do Ministério Público do Trabalho e, mais precisamente, com a Lei Complementar n. 75/93, que as regulamentou, é que começaram a ser ajuizadas as ações coletivas preventivas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no âmbito da justiça especializada.

Com efeito, mesmo sendo elevada ao caráter constitucional, tais mecanismos não tiveram aceitação desde logo pelos operadores do direito, e mesmo após as recentes reformas no âmbito laboral, também não houveram previsões acerca das Ações Civis

Públicas na seara trabalhista, necessitando para tanto a utilização subsidiária de outras fontes normativas que não a própria CLT. Segundo Leite (2017, p. 187),

> A jurisdição trabalhista metaindividual compreende na verdade um microssistema de acesso difuso coletivo ou individual homogêneo dos trabalhadores Justiça do Trabalho cuja fonte normativa primária não atende e sim algumas normas que estão positivadas na Constituição, na LACP, no CDC e na LOMPU.

Assim, conforme preleciona o art. 769 da CLT, uma vez omissa a norma processual do trabalho, serão utilizadas legislações esparsas como fonte subsidiária do direito comum. Ou seja, para que o referido instituto fosse utilizado na esfera laboral, mostrou-se plausível que as referidas leis fossem utilizadas. Ademais, após a recente reforma trabalhista, houve a necessidade de um parecer da Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no que tange a alguns aspectos concernentes à aplicabilidade ou inaplicabilidade da legislação processual civil ao processo do trabalho em caso de omissão, e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, tal situação culminou na edição da Instituição Normativa 39 de 2016.

1.1 Legitimidades do Ministério Público do Trabalho para propositura das Ações Civis Públicas no âmbito laboral

No que concerne à legitimidade para propor a Ação Civil Pública, da leitura do art. 5º da lei 7347/1985 infere-se que dentre os legitimados para referido instrumento, tanto na ação principal, quanto na ação cautelar será de titularidade do MPT. O referido órgão é o principal titular e possui o monopólio tanto para propor o inquérito civil na fase extraprocessual, bem como o ajuizamento de ações cautelares, objetivando assegurar um direito futuro ou ainda permitindo que o objeto tutelado em juízo seja entregue aos jurisdicionados de forma antecipada, e na ação principal atua como representante das partes na defesa dos seus interesses. A corroborar com tais afirmações, Nascimento (2014, p. 1007-1008) expressa,

> Compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, o que, a contrário sensu, desautoriza a impetração do importante instrumento processual fora dessas hipóteses.

Vejamos também, o entendimento do E. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao julgar o recurso interposto por uma empresa, em face do Ministério Público do Trabalho sob a alegação de ilegitimidade ad causam do parquet laboral para propositura da ação objetivando a nulidade da decisão proferida pelo MM. Juízo a quo, nestes termos:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. De longa data, não cabe mais discussão acerca da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública na esfera trabalhista, em face do disposto no art. 129, III, da Constituição da República e no artigo 83, III, da Lei Complementar nº 75/1993.

Neste contexto, verifica-se que o Ministério Público do Trabalho poderá atuar tanto na esfera trabalhista, objetivando tutelar os direitos humanos e sociais, mas também, fiscalizando as empresas no tocante as normas de segurança e saúde do trabalho.

1.2 Competência material para o processamento das Ações Civis Públicas na esfera trabalhista

Conforme preceitua o art. 114 da Constituição Federal no que tange as ações de competência material, para propositura das Ações Civis Públicas, o aludido dispositivo estabelece que ao tratar de direitos difusos e coletivos caberá à justiça do trabalho apreciá-los. Neste passo, segundo Carvalho (2011, p. 74),

> Em se tratando de competência material propriamente dita, sempre que a Ação Civil Pública trouxer em seu bojo lesão a direitos transindividuais de índole trabalhista, a competência será da Justiça do Trabalho, por força do disposto no art. 114 caput e inc. IX, da Constituição Federal.

Além disso, conforme se depreende da leitura da lei complementar 75/93 em seus arts. 6º, inciso VII, 83, inciso III, bem como o art. 84 que tratam acerca da competência material do Ministério Público do Trabalho quanto a propositura de Ações Civis Públicas na Justiça do trabalho, verifica-se que as dúvidas acerca da competência material foram dirimidas.

1.3 Competência territorial para o processamento das Ações Civis Públicas na esfera trabalhista

Por outro lado, em se tratando de competência territorial o art. 2 da lei 7347/1985 mostra-se mais específico ao afirmar que o processamento do referido instrumento será das varas de primeiro grau da justiça do trabalho.

Contudo, cumpre destacar que diante das constantes dúvidas quanto ao ajuizamento das Ações Civis Públicas, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Subseção de Dissídios Individuais II, editou a Orientação Jurisprudencial 130 manifestando seu entendimento no seguinte sentido:

> 130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI Nº 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.
> I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.
> II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.
> III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.
> IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

Ou seja, o aludido dispositivo estabelece que, em regra, o ajuizamento da ação será fixado de acordo com o local onde ocorreu o dano e se o referido infortúnio abranger

mais de uma Comarca, Município ou Estado será ajuizado na capital do Estado. É o que se depreende dos ensinamentos de Santos (2018, p.886),

> Como se verifica pelo dispositivo legal supra enunciado, a competência territorial para julgamento da ação civil pública na Justiça do Trabalho é da Vara do Trabalho ou do Juiz de Direito investido na jurisdição trabalhista (art. 668 da CLT) do local onde tenha se verificado o dano. Se o dano for de tal magnitude que extrapole a área territorial da circunscrição da Vara do Trabalho ou do Juiz de Direito Investido na jurisdição trabalhista, o juiz que primeiro conhecer da demanda estará prevento. Não obstante, sobre essa competência funcional territorial, embora à primeira leitura possa induzir em qualificá-la como relativa, em uma análise mais profunda chegaremos à ilação de que sua natureza, não pode ser derrogada pela vontade das partes.

No que tange à competência territorial cumpre destacar uma situação emblemática a título de exemplo ocorrida no Estado de Minas Gerais. Trata-se de um dos maiores acidentes trabalhistas registrados no Brasil provocados pelas mineradoras Samarco S.A, Vale S.A e BHP Billiton Brasil Ltda. No dia 05 de novembro de 2015 a barragem de Fundão se rompeu extravasando grande quantidade de lama composta por rejeitos de minério de ferro que ceifou a vida de 19 pessoas e devastou o subdistrito de Bento Rodrigues, pertencente à região de Mariana/MG até atingir os afluentes do Rio Doce. Ao todo a lama percorreu 36 cidades seguindo o curso do rio, comprometendo o abastecimento de água das populações até atingir o litoral; causando o maior dano ambiental da história do Brasil.

Após o rompimento da barragem, o empreendimento minerário fora embargado pelo poder público competente e cerca de 2800 trabalhadores diretos e a mesma quantidade de trabalhadores terceirizados teve sua fonte de subsistência comprometida, ribeirinhos tiveram a pesca prejudicada e agricultores tiveram seu arrimo de família totalmente devastado. O MPT, juntamente com o MPMG ajuizaram a Ação Civil Pública nº 0012054-83.2017.5.03.0069 endereçando a petição inicial para o Município de Ouro Preto, in casu, as barragens de Fundão e Santarém fazem parte da mina Germano situada no Município de Mariana, localizada na Microrregião de Ouro Preto e da Mesorregião Metropolitana de Belo Horizonte. Tendo em vista que o acidente de trabalho alcançou proporções que se estenderam a diversas cidades, conforme relatado alhures, a jurisdição das Varas do Trabalho da 3ª Região foram distribuídas da seguinte forma: Acaiaca, Diogo de Vasconcelos, Itabirito, Mariana, Ouro Preto conforme o disposto na Lei 6563/1978, Art. 5º e Art. 6º, inciso XIV. Portanto, verifica-se que o ajuizamento da referida ação seguiu o disposto na Orientação Jurisprudencial 130 da SDI – II do TST que obtempera que em se tratando de dano de abrangência regional terá competência para processar e julgar a lide qualquer das Varas das localidades atingidas ainda que estas estejam ligadas a Tribunais Regionais distintos.

1.4 Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Cumpre destacar alguns conceitos concernentes aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, posto que tais conceitos definem a natureza e a titularidade do bem jurídico tutelado, afirmando ainda que os titulares desses direitos deverão estar ligados por alguma circunstância de fato, conforme se depreende das palavras de Neto, direitos ou interesses difusos são transindividuais de natureza indivisível de que

sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único I ei 8.078)ll (2015, p. 1278).

Já os direitos coletivos de natureza transindividual apresentam-se como aqueles que podem ser compartilhados por vários titulares ligados por uma mesma relação fática ou jurídica, ou ainda podem ser caracterizados pelo fato de permitir que haja uma substituição no acesso individual à justiça viabilizando um acesso coletivo aos jurisdicionados, evitando uma insegurança jurídica. Assim, nas palavras de Garcia (2008, p.107),

> Por meio de apenas uma ação, várias pessoas passam a ter a mesma pretensão defendida em juízo. Isso sem dúvida representa economia processual de relevo, possibilitando-se maior celeridade na entrega da tutela pelo Poder Judiciário, decorrente da redução do número de demandas propostas. Além disso, questões iguais passam a ter a mesma solução (decisão), fortalecendo a segurança jurídica e a confiabilidade na prestação jurisdicional.

De outro modo, são considerados interesses individuais homogêneos aqueles que por suas características podem ser divididos e os seus titulares serem perfeitamente identificáveis. Neste sentido, o que caracteriza o direito como individual homogêneo é a origem comum, não importando se existe um vínculo ou uma relação jurídica que una os titulares dos direitos reciprocamente ou com a parte contrária, bastando para tanto, que sejam decorrentes das mesmas circunstâncias de fato. Nesta esteira, preceitua Diniz (2017, p. 298) que,

> São interesses ou direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum (inciso III do art. 81). Encontram-se reunidos por essa categoria de interesses os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Quanto ao direito material coletivo, denota-se que o direito difuso pertence a uma comunidade formada por pessoas indeterminadas. Por outro lado, o direito coletivo pertence a um grupo de pessoas compondo uma comunidade de indivíduos e o direito individual homogêneo seria entendido como aquele pertencente a uma comunidade de pessoas individualizadas, ou seja, um conjunto de vítimas ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato.

Portanto, verifica-se que frente aos constantes conflitos de massa, houve a necessidade da criação de instrumentos capazes de permitir o acesso coletivo à tutela jurisdicional. Assim, as ações civis públicas na seara trabalhista apresentam-se como importante instrumento de efetivação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos permitindo com isso a efetivação dos direitos sociais coletivos.

2. SISTEMA RECURSAL NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Em relação à matéria recursal manejada pelo Ministério Público nas Ações Civis Públicas, entende-se que tais instrumentos serão os mesmos utilizados nas ações trabalhistas comuns, tendo início nas varas do trabalho, observando no caso em destaque, algumas peculiaridades inerentes ao Ministério Público do Trabalho no que tange ao duplo grau de jurisdição.

2.1 Custas e depósito recursal

Como é cediço na seara trabalhista, para que o recurso seja conhecido no segundo grau de jurisdição, é necessário que a parte interessada promova o pagamento das custas e do depósito recursal com o objetivo de garantir a execução futura.

Contudo, quando o MPT for a parte interessada, a CLT estabelece em seu art. 790-A, inciso II que o referido órgão ministerial estará isento do pagamento de preparo tendo em vista a prerrogativa da defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Neste sentido, vejamos o disposto no referido artigo:

> Art. 790-A. São isentos do pagamento de custas, além dos beneficiários de justiça gratuita:
> I – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica;
> II – o Ministério Público do Trabalho.

Parafraseando as palavras de Melo (2012, p. 280) temos que, o objetivo das Ações Civis Públicas em tutelar os interesses difusos e coletivos resulta numa obrigação de fazer, não fazer ou de suportar, dependendo do caso, numa condenação genérica pelos danos causados que sejam irreparáveis aos interesses acima mencionados.

Diante de tais afirmações, o referido autor explica que quando houver condenação nos três primeiros objetos não caberia qualquer preparo prévio, contudo, se houver condenação genérica será necessário que o réu proceda previamente o pagamento do depósito recursal sob pena do apelo manejado pelo mesmo ser considerado deserto.

Por outro lado, as custas somente serão exigidas por parte dos réus, pelas associações quando estas estiverem compondo o polo ativo ou quando os demais legitimados agirem de má-fé quando terão que recolher dez vezes a quantia exigida.

2.2 Legitimidade

Neste ínterim, verifica-se por meio do art. 83, inciso VI da Lei Complementar n. 75/93 que estarão legitimados para recorrer das decisões proferidas em Ações Civis Públicas as partes vencidas e o Ministério Público do Trabalho diante da demonstração de interesse na tutela dos direitos transindividuais. Contudo, antes da edição do diploma legal acima mencionado já havia previsão na CLT acerca da legitimidade do MPT para o processamento de recursos nos Tribunais. Assim, conforme se infere das palavras de Filho apud Leite (2019, p. 287),

> A legitimidade para recorrer do Ministério Púbico em geral também se aplica ao Ministério Público do Trabalho pelo princípio da subsidiariedade do Direito processual comum ao Processo do trabalho (CLT, art. 769), inexistindo qualquer incompatibilidade entre o dispositivo específico da lei instrumental civil e o sistema da Consolidação, tendo em vista o princípio geral de que é inerente à função geral de fiscalizar e de recorrer.

Diante disso, cumpre destacar que a CLT apresenta em seu art. 746, alínea f que compete a Procuradoria – Geral do Trabalho, dentre outras atribuições, recorrer das decisões do Tribunal nos casos previstos em lei. No mesmo sentido podemos extrair do art. 747 do diploma legal acima mencionado que compete as Procuradorias Regionais,

exercer, dentro da jurisdição do Tribunal Regional respectivo, as atribuições indicadas na sessão anterior. Ademais, a Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho se manifestou acerca dos Embargos ao Recurso de Revista no sentido de reconhecer a Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para recorrer em defesa da ordem jurídico-constitucional, in verbis:

> EMBARGOS - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA RECORRER – CONTRATO NULO – ART. 37, II E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
> A C. SBDI-1, modificando jurisprudência precedente, passou a reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para recorrer na defesa da ordem jurídico-constitucional, postulando a aplicação do art. 37, II e § 2º, da CF/88.
> Embargos conhecidos e providos para afastar a ilegitimidade recursal do Ministério Público do Trabalho e determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que prossiga na análise dos demais requisitos do Recurso de Revista.

Nesta senda, nota-se que o Parquet laboral possui legitimidade ad recursum para atuar nos Tribunais Superiores tanto como parte ou mesmo como fiscal da lei, abrangendo seu campo de atuação para propositura de recurso contra decisões proferidas em revisão de acórdão normativo.

2.3 Interesse recursal

Na mesma toada, denota-se que o interesse para recorrer ocorre quando o Ministério Público do Trabalho atua como parte diante de uma situação de sucumbência ou de uma situação jurídica desfavorável. Por outro lado, há a possibilidade de em alguns casos atuar como fiscal da lei, considerando as funções institucionais previstas no art. 127 da CRFB/1988. Parafraseando as palavras de Leite (2019, p. 289) temos que, a interposição de recursos pelo órgão ministerial na justiça do trabalho constituiu poder decisório do parquet laboral quando, em análise ao caso concreto, verificar se há a necessidade para interposição do recurso, constituindo juízo de conveniência e oportunidade a serem averiguados. A corroborar com as afirmações acima descritas, Alvim (2019, p. 897) preleciona que,

> Tanto num como noutro caso, o órgão do Ministério Público persegue, sempre, o interesse público. Por isso, dessa legitimidade para atuar, ou como parte ou como fiscal da lei, decorre sempre o interesse recursal, que, para o Ministério Público, não é aferido da mesma forma que para as partes privadas. Como regra, pode-se dizer que, sempre que o órgão do Ministério Público atue como parte ou fiscal da lei, pode recorrer. O interesse recursal do Ministério Público deflui da legitimidade que a lei lhe outorga para atuar como parte ou como fiscal da lei.

Diante disso, verifica-se que o interesse recursal para interpor recursos na esfera trabalhista está ligado a legitimidade para atuar em defesa do interesse público, ao passo que, poderá propor recurso aos tribunais seja como parte ou como fiscal da lei, quando constatado no caso concreto a sucumbência ou uma situação jurídica desfavorável.

2.4 Efeitos dos recursos

No que tange aos efeitos dos recursos impetrados pelo Ministério Público do Trabalho, nota-se que em regra terão seguimento devolutivo, ou seja, o indeferimento das

pretensões utilizadas pelo Ministério Público em primeira instância implicaria na apresentação de recurso ao Tribunal Regional do Trabalho ou mesmo ao Tribunal Superior do Trabalho devolvendo ao Juízo ad quem a apreciação da matéria vergastada.

Neste sentido, Melo (2012, p. 281) preleciona que na sistemática do art. 899 da CLT, os recursos trabalhistas terão, em regra, efeito meramente devolutivo. Contudo, estabelece o art. 14 da Lei 7347/1985 que o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável a parte. Nesta norte, é imperioso ressaltar que além do efeito devolutivo os recursos poderão ter também a faceta do efeito suspensivo, conforme mencionado anteriormente, mostrando-se perfectível ante os interesses da coletividade que reclamam a proteção imediata sob pena de perecimento do direito pretendido.

2.5 Impugnações das decisões interlocutórias

Como é cediço em matéria processual trabalhista as decisões interlocutórias, incidentes processuais que surgem no curso da ação, não são passíveis da utilização de agravo de instrumento, uma vez que, matérias relacionadas a liminares ou a antecipação de tutela não serão recorríveis de imediato como ocorre na sistemática do processo civil. Neste sentindo o E. Tribunal Superior do Trabalho se manifestou acerca do assunto ao editar a Súmula 414 do TST firmando o entendimento no sentido de adotar o Mandado de Segurança como o remédio adequado quando violado um direito líquido e certo por meio de decisão interlocutória, nestes termos:

> MANDADO DE SEGURANÇA: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES DA SENTENÇA.
> I – A antecipação de tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável por mandado de segurança mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso.
> II – No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.
> II – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar).

Assim, o agravo de instrumento a contrario sensu do que se conhece acerca do processo comum, será utilizado tão somente para destrancar recursos na esfera processual trabalhista quando o seguimento do recurso tiver sido denegado por despacho de admissibilidade.

2.6 Prazos em dobro

No que se refere aos prazos, é importante observar que o Ministério Público gozará de prazo em dobro para recorrer das ações em que for parte ou fiscal da lei, tal prerrogativa decorre do fato do órgão ministerial atuar na defesa do interesse público, ademais, tal benesse se justifica ante a desigualdade entre o Ministério Público e demais órgãos, tais como, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e as partes comuns no processo. Igualmente, cumpre destacar que diante da quantidade de demandas as quais o Ministério Público está obrigado a atuar, sendo aquelas relacionadas à função

institucional, mostra-se plenamente plausível que o referido órgão desfrute do aludido benefício agindo em nome da igualdade substancial.

2.7 Renúncia e desistência dos recursos

Quanto aos atos praticados pelo MPT e a manifestação da vontade em interpor recursos, a questão premente diz respeito a renúncia e a desistência quanto ao seguimento da discussão acerca da Ação Civil Pública levada a apreciação na Justiça do Trabalho.

Assim, é preciso analisar os aspectos peculiares relativos às ações coletivas, de modo que hajam as devidas adaptações, considerando que, ao contrário da sistemática processual individualista, nas Ações Civis Públicas os legitimados coletivos não podem dispor dos direitos metaindividuais, que nos casos que lhes são atinentes, agem por imposição legal.

Igualmente, devem–se vislumbrar quais seriam as consequências em relação aos direitos tutelados caso o MPT viesse a desistir ou renunciar dos recursos em que houvesse a possibilidade para recorrer, haja vista que tais atos poderiam provocar efeitos irreversíveis que afetariam necessariamente os colegitimados. Nesta seara, Melo (2012, p. 284) salienta que,

> É preciso que se analise cada caso para se verificar se tais atos não acarretam realmente prejuízos aos direitos materiais metaindividuais, mesmo que indiretamente, pois como ressaltado no início desse subitem, o efeito avassalador da renúncia ou desistência do recurso é o trânsito em julgado imediato da decisão judicial, cujo efeito erga omnes da coisa julgada material atinge a todos e especialmente os legitimados, que não poderão intentar uma nova ação para discutir aqueles mesmos direitos que embasaram a primeira demanda.

No caso em tela, a questão crucial, diz respeito ao efeito do ato praticado pelo MPT, uma vez que, tal conduta resultaria no trânsito em julgado de imediato da decisão a qual o referido órgão não recorreu, prejudicando os demais titulares no que tange ao ajuizamento de uma nova ação embasada naqueles direitos outrora intentados.

Assim, impende destacar que, caso os legitimados queiram desistir ou renunciar dos recursos, deverão requerer ao Ministério Público sua anuência, sendo que a mesma medida deverá ser adotada no tocante ao litisconsórcio, o qual dependerá da aquiescência de todos os litisconsortes. Por fim, na hipótese da prática dos referidos atos pelo MPT a qual ocorrerá de forma excepcional, tais atos deverão ser levados cautelarmente à Câmara de Coordenação e Revisão da Instituição.

2.8 Irrecorribilidade da sentença homologatória de acordo

Em alguns casos, é possível que as partes firmem acordo e, nesse sentido haverá por parte do Juízo a quo a prolação da sentença homologatória. Caso isso ocorra, o termo que lavrou, terá natureza de decisão irrecorrível. Significa dizer que não caberá recurso contra decisão prolatada por Juízo do Trabalho quando houver acordo entre as partes, objetivando por fim ao litígio. Cumpre notar, que havendo vício na manifestação da vontade entre as partes, haverá um instrumento processual cabível, qual seja, a ação rescisória. Vejamos o teor da súmula nº 259 do TST:

> Súmula nº 259 do TST

> TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
> Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

Portanto, cabe a ação rescisória quando houver alguma irregularidade, vício ou mácula na decisão que se objetiva rescindir. Destacando que o objetivo precípuo da conciliação repousa na livre vontade das partes em por fim ao litígio, portanto, o referido instrumento não retira a importância da conciliação.

2.9 Execução e cumprimento de sentença nas Ações Civis Públicas trabalhistas

Com a prolação da sentença, como ocorre na sistemática processual comum, o autor com o título executivo, provocará mais uma vez a atividade jurisdicional para efetivar seu direito, e o juiz conduzirá por meio de diversas diligências a concretização do direito que foi conferido aos jurisdicionados. Contudo, diante das peculiaridades das ações coletivas lato senso cumpre apontar os aspectos divergentes quanto ao procedimento executivo na seara trabalhista.

Neste compasso, importante destacar que a execução poderá ser intentada de forma coletiva ou individual. Ou seja, quando os direitos envolvidos forem difusos ou coletivos estrito sensu, haverá a necessidade dos autores coletivos ingressarem com a medida executiva e caso estes permaneçam inertes, os legitimados descritos no art. 5º da Lei 7347/1985 poderão exercê-lo, no prazo de sessenta dias e de forma facultativa. Todavia, não havendo nenhum posicionamento dos demais colegitimados, caberá obrigatoriamente ao Ministério Público ajuizar a execução. Assim, nas palavras de Melo (2012, p.288),

> Tratando-se de decisão tutelar de interesses difusos e coletivos, a liquidação e execução da sentença incumbem, em primeiro lugar, ao autor coletivo da ação de conhecimento; se este não tomar as providências no prazo de sessenta dias do trânsito em julgado do decisium, incumbe ao Ministério Público, de forma impositiva, fazê-lo e aos demais legitimados concorrentes, de forma facultativa, promove- la, como decorre do art. 15 da LACP.

No que tange aos direitos individuais homogêneos, a execução poderá ser promovida pelos trabalhadores ou seus sucessores e, caso estes permaneçam inertes, os legitimados descritos no art. 5º da LACP e 82 do CDC poderão fazê-lo, levando-se em conta que os direitos individuais homogêneos decorrem de uma origem comum, a sentença prolatada nos autos consistirá no reconhecimento genérico da obrigação de indenizar. Nesta ordem de ideias, Diniz (2017, p. 322) destaca que,

> Será individual quando referir-se a direitos individuais homogêneos, cujos primeiros legitimados são as vítimas e seus sucessores, podendo ambas as execuções – coletiva e individual – subsistir independentemente, com preferência para a execução individual, conforme exegese do art. 99 do CDC.

Além disso, considerando que tais direitos são restritos aos trabalhadores das empresas, pode ocorrer que os Sindicatos das categorias ou classe ingressem com a liquidação e execução da sentença objetivando evitar a exposição dos obreiros que poderiam correr o risco de ser demitidos. De qualquer modo, Melo (2012, p. 291) ensina que,

> Mesmo nestes casos, a liquidação será individualizada, quando se identifica cada um dos substituídos na ação coletiva de conhecimento e se apura o seu crédito, e, se preciso prova-se o dano sofrido e o nexo com o ato (pelas características do Direito do Trabalho, como regra geral, o dano já restou provado na fase de conhecimento e na liquidação serão apurados apenas os cálculos dos valores devidos).

Em vista disso, caso não ocorra a habilitação dos interessados na liquidação da sentença no prazo de um ano, caberá aos colegitimados intentá-la, sendo certo que a quantia destinada a reparação dos danos serão revertidas para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, na Justiça do Trabalho. A referida homogeneidade, portanto, consistirá apenas no reconhecimento judicial do direito a ser indenizado conforme se infere do art. 95 do CDC. No que tange a execução do título executivo extrajudicial, este poderá ser conduzido pelo órgão público ao qual ajustará o Termo de Conduta e neste aspecto é possível ao Ministério Público firmá-lo, podendo, igualmente, promover a execução do referido título junto a Justiça do Trabalho, nos casos de descumprimento do negócio jurídico, assentado entre o MPT e a empresa.

3. CASO MARIANA E BRUMADINHO - OS MAIORES ACIDENTES DO TRABALHO REGISTRADOS NO BRASIL

Segundo dados colhidos do site oficial da Associação Nacional de Medicina do Trabalho, cerca de 4,2 milhões de casos de acidente do trabalho foram registrados no Brasil de 2012 até 2018, sendo que destes 15.768 resultaram em morte. Contudo, nenhum empreendimento causou dano com tamanhas proporções como as tragédias provocadas pela Vale S.A. ocorridas em Minas Gerais, representado os maiores acidentes trabalhistas já noticiados no Brasil.

Em pesquisa realizada na Ação Civil Pública nº 0012054-83.2017.5.03.0069, a empresa Samarco, controlada pelas acionistas Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda são solidariamente responsáveis pelo empreendimento e pela tragédia que ceifou a vidas dos trabalhadores do complexo minerário Germano. O referido complexo contava com cerca de 2800 empregados diretos e a mesma quantia de trabalhadores terceirizados. Ao todo, em torno de 50 milhões de m³ de rejeito extravasaram da barragem de Fundão culminando na morte de 19 pessoas, dentre estas 14 empregados terceirizados da Samarco e 05 moradores da região, uma vez que no percurso da lama estava o subdistrito de Bento Rodrigues que fora em grande parte devastado pelos rejeitos, deixando grande parte da população desabrigada de forma direta.

Importante mencionar que, o referido dano extrapolou os limites do ambiente laboral propriamente dito. Por meio de dados colhidos da Revista Brasileira de Medicina do Trabalho, a lama de rejeito tóxica atingiu os afluentes do Rio Doce, percorrendo 36 cidades, comprometendo o abastecimento de água da população mineira, além de prejudicar a pesca dos ribeirinhos. Ademais, pessoas que viviam da agricultura tiveram seu arrimo de família totalmente destruído. Não bastasse tamanha destruição, após a suspensão das atividades pelos órgãos competentes a empresa iniciou um Plano de Demissão Voluntária, objetivando reduzir 40% de sua folha de pagamento, para tanto, perpetrou a dispensa de 900 trabalhadores, tal conduta, ampliou ainda mais as consequências trabalhistas geradas pelo mar de lama. Ao tratar de acidentes do trabalho que se tornam tragédias, Freitas e Silva (2019) observam que,

> Ao terem origem nos processos produtivos relacionados à mineração e à disposição dos seus rejeitos, constituem-se primariamente como acidentes de trabalho (ATs) combinados com impactos que se ampliam no espaço (centenas de quilômetros além do local de origem) e no tempo (alterações ecológicas e contaminações cujos efeitos podem se prolongar por anos e décadas), denominados por alguns de acidentes de trabalho ampliados (APAs). Ao mesmo tempo, ao produzirem interrupções e rupturas no cotidiano dos territórios onde ocorrem, com grandes perdas e danos (materiais, econômicos e ambientais) e impactos na saúde das populações que sobrepujarem as capacidades de respostas das comunidades, municípios e regiões mais diretamente atingidas, constituem-se também como desastres.

Igualmente, a Lei 8213/1991 estabelece que, qualquer infortúnio decorrente do trabalho que resulte em lesão corporal ou perturbação funcional que acarretar em morte ou perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho é denominada acidente do trabalho, equiparando-se para os efeitos da referida lei, as doenças profissionais ou ocupacionais, bem como aquelas situações ligadas ao trabalho que, embora não tenham sido a única causa, tenham contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda de sua capacidade para o trabalho ou produzindo lesão que exija atenção médica para sua recuperação, incluindo ainda os acidentes sofridos pelo segurado no local e no horário do trabalho, em razão de situações como, desabamento, inundação, incêndio e outras condições decorrentes de caso fortuito ou força maior.

Sendo assim, a tragédia ocorrida em Brumadinho/MG no dia 25 de janeiro de 2019 causou um acidente com maiores proporções posto que, no caso em comento, houve maior número de vitimados. Conforme dados colhidos pelo Ministério Público do Trabalho na Ação Civil Pública nº (0010261-67.2019.5.03.0028), 271 pessoas foram vítimas deste acidente, sendo 131 empregados próprios da mineradora, 109 prestadores de serviços terceirizados, 20 moradores da região, 11 pessoas, cujos corpos estão soterrados, e os bombeiros permanecem nas buscas para encontrá-los. Além disso, os 13 milhões de m3 de lama que foram despejados pela mineradora, percorreram 250 quilômetros por meio do Rio Paraopeba, atingindo 18 municípios ao longo do rio que fora altamente contaminado por rejeito de minério com elevados níveis de metais pesados.

3.1 A atuação do Ministério Público do Trabalho no caso de Mariana/MG

Precisamente na tragédia ocorrida em Mariana/MG houve o trabalho conjunto de diversos órgãos de modo a investigar a responsabilidade das empresas, bem como as repercussões do ocorrido no meio ambiente de trabalho e as medidas que poderiam ser adotadas para corrigir as irregularidades encontradas no local.

Conforme o sítio de notícias do Ministério Público do Trabalho da 3ª Região, uma força tarefa foi realizada com o propósito de garantir direitos trabalhistas dos empregados afetados pelo rompimento da barragem de rejeitos, de modo a garantir maior agilidade no trâmite das investigações, vejamos:

> O Ministério Público do Trabalho (MPT) criou uma força-tarefa para atuar no caso envolvendo a empresa Samarco Mineração para garantir os direitos trabalhistas dos empregados afetados pelo rompimento da barragem em Bento Rodrigues, em Mariana (MG). O acidente, no dia 5 de novembro, provocou uma onda de lama com rejeitos tóxicos, destruindo inteiramente o subdistrito de Bento Rodrigues e

> devastando boa parte da fauna do Rio Doce. A lama chegou também ao Espírito Santo, afetando a região de Regência, Linhares, Baixo Gandu e Colatina.

Conforme se infere da referida ACP, após o acidente, os técnicos do Núcleo de Emergência Ambiental (NEA) e Fundação Estadual de Meio Ambiente (FEAM) da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) do Estado de Minas Gerais compareceram ao complexo Germano e verificaram a situação de risco aos trabalhadores, população e ao meio ambiente e determinaram que as atividades fossem suspensas até que a segurança no local se restabelecesse.

Destarte, após o procedimento preparatório, que foi realizado com o escopo de apurar se as empresas estavam cumprindo com as normas de saúde e segurança laboral, constatou-se que o Plano de Gerenciamento de Riscos da empresa também teria sido mal executado ou não estaria contemplando as medidas necessárias para diminuir as consequências do acidente.

Nesse sentido, o MPT firmou inicialmente um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), de modo a assegurar proteção preliminar aos empregados diretos e terceirizados que atuavam na mineradora bem com aos ribeirinhos cujo sustento dependia da pesca. Tal medida visava garantir o emprego dos trabalhadores até 1º de março de 2016.

Ato contínuo, ao verificar que a empresa não vinha cumprindo as medidas impostas no TAC, coube aos Promotores de Justiça o ajuizamento da Ação Civil Pública com pedido liminar (processo nº 0012054-83.2017.5.03.0069), cuja finalidade era tutelar os direitos dos trabalhadores e dos moradores de Mariana/MG, assegurando o emprego, levando-se em conta que a empresa já havia dispensado 900 trabalhadores, além de garantir que as normas de saúde e a segurança fossem ajustadas no ambiente laboral para o retorno efetivo das atividades. Ainda, a referida ACP pleiteou a condenação da Samarco e suas proprietárias no montante de 01 bilhão de reais por dano moral coletivo. É importante mencionar que, no caso em comento, a Samarco, Vale S.A. e BHP firmaram um acordo com o Governo Federal e o Governo do Estado de Minas Gerais criando a Fundação Renova, responsável por gerir as indenizações aos atingidos pelo acidente. O livro intitulado — Mar de lama da Samarco na Bacia do Rio Doce‖ organizado por Pinheiro Polignano Goulart e Procópio (2019, p. 82-83) descreve o caso,

> Por outro lado, foi celebrado um acordo entre mineradoras, Governo Federal e o Estado de Minas Gerais. Acordo que demonstra o poder da mineração e a fraqueza do poder público. O acordo impacta severamente a população dos municípios afetados pelo desastre, em Mariana e ao longo de toda a bacia do rio Doce.
>
> Ele cria uma Fundação privada que confere às mineradoras o poder de tratar de cada violação de direitos humanos, sociais, econômicos, culturais e ambientais no varejo. A Fundação Renova, financiada pela Samarco, Vale e BHP, irá acertar o valor das indenizações com cada um dos atingidos, de maneira isolada e, poderá contratar advogados caso os atingidos discordem da indenização proposta. Isso significa que as empresas responsáveis pelo desastre e pelas violações de direitos humanos, dele decorrentes, propõem e negociam um valor de indenização. Se não for aceito pelos atingidos e indiretamente impactados, esses podem utilizar advogados custeados pela própria Fundação para processar ela mesma. Esse mecanismo viola frontalmente as garantias do devido processo legal.

Cumpre destacar que a criação da instituição privada não contou com a participação dos atingidos tampouco dos órgãos intervenientes ao caso em análise, isso

demonstra o desrespeito dessas empresas com a coletividade e indica que as reparações estão caminhando a passos lentos e longe de alcançar uma resolução.

3.2 A atuação do Ministério Público do Trabalho no caso de Brumadinho/MG

Não bastasse o ocorrido em Mariana, 04 anos se passam e a Vale S.A. reincide na responsabilidade por mais uma tragédia, agora no município de Brumadinho/MG, em proporções ainda maiores.

Do mesmo modo que fora relatado anteriormente, o Ministério Público do Trabalho, juntamente com os Sindicatos e demais órgãos promoveram uma força tarefa de modo a levantar as causas do acidente, constatando diversas irregularidades no local, o que evidenciou a negligência e irresponsabilidade da Empresa.

Nesta toada, o MPT ajuizou a ação cautelar antecedente (Processo nº 0010080-15.2019.5.03.0142) objetivando o bloqueio de R$ 1,6 bilhões da empresa Vale S.A.

O referido pedido foi deferido pela 5ª Vara do Trabalho de Betim/MG, sendo que na mesma liminar, houve o deferimento da liberação de seguro de vida aos familiares dos empregados diretos e terceirizados à medida que os corpos fossem encontrados. Após esse posicionamento da Justiça do Trabalho deferiu outros dois acordos liminarmente. O primeiro em 15/02/2019 assegurando aos trabalhadores, dentre outros, o pagamento de verbas rescisórias dos empregados falecidos cujos corpos já tivessem sido identificados e o depósito do salário aos empregados diretos e terceirizados cujos corpos tivessem desaparecidos, além da liberação do seguro de vida.

Em um segundo momento, outro acordo foi homologado ficando assegurado o emprego, salário e parcelas legais e convencionais dos empregados que trabalhavam no local do rompimento da barragem, o fornecimento da Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT, o fornecimento de atendimento médico e psicológico dos empregados diretos, terceirizados bem como aos aprendizes e estagiários, dentre outras medidas que podem ser conferidas nas ações acima mencionadas, ou no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Barragem de Brumadinho/MG, aprovada em 12/09/2019.

Nada obstante, a Ação Civil Pública definitiva (Processo nº 0010261-67.2019.5.03.0028) ajuizada pelo MPT visando tutelar direitos difusos e coletivos, cumulada com Ação Coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos, foi ajuizada em 25/03/2019, sendo as medidas cautelares incluídas na referida ação.

Conforme narrado na aludida CPI, a qual descreve todo trâmite da Ação Civil Pública até o seu deferimento definitivo, a Justiça do Trabalho de Betim/MG, visando assegurar os direitos dos trabalhadores, obrigou a Vale S.A a manter alguns direitos trabalhistas e, finalmente, em 15/07/2019 o Ministério Público do Trabalho juntamente com os Sindicatos firmaram acordo registrado em termo de audiência referente à ACP intentada contra a reclamada, condenada ao pagamento das indenizações aos familiares dos empregados próprios e terceirizados, falecidos ou desaparecidos no desastre.

Neste contexto, constatou-se que houve a atuação conjunta do MPT, Sindicatos da categoria e da comunidade atingida informando e orientando a população quais direitos seriam albergados na Ação Civil Pública e, nessa perspectiva buscou alcançar justa reparação aos atingidos pelo rompimento da barragem. Tais esforços fortaleceram as negociações e impediram que a Vale S.A. entabulasse acordo com os atingidos, pagando baixas indenizações às famílias. No que tange aos trabalhadores que sobreviveram à tragédia, verificou-se que apesar do abalo moral e material sofridos, a estes, foi garantida apenas a estabilidade no emprego pelo período de 03 anos.

CONCLUSÃO

Em que pese, os órgãos responsáveis tenham unido esforços para obter uma resposta mais célere do Judiciário através das Ações Civis Públicas e mesmo que tenham pressionado o poder legislativo com o objetivo de criar leis mais rígidas no que tange a segurança de barragens, contatou-se uma lenta evolução no processo de reparação aos atingidos.

As legislações existentes ainda são muito flexíveis no que concerne ao licenciamento para lavra de minério de ferro no quadrilátero ferrífero. Denota-se que o rompimento da barragem em Mariana e as ações manejadas pelo MPT e demais órgãos não surtiram o efeito pedagógico desejado; posto que, passados 04 anos da tragédia, outra barragem trouxe à tona o pesadelo vivido pela população de Mariana, dessa vez em Brumadinho/MG.

Portanto, a reincidência da empresa em uma nova tragédia demonstra a fragilidade das instituições, uma vez que, temos processos morosos onde o Judiciário não repara de forma digna, o Governo preocupado em reativar a empresa para geração de emprego e renda e, os próprios atingidos que precisam das indenizações, mas também do trabalho; assim, o que vemos é uma sociedade rendida ao capitalismo exacerbado desses grandes empreendimentos que geram consequências avassaladoras à classe trabalhadora.

Ou seja, para que novos desastres não voltem a acontecer, mostra-se necessário que haja maior capacidade de resposta do poder público, maior rigor na fiscalização, uma mudança de conduta das empresas responsáveis pela extração de minério no sentido de adotar efetivamente políticas de gestão de risco e no caso específico de Mariana, um compromisso maior da Vale, BHP e Samarco S.A em relação à Fundação Renova para que cumpra a sua função de forma célere e responsável.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Oliveira (2007, p.37) uma pesquisa que exige um processo de reflexão e analise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam á sociedade de modo geral e não a 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 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).

Ainda, a pesquisa será documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Lima (2008 p.56) — pressupõem o exame ou reexame de materiais que ainda não receberam qualquer tratamento analítico, no objetivo de fundamentar interpretações novas ou complementares sobre o que está sendo investigado‖. Entende-se que os

documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

O método, como forma de explicitar a verdade, busca na dedução, a possibilidade de constatar verdades particulares em verdades universais (ERVO; BERVIAN e SILVA, 2007). O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa foi explicativa pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. Chaves (2002, p.64) enfatiza que esse nível permite identificar as causas da emergência de algum fenômeno. A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho **Orientação Jurisprudencial nº 130**. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI Nº 7.347/1985, ART. 2º.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, **ART. 93** (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25,2627.09.2012<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_121.htm#tema130>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho **Orientação Jurisprudencial Súmula 259**. TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SU M-259>. Acesso em: 29 de jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho Orientação Jurisprudencial **Súmula 414.** MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SU M-414>. Acesso em: 29 de jun. 2020.

BRASIL. Planalto. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil.**Disponívelem:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Planalto**. Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2019

BRASIL. Planalto. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto lei n.º 5.452/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei de Ações Civis Públicas**. Lei nº. 7347/1985. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL.Planalto.**Lei75/1993**.Disponívelem:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp 75.htm >.Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL, Planalto. **Lei nº 6.563/1978**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6563.htm>. Acesso em: 08 de jun. 2020.

BRASIL. **Associação Nacional de Medicina do Trabalho**. Brasil registrou mais de 4 milhões de acidentes de trabalho entre 2012 e 2018. Agosto de 2018. Disponível em:<https://www.anamt.org.br/portal/2018/08/02/brasil-registrou-mais-de-4-milhoes-de-acidentes-de-trabalho-entre-2012-e-2018/ .Acesso em: 29 de Jun. 2020.

BRASIL. **Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais**. CPI da Barragem de Brumadinho Relatório Final. Disponível em: su<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a-legislatura/cpi-rompimento-da-barragem-de-brumadinho/documentos/outros-documentos/relatorio-final-cpi-assembleia-legislativa-mg>. Acesso em: 29 de jun. 2020.

BRASIL, Planalto. **Lei nº 8213/1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20providC3%AAncias. Acesso em: 29 de jun. 2020.

DE CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano**.** Ação civil pública na justiça do trabalho. Particularidades e competência. **Revista Eletrônica - Edição Experimental Ação Civil Pública.** Outubro de 2011.

DINIZ, José Janguiê Bezerra **Ministério Público do Trabalho**: ação civil pública, ação anulatória, ação de cumprimento. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - Ações coletivas e competência para danos de âmbitos regional e nacional. **Revista TST**, Brasília, vol. 74, no 3, jul/set 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira **Direito processual do trabalho.** Jouberto de Quadros Pessoa. – 7. ed. – São Paulo: Atlas 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra **Ministério Público do Trabalho**: doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, NASCIMENTO, Sônia Mascaro **Curso de direito processual do trabalho.** 29. ed. — São Paulo: Saraiva 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro do **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO CASO DA COVID-19

Juliana Tomaselli[1]
Wilson Furtado[2]

Resumo: O presente artigo tem por objeto a responsabilidade civil do Estado no fomento ao direito à saúde, em especial, os impactos causados pela Covid-19 no Brasil. O tema é importante pois as garantias coletivas e individuais previstas na Constituição Federal demandam a responsabilidade civil do Estado diante da crise sanitária atípica que se instalou no País motivada pelo coronavírus. O objetivo é compreender a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19. A metodologia se dá por abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica e também documental, com método dedutivo e aprofundamento descritivo**.** Os resultados obtidos constatam que a responsabilidade civil do Estado é objetiva e que todos os entes federativos têm o dever de efetivar o direito à saúde à população e que, em se tratando de matéria de saúde, em inobservância de normas e critérios científicos ensejar, em tese, a responsabilização civil do Estado, como foi o caso do Governo Federal no planejamento ao combate à Covid-19.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Covid-19; Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a responsabilidade civil do Estado no fomento ao direito à saúde, em especial, os impactos causados pela Covid-19 no Brasil. O período analisado foi a partir de 2020, mas também trouxe dados anteriores à pandemia a fim de identificar os impactos da pandemia Covid-19 no direito fundamental à saúde.

Segundo Cotrim e Cabral (2020), com base nos cálculos do IBGE e CNES e Ministério da Saúde, a população brasileira em 2020, dependente do Sistema Único de Saúde - SUS é de 210.147.125 milhões, perfazendo 77,59% da população brasileira e beneficiários de planos de saúde é de 47.084.565 milhões perfazendo 22,41%. Também, segundo o Ministério da Saúde (2020), em sua Plataforma Integrada de Vigilância em Saúde (IVI), de fevereiro de 2020 a novembro de 2020, foram 5.655.487 milhões de casos confirmados da Covid-19 na população brasileira, com aumento de 5.234 novos casos no período de duas semanas.

Verificando os números de abrangência de atendimento do SUS e o número da população infectada pelo vírus da Covid-19, pode-se identificar a importância de abordar o tema da responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19, pois a saúde foi o principal setor afetado com a pandemia, e atende uma significativa parcela da população brasileira. O tema, ademais, se faz importante para refletir sobre a responsabilidade civil de cada ente federativo no fomento ao direito à saúde diante das situações ocasionadas pela Covid-19.

A iniciativa de pesquisar sobre a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde em casos excepcionais como a pandemia da Covid-19 surgiu com o desafio de afastar o diálogo da esfera do senso comum e evidenciar um diálogo científico para o problema enfrentado, que é a inevitável pandemia da Covid-19 impactando no direito fundamental à saúde conforme o aumento de números de infectados.

Salienta-se que a responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal, no art. 37, §6º. A Constituição Federal, no art. 196, incube ao Estado o dever do fomento ao direito à saúde à população. Portanto, não há de se questionar que o Estado

1. Acadêmica do Curso de Direito em 9º semestre da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Advogado, professor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

tem o dever de agir no caso da Covid-19 ao fomento do direito à saúde. Porém, surge assim o problema: no que se constitui a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde em casos excepcionais pandemia da Covid-19?

De fato, existe uma pandemia inevitável no país e existe a responsabilidade civil do Estado. Não resta a menor dúvida de que todos os entes federativos têm a responsabilidade civil no fomento ao direito fundamental à saúde, mas que a União teria a maior responsabilidade por deter poder em âmbito nacional e por ter mais recursos para repassar aos Estados e Municípios. Os Estados e Municípios também tem ainda a responsabilidade de aplicar esses recursos e de criar medidas diante do caso concreto da Covid-19. O fato é de que o Estado não pode ser omisso ao caso concreto da pandemia que se alastrou pelo mundo e atinge o Brasil em proporções alarmantes, e o que se espera com esse artigo é esclarecer qual a extensão da responsabilidade de cada ente, já que as legislações foram omissas em relação aos casos excepcionais.

Os conteúdos foram organizados em três tópicos principais, sendo o primeiro o direito constitucional à saúde. O segundo tópico versa sobre a atuação e responsabilidade do Estado no fomento ao direito fundamental à saúde. O terceiro tópico exibe os efeitos da Covid-19 na responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde. Ao final, apresentados os procedimentos metodológicos e as considerações finais.

1 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

1.1 Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988

Não há de se questionar que a preocupação com a saúde é um fato inerente à condição humana, contudo, a trajetória da saúde pública no Brasil, segundo Bonavides (2009, p. 2163), “tem início no século XIX, após a vinda da Corte portuguesa, com algumas ações de combate à lepra e à peste e algum controle sanitário, especialmente sobre portos e ruas”. Seguindo sua trajetória histórica explicitada nos ensinamentos de Bonavides (2009), somente na década de 1930 é que a estruturação básica do sistema público de saúde tem início com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs) porém, a saúde não era universalizada, atendia apenas os trabalhadores que contribuíam com os institutos de previdência.

Foi em 1988 que o direito à saúde foi amplamente alterado no Brasil, com a Carta Magna de 1988, que “alinhou-se a um grupo de pelo menos nove países pelo mundo, entre a América e a Europa” (BONAVIDES, 2009, p. 2164) e promulgada a Constituição Federal de 1988, como marco principal das garantias sociais, com os artigos 196 a 200 da Constituição Federal no que se refere ao direito à saúde. O art. 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e ele se faz garantido mediante políticas sociais e econômicas que tenham o viés de reduzir o risco de doenças e de outros agravos à população bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde torna-se um direito social, pertencentes à ‘segunda dimensão’ ou ‘geração’, que, conforme conceitua Martins (2020, p.30), “os ‘direitos de segunda dimensão’ ou ‘geração’ são os direitos sociais, como a saúde, educação, o trabalho, a assistência aos desamparados”. Sendo um direito social e de ‘segunda dimensão’, o Estado passa a ter o dever principal de fazer, agir e implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos, e atribuídos, não mais apenas

aos trabalhadores contribuintes dos institutos de previdência, como era anteriormente e sim, para toda a população.

O Direito à Saúde, segundo Hogemann (2020), por ser um direito social legitimado na Constituição Federal, pertencentes aos direitos fundamentais, está apto a produzir efeitos, independente de disposições legislativas, portanto, é um direito assegurado a todos e tem como principal ator, o Estado. Para efetivar o direito fundamental à saúde, dando subsídio para a população, foi criado, em 1988 pelos constituintes, o Sistema Único de Saúde (SUS). Ademais, o direito fundamental à saúde também é efetivado a partir da criação de políticas públicas, e também da promulgação das leis de fomento à saúde.

1.2 Políticas públicas e a garantia constitucional à Saúde

O direito à saúde é um direito social, de eficácia imediata e dever do Estado, que pode ser classificado como um problema público. Segundo Secchi (2013 p.2) "uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público", portanto, para dar subsídios ao direito à saúde para a população, ou seja, para resolver o problema público, não basta somente a criação legislativa, há que se elaborar também, as políticas públicas executadas pela administração.

Destaca Rios (2012 *apud* HOGERMANN, 2020) a eficácia imediata e direta do direito fundamental à saúde vai além do poder judiciário, ela abrange políticas públicas bem definidas e bem executadas pela administração, onde alcança outros patamares, observadas as condições jurídicas e fáticas pertinentes. As políticas públicas, como aponta Ciarlini (2013), têm como objetivo atender o direito fundamental à saúde seguindo os critérios de universalismo, onde essas políticas são planejadas e mutáveis conforme a situação fática em que a sociedade se encontra, em consonância com a ampliação do próprio conceito de cidadania.

A concretização dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, é mais complexo do que os outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como os direitos individuais e políticos. Observa Barroso (2019), que essa concretização depende de prestações positivas e sujeita-se a escolhas políticas e alocações de recursos, que seriam previstas nas políticas públicas. Sem previsão de ações positivas de fomento à saúde nas políticas públicas, esse direito não seria efetivado. Segundo Secchi (2013), as políticas públicas são efetivadas e concretizadas em forma de programas públicos, projetos e leis, além de ações desenvolvidas pelos Estados, Distritos Federais e Municípios para atendimento ao fomento à saúde.

1.3 Sistema Único de Saúde

Para efetivar o direito fundamental à saúde dando subsídio para a população, foi criado, em 1988 pelos constituintes, o Sistema Único de Saúde (SUS) com a missão de garantir acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

A lei nº 8080/90 é a lei que instituiu as disposições do SUS, e em seu art.1º estabelece a responsabilidade universal dos agentes promotores da saúde, não só o Estado como principal ator, podendo se estender conjuntamente a todos os atores sociais, tanto públicos quanto privados. Portanto, o art.1º retira o caráter exclusivo da responsabilidade civil do Estado no fomento ao direito à saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal, e traz a figura da responsabilidade para o ente privado

também. Conforme o art. 2º da promulgada lei, por mais que haja extensão dos agentes promotores da saúde, é ainda, dever do Estado promover e garantir as condições indispensáveis para atender a população no direito fundamental à saúde.

Segundo o Ministério da Saúde (2020), o Sistema Único de Saúde é composto pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios, conforme determina a Constituição Federal, onde cada ente tem suas corresponsabilidades. Portanto é de responsabilidade dos entes da União, Estados e Distrito Federal e Municípios, a efetivação desse direito à saúde, sendo a União com a figura fiscalizadora do Ministério da Saúde, os Estados e Distrito Federal com as secretarias especializadas para a gestão de saúde e os Municípios com a execução das ações e serviços no âmbito do seu território. Os Estados, Distrito Federal e Municípios formulam suas próprias políticas públicas de saúde com suas devidas ações, e a União formula a política nacional de saúde, mas não realiza ações.

1.4 Leis complementares de fomento à saúde

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inserindo o direito fundamental à saúde no rol dos direitos sociais, surgiu a necessidade de criação legislativa de diversos âmbitos da Federação para atender essa demanda imperativa. Assim, foram criadas leis que complementam o dispositivo constitucional e dispõe sobre o direito fundamental à saúde. Nesse sentido, existem leis que atendem o âmbito da União, com sua eficácia a nível nacional, também leis voltadas ao âmbito estadual, onde cada estado estabelece suas diretrizes aplicáveis somente àquele Estado e leis municipais com eficácia à nível daquele Município especificamente.

Os municípios, além das leis orgânicas e Plano Municipal de Saúde, contam com conselhos de saúde, que visam a efetivação da participação da comunidade. Ciarlini (2013) destaca que a participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e dos serviços públicos de saúde, se dá por intermédio das conferências e dos conselhos de saúde, sem prejuízo da criação de outros mecanismos de participação da sociedade civil na gestão do sistema.

2. A ATUAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 Breve exposição da responsabilidade civil no direito positivado

A Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade civil do Estado, e adotou como regra a responsabilidade objetiva, na qual não se exige a demonstração de culpa, apenas exigindo que se mostre o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano. A responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal, no art. 37, *caput,* Brasil (1988), que aponta os protagonistas dessa responsabilidade, que seriam a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e os princípios a serem obedecidos que são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Há que se ressaltar, que o dispositivo legal em questão, em seu §6º define a dimensão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, que responderão pelos danos que seus agentes, que

nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Segundo a doutrina, o direito brasileiro adota a 'teoria do risco administrativo', que atribui ao Estado a responsabilidade civil do risco da atividade administrativa devendo apenas verificar a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. Conforme o ensinamento de Cavalieri Filho (2010), a 'teoria do risco administrativo' importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria seria uma expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. Enfatiza que "toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que tem que verificar é, apenas a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado". (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243).

Na jurisprudência também prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal perante a 'teoria do risco administrativo', exegese dada ao art. 37, §6º, da CF, em seu Recurso Extraordinário nº 163/1107-1108, relator Ministro Celso de Mello, STF (2020), que destacou que essa teoria foi consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, que confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção de responsabilidade civil objetiva, faz emergir que a mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, por si só, já impõe o dever do Estado de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Estabelecidos os pressupostos que caracterizam a responsabilidade civil do Estado, ainda há a figura da responsabilidade civil subjetiva, que é dada aos agentes públicos. Quando um particular se sentir lesado por algum agente, ou então por alguma ação ou omissão causada por agentes públicos, o particular poderá processar o Estado para que o Estado possa apurar a responsabilização do agente. Santos (2020) observa que se trata do princípio da dupla proteção: a primeira, em favor do particular, que pode processar imediatamente o Poder Público por danos decorrentes de atos ou omissões que seus agentes públicos causarem e a segunda, em favor do próprio agente público, que responderá somente perante a pessoa jurídica estatal a qual estiver vinculado.

A responsabilização dos agentes públicos dependerá da demonstração de culpa e o art. 37, §6º da Constituição Federal assegura à Administração o direito de regresso contra o responsável, que se reveste de caráter subjetivo, porque pressupõe dolo ou culpa do agente. O Código Civil, no art. 43, também prevê a modalidade de regresso das pessoas jurídicas de direito público interno aos seus agentes responsáveis dos atos lesivos, caso comprovado culpa ou dolo.

Em sua defesa, segundo Mello (2014, p. 1033), "se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência - antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade". Ainda, há no ordenamento jurídico causas de exclusões da responsabilidade total ou parcial. As causas de exclusão total ou parcial da responsabilidade, conforme Bolzan (2020), são o 'caso fortuito' e 'força maior' e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

O 'caso fortuito' seria decorrente de ação humana e de 'força maior' seria decorrente da força da natureza, como catástrofes naturais. Almeida (2020, p.513) afirma que "os Tribunais Superiores não fazem mais distinção entre caso fortuito e força maior na maioria de suas decisões, considerando apenas ambas as causas como excludentes de

responsabilidade do Estado". Conceituando a culpa exclusiva da vítima ou culpa de terceiro, Almeida (2020, p. 515) esclarece que é "quando a vítima do evento danoso for a única responsável pela sua causa", ou seja, a própria vítima rompe o nexo causal do ocorrido. Porém, como observa Almeida (2020, p. 516) "quando a culpa for concorrente (e não exclusiva) da vítima, não haverá exclusão da responsabilidade do Estado, mas atenuação".

Cumpre destacar que, conforme o Decreto nº 20.910/32, o prazo prescricional para particular propor ação de reparação contra a pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos é de 5 anos.

2.2 Responsabilidade Civil do Estado em casos excepcionais

Diante do direito positivado na Constituição Federal, no art. 196, e também no entendimento doutrinário da 'teoria do risco administrativo' consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, não há de se questionar que o Estado tem o dever de agir no caso da Covid-19 ao fomento do direito à saúde, porém surge assim o problema: no que se constitui a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde em casos excepcionais pandemia da Covid-19?

Ao longo da história humana as pandemias sempre estiveram presentes. Ujari (2020) destaca que na história antiga as pandemias seriam descritas como pragas e à medida que a ciência foi evoluindo entendeu-se que as grandes pandemias sempre foram associadas à influenza, com um grande nível de contágio. A pandemia mais avassaladora e que se assemelha mais ao caso da pandemia da Covid-19 foi a gripe Espanhola, em 1918, que dizimou cerca de 300 mil brasileiros. Outras pandemias também ocorreram no Brasil como a influenza em 1957, a gripe de Hong Kong em 1968 e a H1N1 em 2009.

Diante da pandemia, como exemplo na gripe Espanhola, a figura da responsabilidade civil do Estado veio à tona, com a criação de diversas medidas a fim de neutralizar e evitar maiores impactos na saúde da população, como medidas de isolamento social, uso de máscara, fechamento de escolas, eventos, entre outras, que estão sendo repetidas na pandemia da Covid-19. Ademais, a figura da responsabilidade civil do Estado foi questionada na época em jornais como a Gazeta de Notícias, que, segundo a Fiocruz (2020) publicou em 15/10/1918 a seguinte matéria jornalística: "O Rio é um vasto hospital: a invasão da influenza espanhola a desídia criminosa do governo".

O direito positivado brasileiro segundo a ótica da responsabilidade civil do Estado, mesmo diante do histórico de diversas pandemias já enfrentadas, é omisso quanto pandemias ou casos excepcionais no que tange a responsabilidade civil do Estado. Nesta seara, no dia 14 de maio de 2020 foi editada uma medida provisória pelo Presidente da República, MP 966/2020 que tratava sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Essa Medida Provisória previa que os agentes públicos poderiam ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa somente se agissem ou se omitissem com dolo ou erro grosseiro com os atos e medidas relacionadas à Covid-19, afastando assim a 'teoria do risco administrativo', afrontando o dispositivo constitucional, em seu art. 37, §6º e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em seu art. 2, §2º, a MP 966/2020 conceituava o erro grosseiro e erro manifesto como "evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia" e afastava a

responsabilidade civil objetiva do Estado afirmando que o “mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público”.

Foram ajuizadas sete ações de declaração de inconstitucionalidade (ADIs), alegando a inconstitucionalidade da MP 966/2020. Vale destacar o voto do relator, ministro Roberto Barroso, ao decidir as ADIs, em declarar que a jurisprudência do STF já decidiu que “em matéria de saúde e de proteção as ações devem observar padrões técnicos e evidências científicas sobre a matéria, além dos princípios da prevenção e da precaução, que recomendam a autocontenção no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício de alguma ação ou medida” (STF, 2020).

Em seu voto, o relator Roberto Barroso estabeleceu algumas diretrizes para configurar o erro grosseiro no ato administrativo. Segundo o ministro, “para que se configure como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos” (STF, 2020). Ato contínuo, afirma em sua tese, que “a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente dos mesmos parâmetros, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos” (STF, 2020). A MP 966/2020 teve seu prazo de vigência encerrado em 10 de setembro de 2020.

2.3 Responsabilidade civil dos entes federativos

De fato, existe uma pandemia inevitável no país e existe a responsabilidade civil do Estado, porém, não há nos dispositivos legais clareza quem é o ente responsável ao fomento desse direito, qual ente federativo deve assumir a responsabilidade e também, se o Estado deve assumir a responsabilidade universal em casos excepcionais como a pandemia Covid-19.

Para responder essa celeuma, o dispositivo da Constituição Federal, no art. 23, que prevê que a proteção à saúde é de competência comum dos entes federativos. Assim, é de caráter comum o cuidado à saúde e assistência pública, sendo responsabilidade de todos os entes de criar políticas públicas, além da tomada de decisões administrativas nesta matéria. O art. 23, da Constituição Federal (1988), assim estabelece “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Na esfera legislativa a competência à proteção e defesa da saúde, conforme o art. 24 da Constituição Federal, Brasil (1988), é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, excluindo os Municípios nesse dispositivo. Segundo o art. 24, §1º a União legisla sobre a matéria em termos gerais, e os Estados poderão criar normas complementares. Inexistindo norma geral da União, os Estados e Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena, conforme o art. 24, §3º. Enfatiza-se que, conforme a Constituição Federal, Brasil (1988), a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art.1, CF). Sistema este, onde todos os entes devem atual em prol do desenvolvimento nacional (art. 3, II, CF), compatível com o ‘sistema cooperativo’ ou ‘federalismo de integração’ no qual “se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais” (LEWANDOWSKI, 2018, p.23), exigindo que os entes federativos se apoiem mutuamente, excluindo as divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes em prol da solução da calamidade pública causada pela Covid-19:

> O federalismo cooperativo, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus. (STF, 2020, p. 20).

Neste contexto pandêmico que exige, mais do que nunca, a cooperação e proatividade dos entes federativos ao combate da calamidade pública. Porém, cabe à União a obrigação de "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas" (BRASIL, 1988, p 13). Não se exime, contudo, a atuação das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento de casos de emergência em saúde, pois tem decidido o Supremo Tribunal Federal (2021, p.2) "a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central". Destaca-se então, a participação efetiva de todos os entes federativos ao fomento ao direito fundamental à saúde, sendo atribuída sua responsabilidade civil.

3. OS EFEITOS DA COVID-19 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1 Culpa do serviço ou falta de serviço e investimentos em saúde pública

No caso do direito fundamental à saúde, para que esse direito seja efetivado, foi criado o Sistema Único de Saúde que atende de forma integral e gratuita a população brasileira e todos os que se encontrem em território brasileiro. Segundo Cotrim e Cabral (2020), com base nos cálculos do IBGE e CNES e Ministério da Saúde, a população brasileira em 2020, dependente do SUS, é de 210.147.125 milhões, perfazendo 77,59% da população brasileira e beneficiários de planos de saúde é de 47.084.565 milhões perfazendo 22,41%.

O Estado brasileiro, portanto, levando em consideração a quantidade de pessoas que dependem de seus serviços, tem a obrigação de prestar um serviço eficiente e que atenda as demandas de saúde da população. Neste contexto, como afirma Mello (2014), a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados. A 'falta do serviço' ou sendo o serviço defeituoso ou quando funciona, funciona atrasado, configura a responsabilidade civil objetiva do Estado.

De fato, a prestação de serviços à saúde já não conseguia atender integralmente a população, tendo a necessidade, conforme o nível de renda de cada um, contratar serviços de planos de saúde particulares para preencher a lacuna deixada pelos serviços de saúde públicos, mas que na atual conjuntura da pandemia, nem os planos de saúde privados estão dando conta da demanda. Como afirma Hogemann (2020, p. 115-116):

> Se, de um lado, a universalidade do acesso foi assegurada no Brasil pela constituição de 1988 e foi possível definir-se a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS), o cidadão brasileiro se tem deparado com um sem-número de problemas que comprometem o bom desempenho do SUS. Diante de uma conjuntura em que se mostra deficiente o número de médicos disponíveis para garantirem a atenção à saúde de brasileiros pertencentes a camadas sociais mais pobres e à própria classe média (cada vez mais dependente dos serviços dos Estados pelos hospitais e postos vinculados ao SUS), bem como escasseiam

> recursos para desenvolver as ações e serviços de saúde, ocorre o surgimento dos planos de saúde privados, hoje em franca expansão, um processo de mercantilização da saúde brasileira, mas que na atual conjuntura de pandemia, sequer estão a dar conta da demanda.

Ocorre que, com a pandemia, a taxa de desemprego do país cresceu em ritmo exponencial. Os trabalhadores perdendo seus rendimentos, perdem a oportunidade de pagar um plano de saúde particular, sobrecarregando ainda mais o Sistema Único de Saúde, que passa a ser a única opção de atendimento dessa população.

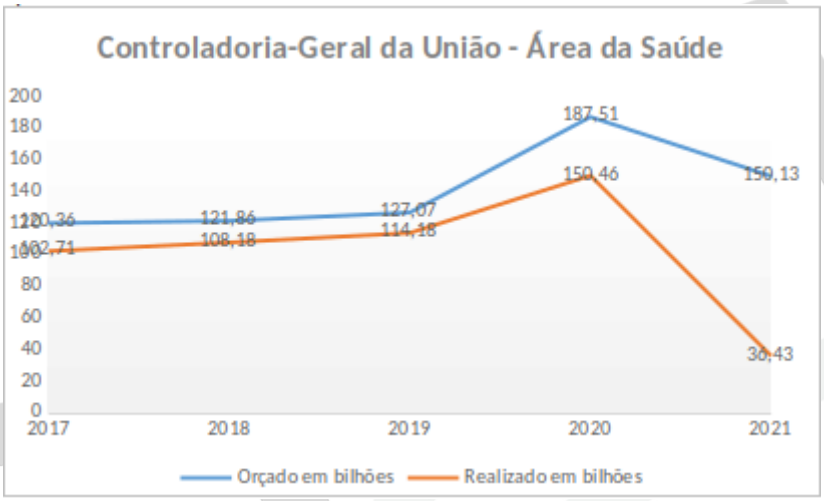
A população desempregada, a extinção de postos de trabalho e a falência das empresas também impactam diretamente na arrecadação de impostos onde, os percentuais de investimento financeiro dos entes federativos para o investimento à saúde estão definidos pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. A referida lei complementar regulamenta os valores mínimos a serem aplicados de cada ente federativo em serviços públicos e de saúde.

Segundo a Lei Complementar nº 141, Brasil (2012), a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos da referida lei, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios. Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos e o Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, ajudou com a precarização do Sistema único de Saúde, pois congelou por 20 anos o orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, e, segundo o presidente do Conselho Nacional de Saúde (2020), o prejuízo à saúde pode ultrapassar os R$ 400 bilhões.

Segundo o Ministério da Saúde (2021), destinou, até o dia 29 de dezembro de 2020, mais de R$ 64 bilhões para auxiliar Estados e Municípios no combate a Covid-19. Destinou aos 26 Estados e o Distrito Federal R$ 198,1 bilhões. Desse total, R$ 133,9 bilhões foram para serviços de rotina do SUS e os outros R$ 64,2 bilhões para o enfrentamento da Covid-19. O Portal da Transparência (2021) mostra o orçamento da União para a área de saúde em série histórica de 2017 a 2021, conforme exposto no gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Investimentos da União para a área de saúde: série histórica de 2017 a 2021 (2021)



Fonte: Primária (2021).

Observa-se que para estipular o orçamento anual, deve ser levado em conta o crescimento do PIB. Segundo o IBGE (2021), em 2017 o PIB brasileiro cresceu 1,0%, sendo de R$ 6,6 trilhões. Em 2018 o PIB foi de R$ 6,8 trilhões já, 2019 com R$ 7,3 trilhões e 2020 totalizando R$ 7,4 trilhões. Houve um aumento no investimento na área da saúde em 2020, provavelmente em razão da pandemia, mas que, mesmo a saúde estando debilitada e havendo necessidade de ser a área com maior investimento, em 2021 o orçamento diminuiu em 19% em relação ao ano anterior, mesmo com o aumento do PIB em 2020.

O realizado em 2021 foi somente de 36,43 bilhões pois a data de corte foi do primeiro trimestre do ano. Conforme o Portal da Transparências (2021), em 2021, os três maiores favorecidos foram os fundos municipais de saúde, seguido do fundo estadual de saúde e a Fundação Butantan. O Portal da Transparência (2021), mostra que, na distribuição do orçamento, em 2020 o Governo Federal distribuiu R$ 2.732 bilhões ao Estado de Santa Catarina, mas os Municípios não foram beneficiados na distribuição.

Em Santa Catarina, o orçamento anual para 2021 está previsto na lei nº 18.055, de dezembro de 2020, tendo um *deficit* orçamentário de 3,74% em relação ao exercício anterior, e se comprometeu a repassar para a saúde 14% (quatorze por cento) das receitas provenientes de impostos e das transferências da União ao Estado.

Em âmbito municipal, segundo o relatório de Gestão em Saúde do Município de Joinville 2020, “o orçamento total da saúde no município de Joinville para ações e serviços públicos de saúde, somados Fundo Municipal de Saúde e Hospital São José, terminou 2020 superior a um bilhão de reais, exatamente R$ 1.079.866.400,29” (Secretaria de Saúde, 2021, p.66). Mesmo com o orçamento em saúde se mostrando alto, o relatório da Secretaria Municipal de Saúde, (2021) mostrou que o município de Joinville aplicou 38,83% de sua receita própria na saúde, percentual menor que o ano de 2019 onde este índice fechou em 39,37%.

3.2 Colapso no Sistema de Saúde

A pandemia trouxe à tona o papel do SUS e das políticas de saúde na garantia do direito fundamental à saúde, pois é o principal protagonista de combate à doença que assolou a população mundial. O SUS, antes da Covid-19, já evidenciava sua fragilidade no atendimento universal da população, com sua fama de ter um atendimento precário, falta de profissionais para atendimento da população e desvalorização, seja de recursos financeiros, ou até mesmo pela própria população que não acreditava na efetividade do sistema. Em contrapartida, o SUS era reconhecido mundialmente como modelo de ações de saúde por suas inovações, bem como suas campanhas de vacinação e programas de prevenção, erradicação de doenças, entre outras, além de ser o único sistema mundial de cobertura universal, conquistas que se deram mesmo com ações de precarização da política de saúde, redução dos repasses financeiros, dos investimentos em manutenção da infraestrutura e de recursos humanos. Como corrobora Oliveira (2020, p.5):

> A pandemia da Covid-19 expõe as fragilidades estruturais e os pontos de estrangulamento do SUS, em particular a falta – ou distribuição desigual –, no território, de profissionais da saúde e de infraestrutura da atenção de média e alta complexidade, bem como a capacidade limitada de produção e realização de testes diagnósticos. Todavia, também traz à tona as fortalezas do maior sistema de saúde público e universal do mundo, que tem um papel preponderante na vigilância e na assistência à saúde, assim como no ordenamento e articulação das ações de enfrentamento à pandemia, nos três níveis de gestão, em todas as Unidades da Federação brasileira.

Com o surgimento da Covid-19 no Brasil, o Ministério da Saúde tomou diversas medidas a fim de conter o avanço da contaminação do vírus, como a promulgação do Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus Covid-19, publicado em 20 de fevereiro de 2020 com recomendações para as Secretarias de Saúde dos Municípios, Estados e Governo Federal, e serviços de saúde pública e privada, agências e empresas. O Brasil declarou, em 03 de fevereiro de 2020, em sua Portaria 188, a “emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus”. Também buscou seguir os protocolos da Organização Mundial de Saúde (OMS), e outras diversas ações de contingência de propagação da pandemia com o intuito de evitar um colapso no sistema de saúde.

Apesar dos esforços, em janeiro de 2021, o Sistema de Saúde entrou em colapso conforme destacou os principais meios de comunicação do país “mortes na fila por um leito de UTI, falta de insumos e funerárias sem férias: os sinais do colapso na saúde brasileira” (MANZANO, 2021), também flagrou a falta de UTIs “em São Paulo, Estado que tem a maior estrutura hospitalar do país, antes do fim de março, morreram pelo menos 135 pessoas à espera de uma vaga na UTI” (MANZANO, 2021). Além de São Paulo, praticamente todos os Estados brasileiros tiveram seu colapso no sistema de saúde, que, “em ao menos 16 Estados, já houve mortes de pacientes com Covid-19 ou com suspeita da doença na fila por uma vaga” (MANZANO, 2021).

Em ordem cronológica, que corroborou para a crise sanitária, desde 03 de fevereiro de 2020, até a decretação do colapso no sistema de saúde, em janeiro de 2021, o Brasil enfrentou o descaso de autoridades em relação à gravidade da pandemia, atribuindo ao Brasil o papel de uma ameaça sanitária global. O chefe do Poder Executivo foi denunciado, no dia 15 de março de 2021, no Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em Genebra “pela gestão que faz da pandemia de Covid-19, doença que já matou mais de 278 mil pessoas no Brasil, maior número do mundo atrás apenas dos Estados Unidos” (SIMÕES, 2021). O Brasil enfrentou a corrupção, com o desvio de verbas públicas

destinadas à saúde, como evidenciou o escândalo dos respiradores em Santa Catarina, com a promulgação da 'CPI dos respiradores'. CPI Instaurada para apurar a compra de 200 respiradores em Santa Catarina "realizada com pagamento antecipado de R$ 33 milhões e dispensa de licitação" (MARTINS, 2020) e que não foram entregues.

Enfrentou a troca de quatro ministros do Ministério da Saúde, em que Fontanive (2021), em entrevista com o especialista em saúde coletiva, professor Miranda, destaca que essas trocas constantes de ministros vão prejudicar a gestão pública no plano federal, mas que também indicam claramente que não existe um projeto de política pública para a saúde da parte do Governo. Esses são alguns dos muitos enfrentamentos que impactaram diretamente para o colapso no sistema de saúde.

3.3 Principais medidas adotadas pelos entes federativos

Com o intuito de conter a propagação da pandemia, o Presidente da República promulgou, em 06 de fevereiro de 2020 a Lei 13.979/2020, que 'dispõe sobre as medidas para o combate à crise da Covid-19', dando competência a cada ente federativo a operacionalizar medidas que forem necessárias para o combate ao coronavírus e proteção ao direito fundamental à vida e saúde da população. Cada governador do Estado e chefe do executivo dos Municípios, estabeleceram, diante das necessidades, decretos e medidas para combate à pandemia. As principais medidas atendem os protocolos de recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), como isolamento social, decretação de *'lockdown'*, e demais restrições que se mostrem necessárias para evitar o colapso no sistema de saúde.

No que se refere à compra de vacinas, a estratégia do Governo Federal foi de investir em medicamentos de tratamento precoce em quase R$ 90 milhões até o dia 21 de janeiro de 2021. E que, nem ao menos honrou com os institutos responsáveis pela fabricação da vacina. (SHALDERS, 2021). Isso mostra que a prioridade do Governo Federal não era, em primeiro momento, no investimento de vacinas, que seria a medida mais eficaz de combate ao Covid-19 apontada pela comunidade científica.

O Governo Federal se atrasou na corrida para compras de vacinas que já estavam em fase final de testes de seu imunizante em setembro de 2020. Brito (2021) destacou que a farmacêutica Pfizer já havia encaminhado uma proposta de venda de vacinas ao Brasil em 12 de setembro de 2020, mas que o Governo Federal só fechou o contrato com a farmacêutica em março de 2021, esperando comprar 100 milhões de doses. Evidencia-se que o "erro de gestão atrasou 70 milhões de doses da Pfizer ao Brasil" (BRITO, 2021).

No dia 10 de março de 2021, entrou em vigor a lei nº 14.125, que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. A referida lei, em seu art. 1º, autoriza os Estados, Municípios e o setor privado a comprarem vacinas contra a Covid-19, mas que devem assumir os riscos da responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrados em relação a eventos adversos pós vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

Conforme o *Our World in Data* (2021), até o dia 21 de abril de 2021 o Brasil registrou 34.06 milhões de doses aplicadas, ficando em 5º lugar no ranking mundial. O primeiro lugar está com os Estados Unidos com 215,95 milhões de doses. Já no percentual de doses administradas por habitantes, o Brasil cai para o 12º lugar no ranking

mundial, com o índice de 16,02 doses para cada 100 habitantes. No percentual de pessoas por país já totalmente imunizados com duas doses o Brasil continua no 12º lugar no ranking mundial com 4,3% dos brasileiros imunizados.

Em abril de 2021 foi criada a 'CPI da Covid', que, conforme destaca Mattos (2021), serão ouvidos os principais auxiliares do chefe do executivo e examinadas eventuais omissões do Governo Federal no enfrentamento ao coronavírus. Serão investigados quatro postos-chaves: a questão da compra de vacinas, o colapso no sistema de saúde, os insumos para tratamento dos enfermos e o emprego de recursos federais.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A iniciativa de se pesquisar sobre esse tema emerge do fato da necessidade de debater a respeito do direito fundamental à saúde foi diretamente afetado com a Covid-19, impactando também na esfera dos direitos sociais e individuais da população brasileira. Esse artigo também objetiva afastar o diálogo da esfera do senso comum e evidenciar um diálogo científico para o problema enfrentado realizando uma 'dupla ruptura epistemológica', Santos (2003) ensina que afastar o diálogo do senso comum e colocá-lo na esfera científica não anularia a ruptura anterior, apenas que não voltaria ao status quo inicial. A dupla ruptura seria dada pela primeira que seria o rompimento do senso comum para construir ciência, e a segunda ruptura seria a transformação de senso comum tendo base na ciência, superando os desnivelamentos dos discursos. Este artigo dialoga com duas áreas de conhecimento: ciências jurídicas e ciências da saúde, evidenciando assim, o caráter interdisciplinar do tema, importante para a formação acadêmica e também previstas nas diretrizes curriculares do MEC.

Teve ainda, como base a pesquisa qualitativa, porque não se preocupa com representatividade numérica, mas sim, com o aprofundamento da compreensão da responsabilidade civil do Estado ao fomento do direito à saúde, frente aos impactos e medidas adotadas pelo governo diante do cenário da pandemia que se instalou no país em 2020, indo ao encontro no que afirma Gerhardt e Silveira (2009) que este tipo de pesquisa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc.. Frisa-se ainda, que a pesquisa qualitativa não mede dados e números, "a pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar identificar suas naturezas" (MEZZAROBA, 2016, p.138). O papel do pesquisador é fundamental para obter validade e veracidade no resultado final, como corrobora Mezzaroba (2016, p.139) no sentido em que "é da ponderação dos dados obtidos no decorrer do esforço de investigação que a validade do trabalho extrairá sua força".

O artigo buscou identificar no que constitui a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19 e se as medidas adotadas correspondem às necessidades sociais de garantia do fomento à saúde como previstas na Constituição Federal e se o Estado foi ou não omisso conforme o caso concreto.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Para elucidar o que é uma pesquisa bibliográfica, Köche (2015, p.122) define pesquisa bibliográfica como "a que se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros ou obras congêneres". O artigo buscou responder à questão de pesquisa: no que se constitui a

responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19, com base nas obras bibliográficas disponíveis.

Nesse artigo foram utilizados autores contemporâneos com obras atuais e atemporais para dar o embasamento teórico a fim de provar todas as alegações, conclusões e apreciações de ordem crítica, fazendo ao longo da pesquisa um exercício cíclico entre o referencial bibliográfico e as alegações críticas. Mezzaroba (2016, p.143) corrobora que tudo o que houver de manifestação objetivamente sua no trabalho deve ser rigorosamente fundamentado.

Conforme Gil (2008), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida através de trabalhos, materiais já elaborados, formado por artigos científicos e livros da área. Neste sentido, pretende-se elucidar conceitos sobre a responsabilidade civil do Estado, bem como apresentar conceitos pertinentes à fundamentação do Direito à Saúde, tendo como referência livros na área do direito, bem como, artigos científicos e consultas na *internet*, visando captar dados sobre a legislação, políticas públicas, etc.

A pesquisa, ainda, será documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Gil (2008, p. 51) "a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa". Portanto, essa pesquisa utilizará documentos que não receberam nenhum tratamento analítico a qual Gil (2008) classifica como sendo de 'primeira mão' como reportagens de jornais; como também, os documentos de 'segunda mão' como: relatórios de pesquisa e tabelas analíticas.

Como método escolhido, para esse artigo, foi o dedutivo. Como explica Gil (2019, p.10) o método dedutivo "parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica", ou seja, o princípio tido como verdadeiro seria a premissa maior, mas para que seja feita a conclusão seguira uma lógica. Conforme explica Mezzaroba (2016), a conclusão lógica da premissa maior seria que é responsabilidade civil do Estado o fomento à saúde em qualquer cenário, e as premissas menores seriam quais os limites de cada ente federativo nessa responsabilidade civil, permitindo assim, afirmar que a premissa final, conclusiva e verdadeira é de que a responsabilidade civil do fomento à saúde permaneceria com o Estado, independente das variáveis. Se estabeleceria assim, um silogismo, onde, nesta seara afirma Henriques e Medeiros (2017 p.35) "valendo-se de um silogismo, composto de premissas maior e menor, o raciocínio chega a uma conclusão particular".

Ao se utilizar o método dedutivo, busca-se relacionar o conhecimento teórico a respeito da responsabilidade civil do Estado ao fomento ao direito fundamental à saúde e realizar deduções particulares, a exemplo, nos períodos de pandemia, a responsabilidade civil do Estado careceu de medidas com impactos sociais como o isolamento de grupo de pessoas, aumento de número de leitos e criação de diversos decretos diante do caso concreto.

A pesquisa será descritiva, uma vez que se tem em foco compreender a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19. A pesquisa descritiva, segundo Mezzaroba (2016) não irá propor soluções ao problema, mas descrever os fenômenos sob ótica do pesquisador, ainda, realizar uma análise rigorosa do objeto do estudo, que é a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde, e promover um diagnóstico do problema.

Na ótica de Lakatos (2017), a pesquisa descritiva, objetiva descrever as características de uma população, ou identificar relações entre variáveis. Os dados a

serem analisados serão do período de 2020 e 2021, com foco na Covid-19. Gil (2019, p. 27) ressalta que “este tipo de pesquisa se preocupa em identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos”, portanto, esse artigo buscou compreender as variáveis para fundamentar a responsabilidade civil do Estado no caso concreto a qual será estudado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, entende-se que o Estado é o protagonista ao fomento ao direito fundamental à saúde, que ele tem a responsabilidade objetiva tanto para a implementação quanto a efetivação dos serviços prestados à população ao fomento à saúde, mas que os casos de responsabilização civil são abordados segundo critérios subjetivos em direito de regresso aos agentes públicos. Diante da situação alarmante, os gestores públicos se viram, literalmente, numa corda bamba, num conflito de interesses políticos, econômicos e sanitários.

É nesse contexto que foi criada a MP 966/2020 com seu prazo de vigência encerrado, mas que possibilitou o reforço dos parâmetros da responsabilidade civil objetiva no Estado, não isentando os agentes públicos em seus atos administrativos assim como estabelecendo critérios de como o agente público deve agir para decidir as matérias em saúde, que deve atender a padrões técnicos e evidências científicas. Segundo esses critérios, o chefe do executivo pode ser responsabilizado por seus atos ao negar a compra de vacinas, já em fase final de testes, e decidindo adotar o tratamento precoce com medicamentos sem comprovação científica. O chefe do executivo assim, ao dispensar milhões de reais dos cofres públicos para um tratamento ineficaz, acabou por ocasionar também o atraso na compra das vacinas e, em consequência, poderá responder à morte de milhares de brasileiros.

O cenário pandêmico trouxe à tona os problemas públicos já antes enfrentados, como a corrupção, evidenciada pela CPI dos respiradores e CPI da Covid, bem como a falta de comprometimento e preparo dos governantes, com evidência na própria criação da MP 966/2020 com a tentativa do Estado de se isentar da responsabilidade civil.

A pandemia confirmou a precarização do SUS, que já estava fragilizado antes do cenário pandêmico, ocasionando o eminente colapso no sistema de saúde. Trouxe também a reflexão da importância do SUS, que foi o protagonista de ações positivas ao combate ao coronavírus, apesar das dificuldades e da falta de prioridade pela União, comprovados na demonstração do orçamento anual dispensado para a saúde, que, em 2021, no pior momento pandêmico os investimentos foram reduzidos.

Diante disso, fazem-se necessárias reflexões das ações dos entes federativos ao combate ao coronavírus para apurar a extensão da sua responsabilização, bem como discutir sobre os novos desafios para o fomento ao direito fundamental à saúde com as mudanças das políticas públicas, principalmente em momentos de crise. Em especial, que os brasileiros, ao eleger seus governantes, o façam de forma consciente, e que finalmente percebam a importância de um chefe de executivo preocupado com a efetivação dos direitos sociais, desvinculado dos conflitos políticos e partidários, dado que a prioridade deve ser a vida da população brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 719 p.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 576 p.

BONAVIDES, Paulo et al. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, 2009. 2528 p.

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

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8080/90, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 20.910 de 06 de janeiro de 1932.** Regula a Prescrição Quinquenal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20910.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Medida provisória nº 966 de 13 de maio de 2020.** Dispõe sobre a responsabilidade de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: https://www.inºgov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735 . Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 14.125, de 10 de março de 2021.** Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRITO, José. **Erro de gestão atrasou 70 milhões de doses da Pfizer ao Brasil,** 07 de março de 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/03/07/erro-de-gestao-atrasou-70-milhoes-de-doses-da-pfizer-ao-brasil.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional GEN, 2020. 572 p.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. ***Direito à saúde****: paradigmas procedimentais e substanciais da constituição. São Paulo:* Editora Saraiva, 2013. 263 p.

COTRIM, Dorival Fagundes Junior, CABRAL, Lucas Manoel Silva da**.** Crescimento dos leitos de UTI no país durante a pandemia de covid-19: desigualdades entre o público x privado e iniquidades regionais. **Physic:** Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro. V.30 3, p 1-11, 2020. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312020300317. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/physis/v30n3/0103-7331-physis-30-03-e300317.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

FIOCRUZ, FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Gripe espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos**. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/video/gripe-espanhola-pandemia-mais-mortal-de-todos-os-tempos. Acesso em: 21 nov 2020.

FONTANIVE, Stéfani. **Covid-19:** Troca de ministros é sintoma de doença mais grave, afirma especialista em saúde coletiva, 21 de março de 2021. Disponível em: https://www.ufrgs.br/humanista/2021/03/25/covid-19-troca-de-ministros-e-sintoma-de-doenca-mais-grave-afirma-especialista-em-saude-coletiva/.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009. 120 p.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017. 188 p.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. 200 p.

GOVERNO DE SANTA CARTARINA. **Lei nº 18.055, de 29 de dezembro de 2020.** Estima a receita e fixa a despesa do Estado para o exercício financeiro de 2021. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2020/18055_2020_lei.html. Acesso em: 18 abr. 2021.

HENRIQUES, Antônio, MEDEIROS, João Bosco. ***Metodologia científica na pesquisa jurídica****. 9.ed.* Grupo GEN, 2017. 432 p.

HOGEMANN, Edna Raquel. Repensando o direito à saúde no Brasil: aspectos críticos e desafios postos diante de um cenário de pandemia. **Revista Interdisciplinar de Direito,** Valença (UniFAA), v.18, 1. 1, p 97-119, 2020. DOI: 10.24859/fdv.2020.1.005. Disponível em: http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/843. Acesso em: 11 set. 2020.

IBGE. **Produto Interno Bruto – PIB.** 2021. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php. Acesso em: 18 abr. 2021.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e iniciação à pesquisa. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 184 p.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 310 p.

LEWANDOWSKI Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 176 p.

MANZANO, Fábio; SILVA, Camila Rodrigues da. **Mortes na fila por um leito de UTI, falta de insumos e funerárias sem férias: os sinais do colapso na saúde brasileira**, 20 de março de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/20/mortes-na-fila-por-um-leito-de-uti-falta-de-insumos-e-funerarias-sem-ferias-os-sinais-do-colapso-na-saude-brasileira.ghtml.

MARTINS, Flavio. **Direitos sociais *em tempos de crise econômica***. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 496 p.

MARTINS, Valéria. **CPI dos respiradores**: deputados aprovam relatório com pedido para novo processo de impeachment de governador de SC, 19 de outubro de 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/08/19/cpi-dos-respiradores-deputados-de-sc-aprovam-relatorio-com-pedido-para-novo-processo-de-impeachment-contra-moises-e-fazem-recomendacoes.ghtml.

MATTOS, Marcela. **CPI:** roteiro prévio prevê quebras de sigilo, acareações e audiências com auxiliares de Bolsonaro, 19 de abril de 2021. https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/19/cpi-roteiro-previo-preve-quebra-de-sigilos-acareacoes-e-audiencias-com-auxiliares-de-bolsonaro.ghtml.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1147 p.

MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 360 p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde**. Saúde perdeu R$20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016.** Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016#:~:text=%E2%80%9CCom%20o%20or%C3%A7amento%20congelado%20por,Financiamento%20(Cofin)%20do%20CNS. Acesso em: 17 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da saúde destinou mais de R$ 64 bilhões para auxiliar estados e municípios no combate à covid-19**. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-saude-destinou-mais-de-r-64-bilhoes-para-auxiliar-Estados-e-municipios-no-combate-a-covid-19. Acesso em: 17 mar. 2021

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Plataforma integrada de vigilância em Saúde. Disponível em: http://plataforma.saude.gov.br/coronavírus. Acesso em: 05 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: https://www.inºgov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388. Acesso em: 20 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Secretaria de vigilância em saúde.** Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. Disponível em: https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema único de saúde**: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/1366-sus. Acesso em: 17 set. 2020.

OLIVEIRA, Wanderson Kleber *et al.* Como o Brasil pode deter a Covid-19. **Epidemiol. Serv. Saúde,** Brasília, 29 (2):e2020044, p 1-8, 2020. DOI: 10.5123/S1679-49742020000200023. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/ress/2020.v29n2/e2020044/pt. Acesso em: 20 de abril de 2021.

OUR WORLD IN DATA. **Coronavirus (COvid-19) vaccinations**. Disponível em: https://ourworldindata.org/covid-vaccinations. Acesso em: 21 abr. 2021.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Controladoria-geral da União. **Saúde.** Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2020. Acesso em: 18 abr. 2021.

SANTOS, Boaventura Sousa de. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 2003. 267 p.

SANTOS, Juliana Vieira dos. O pensamento anticientífico e o regime de responsabilidade do agente público durante a pandemia. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, nº 148, p. 159-171, 2020.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Trilha, 2013. 168 p.

SECRETARIA DA SAÚDE PREFEITURA DE JOINVILLE. **Relatório anual de gestão 2020**. Disponível em: https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-em-Sa%C3%BAde-do-Munic%C3%ADpio-de-Joinville-2020.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

SHALDERS, André. **Tratamento precoce**: governo Bolsonaro gasta quase R$ 90 milhões em remédios ineficazes, mas ainda não pagou Butantan por vacinas, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55747043.

SIMÕES, Eduardo. **Governo Bolsonaro é denunciado na ONU por tragédia humanitária na pandemia**, 15 de março de 2021. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/03/15/governo-bolsonaro-e-denunciado-na-onu-por-tragedia-humanitaria-na-pandemia.htm?cmpid=copiaecola.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 6.362**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Distrito Federal, 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345205092&ext=.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 1.116.698.** Relator Ministro Celso de Mello, Piauí, 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747648001. Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na medida cautelar na ação cível ordinária 3.451**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Distrito Federal, 2021. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275115 Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relator propõe que atos de agentes públicos durante a pandemia sigam critérios científicos**. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788&ori=1. Acesso em: 12 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e união no combate à covid-19.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447. Acesso em: 12 abr. 2021.

UJVARI, Stefan Cunha. **História das epidemias**. São Paulo: Contexto, 2020. 418 p.

PROTEGER AS VEGETAÇÕES PROTETORAS PARA CONSERVAR A VIDA

Karla Juraci Gulini[1]

Resumo: O presente artigo está direcionado à tutela jurídica das matas ciliares e demais vegetações protetoras ou vinculadas a corpos hídricos tendo em vista o desmatamento, a escassez da água e a preocupação com a biodiversidade. Tal tema já vem sendo abordado pela legislação brasileira desde 1934, no entanto, torna-se mais evidente com o advento do atual Código Florestal (Lei 12.651/2012). O objetivo deste trabalho é conscientizar os operadores do direito sobre a importância do direito ambiental frente aos outros direitos e interesses individua. Os objetivos específicos propostos que nortearam o desenvolvimento do estudo e sua estrutura são: identificar as formas de proteção jurídica aplicadas para as áreas de vegetações protetoras de recursos hídricos; fazer uma breve análise do bioma e ecossistemas catarinenses e finalmente aprofundar o tema, discorrendo sobre os manguezais, destacando o joinvilense. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica do tipo descritiva e como resultado deste estudo pretende-se discutir sobre a importância do conhecimento legal e local dos juristas para conciliarem o direito ao meio ambiente e demais direitos.

Palavras-chave: Matas Ciliares; Manguezais; Proteção Ambiental; Tutela Jurídica do Meio Ambiente; Conscientização Ambiental.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda como o tratamento jurídico dispensado às matas ciliares, e demais vegetações protetoras ou vinculadas a corpos hídricos, ajuda na conservação e recuperação ambiental. Édis Milaré afirma que a preocupação com a proteção ambiental existe desde os tempos mais remotos, entre todos os povos, como exemplo cita trechos do antigo testamento da Bíblia (MILARÉ, 2013). Corroborando essa ideia Sirvinskas afirma que já havia indícios dessa preocupação ambiental no Livro dos Mortos e no Código de Hamurabi (SIRVINSKAS, 2014).

Em que pese desde o período imperial, houvessem no Brasil leis portuguesas que tratassem de forma esparsa sobre o direito ambiental, a primeira lei brasileira a tratar do tema em questão só surge em 1934, com o então Código Florestal (Decreto 23.793/1934) que no artigo 22 proibia, “mesmo aos proprietários, derrubar, nas regiões de vegetação escassa, para transformar em lenha, ou carvão, matas ainda existentes ás margens dos cursos d’água, lagos e estradas de qualquer natureza entregues à serventia pública”.

É nítido que naquela época ainda não havia a preocupação que existe atualmente. Hoje temos um Código Florestal que causa muita discussão principalmente por conta da delimitação das matas ciliares, enquadradas como Áreas de Preservação Permanente (APP).

O inciso que levantou maior discussão, principalmente nas áreas urbanas foi o inciso I do referido artigo, que estabelece um mínimo de mata ciliar para os rios conforme sua largura. No entanto, essa medida é necessária para preservar a quantidade e a qualidade da água, tendo em vista que a falta de proteção das margens pode causar diversos problemas.

Considerando que a água é essencial à vida, e que para que se tenha quantidade e qualidade da água é imprescindível proteger às margens dos corpos hídricos, pode-se dizer que o bem jurídico tutelado ao proteger às matas ciliares, em *ultima ratio*, é a vida em todas as suas formas, não apenas a humana. Entretanto, deve-se considerar que o bem jurídico tutelado é o próprio meio ambiente, e “o bem jurídico ambiental nada mais é

1. Advogada; Graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille, e especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio. E-mail: gulini.advocacia@gmail.com.

do que o equilíbrio ecológico do ambiente em seu sentido mais amplo" (FRANCO, 2011. p. 77).

Ademais, ressalta-se o movimento latino-americano de reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, e não apenas um direito humano em si.

Neste estudo, o objetivo geral é conscientizar os operadores do direito sobre a importância do direito ambiental frente aos outros direitos e interesses individuais para que as sociedades não pereçam, tendo em vista a escassez da água e a preocupação com a proteção da biodiversidade.

Para tanto, primeiramente buscar-se-á identificar as formas de proteção jurídica aplicadas para as áreas de matas ciliares e vegetações protetoras de recursos hídricos. Na sequência, é feita uma breve análise do bioma e ecossistemas catarinenses. E finalmente aprofundar o tema, discorrendo sobre os manguezais, destacando o joinvilense.

Em termos metodológicos, trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica, na qual serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros e artigos de revistas e internet.

Este artigo discute a importância do conhecimento legal e regional/local de todos os juristas para conciliarem o direito ao meio ambiente e demais direitos assegurando o bem-estar das sociedades.

1. CLASSIFICAÇÃO E FORMAS DE PROTEÇÃO JURÍDICA

Atualmente o tema do meio ambiente e a busca de um desenvolvimento sustentável vem se constituindo objeto de grande ocupação de estudiosos em todo mundo, inclusive dos governantes dos Estados e de todos os setores sociais, tendo em vista os graves problemas como as catástrofes e escassez de recursos naturais, destaca-se a questão da água doce. De acordo com Milaré, dos ¾ de água que cobrem o planeta apenas 2,5% são água doce (MILARÉ, 2013) e segundo O IGRAC (Centro Internacional de Avaliação de Recursos Hídricos Subterrâneos), da UNESCO, 30% da água doce é subterrânea, 69% está em geleiras e apenas 1% está na superfície (IGRAC, 2021), o que evidencia que a água doce não é um recurso abundante.

Conforme leciona Milaré (2013), 12% de tudo que pode ser utilizado no mundo está no Brasil, no entanto é mal distribuída, 80% está na Amazônia, enquanto que o Nordeste e Centro-Oeste sofrem com a escassez. Mas este não é o pior dos problemas, mas sim a contaminação da água limpa com esgoto doméstico e descarga industrial, e logicamente o desperdício, para se ter noção a média mundial de desperdício é de 10%, enquanto que no Brasil é de 40%, sendo que no Nordeste, região com maior carência do recurso, 60% é perdida nos canos antes de chegar nas residências.

E é nesse contexto de grande escassez da água, e importância das vegetações protetoras de recursos hídricos, que é imperioso destacar o papel da legislação pertinente, conforme explica Milaré (2013, p. 109), "a Ciência não tem força impositiva ou de coação; por isso exige que o Direito tutele o ecossistema planetário". E conforme leciona Hobbes[2], os homens vivem naturalmente em estado de guerra até que a busca pela paz os leve à transferência mútua de direitos, formando um contrato (HOBBES, 2001).

2. Publicado originalmente em 1651.

Discordando, Montesquieu[3] afirma que o ser humano passa para um estado de guerra, tendo necessidade de leis a partir do momento em que começam a viver em sociedade:

> Logo que os homens se reúnem em sociedade, perdem o sentimento da própria fraqueza; a igualdade que entre eles existia desaparece, e principia o estado de guerra. Cada sociedade particular passa a sentir a força própria; isso gera um estado de guerra de nação para nação. Os indivíduos, em cada sociedade, começam também a sentir sua força; procuram trazer para si as principais vantagens dessa sociedade; e esse fato cria entre eles um estado de guerra. Essas duas espécies de estado de guerra ocasionam o estabelecimento de leis entre os homens. (MONTESQUIEU, 2007. p. 20-21).

Independente de como surgiram as leis positivas, é certo que em uma sociedade existe a necessidade de diversas normas regulando as várias ações humanas. Assegurando, desta forma, a continuidade da própria sociedade em detrimento de interesses individualistas.

Um exemplo dessa preocupação é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está insculpido no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principal lei da sociedade brasileira:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Neste sentido Silva assevera que é um direito de todos não só de brasileiros: “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, incluindo aí as gerações presentes e as futuras, sejam brasileiros ou estrangeiros” (SILVA, 2013. p. 56).

De acordo com Machado o direito ao meio ambiente equilibrado significa a permissão de desenvolvimento dos seres humanos, mas sem desequilibrar o meio ambiente:

> O direito ao meio ambiente equilibrado, do ponto de vista ecológico, consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a “existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos”. Ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado equivale a afirmar que há um direito a que não se desequilibre significativamente o meio ambiente. (MACHADO, 2013. p. 65-66).

Ressalta-se também que a sadia qualidade de vida está intimamente ligada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Machado chega a afirmar que só é possível uma efetiva qualidade de vida se o meio ambiente estiver equilibrado:

> A sadia qualidade de vida só pode ser conseguida e mantida se o meio ambiente estiver ecologicamente equilibrado. Ter uma sadia qualidade de vida e ter um meio ambiente não poluído. Além de ter afirmado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição faz um vinculo desse direito com a qualidade de vida. Os constituintes poderiam ter criado somente um direito ao meio ambiente sadio - isso já seria meritório. Mas foram além. (MACHADO, 2013. p. 155-156).

3. Publicado originalmente em 1748.

Sirvinskas 92014. p. 155) afirma que “o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana (direito à vida com qualidade). Nesta senda Silva ensina que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, não é disponível:

> O meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, portanto é um bem que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública (SILVA, 2013. p. 56).

Não obstante, Oliveira Júnior afirma que não há como se falar em qualidade de vida se o ambiente no qual a pessoa está inserida for contaminado, alterado, degradado, ou afete seu bem-estar:

> No entanto, é certo que não poderia se falar em sobrevivência humana digna ou em condições adequadas, física ou psicologicamente, se o ambiente do qual faz parte for insalubre ou estivesse de tal forma contaminado, alterado ou degradado, que pudesse, ainda que hipoteticamente, afetar seu bem-estar, sua convivência com outras pessoas e com o meio que o cerca e, acima de tudo, a almejada qualidade de vida que todos aspiram (OLIVEIRA JUNIOR, 2014. p. 32).

Não é correto ficar apenas na visão antropocêntrica do direito ambiental, afinal o meio ambiente tem valor intrínseco, e necessita de tutela jurídica por si mesmo, conforme nos assegura Milaré:

> Convindo em que o ecossistema planetário (ou o mundo natural) tem valor intrínseco por força do ordenamento do Universo, não apenas valor de uso, estimativo ou de troca, é imperioso admitir que ele necessita da tutela do Direito, pelo que ele é em si mesmo, independentemente das avaliações e dos interesses humanos (MILARÉ, 2013. p. 110).

Meirelles afirma que a proteção ao meio ambiente visa preservar os elementos essenciais à vida dos seres humanos e também o equilíbrio ecológico:

> A proteção ambiental visa à preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas, que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar. (MEIRELLES, 2015. p. 693).

Entretanto, o constitucionalismo andino ao garantir direitos à natureza, invocando a Pachamama, proclama um constitucionalismo ecológico, e uma ética de bem viver, conforme demonstra Zaffaroni:

> De este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respecto, que se traduce en la regla básica ética del sumak kawsay, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual- que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente (ZAFFARONI, 2011. p. 111).

A Comunidade Andina corresponde a um bloco de países latino-americanos que se destacam pela imensa participação indígena e pela defesa dos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica:

> A Comunidade de Países Andinos, formada pela Bolívia, Peru, Equador, Colômbia e Venezuela, é um bloco de países que dentro da América Latina, destaca-se pela imensa participação da população indígena em todo o seu contingente populacional. Em verdade, muitos países têm, explicitamente, reconhecido o caráter multiétnico de seus povos. Esse fato faz com que os países integrantes da comunidade andina sejam muito atuantes na defesa dos interesses das comunidades locais e indígenas e que, em função disso, as medidas que vierem a adotar em matéria de defesa dos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica sejam bastante importantes e merecedoras de atenção. (ANTUNES, 2015. p. 811).

Em que pese esse movimento latino-americano, tal situação ainda não foi aceita no ordenamento jurídico pátrio, haja vista a ação movida pela Bacia Hidrográfica do Rio Doce contra a União Federal e o Estado de Minas Gerais, que foi extinta por ausência de pressuposto processual de existência "uma vez que o ordenamento jurídico não confere à requerente "Bacia Hidrográfica do Rio Doce" personalidade jurídica". (Justiça Federal de Minas Gerais, 2018).

Após essa contextualização sobre o direito ambiental constitucional, analisa-se as leis infraconstitucionais federais, as quais observam-se diversas regulamentações mais específicas ao caso em questão, como por exemplo, o Código Florestal, o Código das Águas, a Lei da Mata Atlântica e a Lei de Crimes Ambientais.

O Código Florestal especifica no artigo 4º quais são as APPs instituídas por lei, com relação ao tema temos as matas ciliares de rios, de lagos e lagoas, de reservatórios, e de nascentes, temos também os manguezais e as restingas como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues.

Com relação ao Código das Águas, Decreto 24.643 de 1934, que segundo Silvestre é "avançado para a época em que foi elaborado" (SILVESTRE, 2021), tem-se a definição das margens das correntes públicas de uso comum como sendo um bem público dominical:

> Art. 11. São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular; 2º, os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie. Salvo quanto as correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis.

Em que pese a edição da Lei 9.433 de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, o Código de Águas de 1934 continua vigente, apesar de diversas alterações trazidas pela lei de 1997.

A Lei da Mata Atlântica, Lei 11.428 de 2006, visa tutelar a utilização e proteção do Bioma Mata Atlântica, isto porque originalmente ela estendia-se por aproximadamente 1.300.000 km² do território nacional, e atualmente os remanescentes foram reduzidos a apenas 7% deste valor, aproximadamente 100.000 km², além disso é um dos biomas com maior riqueza de biodiversidade do mundo. (MILARÉ, 2013).

Esta lei definiu as formações florestais e ecossistemas que legalmente são consideradas como Mata Atlântica:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encraves florestais do Nordeste. Parágrafo único. Somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no caput deste artigo terão seu uso e conservação regulados por esta Lei.

Referido diploma dispõe sobre a proteção, utilização, situações em que é vedado o uso da Mata Atlântica, bem como a criação do fundo de restauração do bioma Mata Atlântica e incentivos econômicos. Além disso, temos a Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.695 de 1998, que diferente dos outros diplomas não é apenas impositiva, mas também coercitiva, afinal muitas pessoas só respeitam a lei pelo medo da sanção. A tipificação penal para crimes contra a flora em APPs e na Mata Atlântica estão previstos nos artigos 38, 38-A e 39 da referida lei, os quais preveem penas de detenção de 01 a 03 anos, ou multa ou ambas as penas cumulativamente:

> Art. 38. **Destruir** ou **danificar** floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou **utilizá-la com infringência das normas de proteção**: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. Art. 38-A. **Destruir** ou **danificar** vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou **utilizá-la com infringência das normas de proteção**: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. Art. 39. **Cortar** árvores em floresta considerada de preservação permanente, **sem permissão da autoridade competente**: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. (grifo da autora)

Conforme explicam Gomes e Maciel o objeto jurídico dos artigos 38 e 39 é a proteção das florestas de preservação permanente, sendo que o artigo 38 protege também as que estão em formação. Já o artigo 38-A foi uma conquista com o advento da lei 11.428 de 2006, aprovada depois de 14 anos de tramitação e o objeto jurídico tutelado é o Bioma Mata Atlântica. (GOMES; MACIEL, 2015).

Já com relação à legislação ambiental estadual temos o Código Florestal de Santa Catarina, Lei 14.675 de 2009, causou grande discussão o parágrafo único do artigo 120-B.

De acordo com o voto da relatora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 8000030-60.2017.8.24.0000 (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2019) os incisos do artigo 120-B são a reprodução do artigo 4º do Código Florestal, no entanto o parágrafo único do artigo 120-B foi declarado inconstitucional, pois permite que as medidas estabelecidas na lei federal sejam modificadas por ato administrativo discricionário, e isso

vai além da competência suplementar de legislar estadual, além de causar insegurança jurídica.

> Art. 120-B. Consideram-se APPs, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:
> [...]
> Parágrafo único. As medidas das faixas de proteção a que se refere este artigo poderão ser modificadas em situações específicas, desde que estudos técnicos justifiquem a adoção de novos parâmetros.

Em se tratando de normas ambientais as leis estaduais podem promover uma maior proteção ao meio ambiente do que a prevista na lei federal, mas não permitir a redução de faixas protetivas, como o que permitia este parágrafo ao relativizar as medidas.

2. BIOMA E ECOSSISTEMAS CATARINENSES

De acordo com o IBGE ([2021?]) o território catarinense é composto em sua totalidade pela Mata Atlântica, conforme descrito na lei federal 11.428, por isso a lei da Mata Atlântica deveria ter grande importância e influência para os catarinenses.

Para Milaré a Mata Atlântica é um dos biomas mais ricos do mundo em biodiversidade, e tem diversas espécies arbóreas e não arbóreas, orquídeas e bromélias, bem como diversos animais que são todos endêmicos, bem como abriga indígenas, e comunidades tradicionais de quilombolas e caiçaras (MILARÉ, 2013).

Conforme demonstram Sevegnani e Schroeder a Mata Atlântica está representada por quatro regiões fitoecológicas (Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista ou Floresta com Araucária; Floresta Estacional e Estepe), além, é claro, dos ecossistemas ligados à Floresta Ombrófila Densa, resultante da ação do Oceano Atlântico sobre a costa, que são os Manguezais e as Restingas (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013).

No entanto, em 2013 a cobertura florestal do estado era de 29% (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013), no país a cobertura vegetal da Mata Atlântica está reduzida a 7% do original (que era de 1.300.000 km²). (MILARÉ, 2013).

Diante disso verifica-se a necessidade de aplicarmos as leis de proteção ambiental em Santa Catarina, e como isso pode favorecer sobremaneira a todos os catarinenses atuais e futuros, tendo em vista que um dos benefícios da Mata Atlântica é que ela “preserva as nascentes e fontes, regulando o fluxo dos mananciais que abastecem cidades e comunidades do interior”. (MILARÉ, 2013. p. 1289)

E não só as florestas protegem os recursos hídricos, mas se pode citar os manguezais (formação pioneira com influência fluviomarinha) também, como destacam Sevegnani e Schroeder: “Esta vegetação protege e estabiliza a linha da costa, além de proteger contra os ventos e os efeitos das marés altas, minimizando a erosão”. (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013. p. 131).

Tem-se também as restingas (formação pioneira com influência marinha) que conforme explicam Sevegnani e Schroeder é um ecossistema variado e do período Quaternário:

> Caracteriza-se por apresentar ecossistemas variados, conhecidos como praias, dunas, cordões arenosos, lagunas, lagoas, pântanos (banhados) que ocorrem em solo predominantemente arenosos, que se formaram no período geológico Quaternário (últimos cinco milhões de anos). (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013. p. 116).

Quando se fala em vegetação protetora de recursos hídricos em Santa Catarina, fala-se em proteção da qualidade da água que é consumida, utilizada para banho, pesca e desenvolvimento da vida aquática, proteção da fauna e da flora local. Não há vida sem água, e não existe qualidade da água, em seus diversos aspectos, sem a vegetação correspondente. E a partir disso passa-se a analisar a realidade dos manguezais, com especial destaque para a realidade joinvilense.

3. MANGUEZAL JOINVILENSE

O mangue é por vezes mal compreendido, por sua cor mais escura, ou pelo cheiro desagradável ou por suas plantas com raízes altas. No entanto, como explicam Sevegnani e Schroeder o manguezal é um ambiente com águas calmas e rico em nutrientes ideal para diversas plantas, e animais nutrirem-se e reproduzirem-se. (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013).

Alves apresenta uma definição de manguezal e demonstra a sua extensão como um ecossistema presente em várias partes do mundo:

> Ecossistemas que ocorrem nas zonas de maré; formam-se em regiões de mistura de águas doces e salgadas como estuários, baías e lagoas costeiras. Estes ambientes apresentam ampla distribuição ao longo do planeta, ocorrendo nas zonas tropicais e subtropicais onde as condições topográficas e físicas do substrato são favoráveis ao seu estabelecimento. As maiores extensões de manguezais do mundo estão presentes na região Indopacífica. No Brasil, os manguezais ocorrem desde a foz do Rio Oiapoque, no Estado do Amapá até o Estado de Santa Catarina, tendo como limite sul a cidade de Laguna. (ALVES, 2001. p. 05).

Corroborando este entendimento o IPPUJ apresenta também uma definição de manguezal, ressalta-se a associação de diversos componentes para que seja possível a manutenção deste ecossistema fluvio-marinho, bem como o elevado percentual de espécies que dependem de sua existência:

> O manguezal é um sistema ecológico costeiro tropical, de transição entre a terra e o mar, dominado por espécies vegetais típicas, às quais se associam outros componentes da flora e da fauna, microscópicos e macroscópicos, adaptados a um substrato periodicamente inundado pelas marés, com grandes variações de salinidade. É um ecossistema que apresenta uma alta especialização adaptativa, em razão de um solo periodicamente inundado pela ação das marés e, consequente, variabilidade de salinidade. Esse ecossistema é considerado “berçário da vida marinha”, caracterizando-se por abrigar diversas espécies em estágio inicial de desenvolvimento. Estima-se que 70% das espécies relacionadas à pesca costeira comercial ou recreativa são dependentes do manguezal em alguma etapa de seu ciclo de vida. (IPPUJ, 2011. p. 29).

As plantas e animais que vivem nessas áreas precisam se adaptar às marés, à salinidade, ao lodo anóxico. Por ser um ecossistema um tanto peculiar, a vegetação que o circunda (e que já está adaptada) não deve ser simplesmente substituída por espécie exótica ou simplesmente derrubada, ou pode prejudicar toda a vida do mangue.

Destaca-se a seguir uma imagem na popularmente conhecida Avenida Beira-Mangue em Joinville, de frente para a rua Santa Mônica, no bairro Boa Vista, em que observa-se a plantação de verduras, bananeiras entre outras plantas exóticas a esse

ecossistema, bem como uma placa com a seguinte inscrição “Proibido arrancar as plantas”.

Figura 1 – Imagem do Google Maps de Joinville



Fonte: Joinville (2011).

As bananeiras possuem necessidade de absorção de muita água, e o solo do mangue é muito úmido, e portanto, a bananeira acaba por drenar o solo, e com isso prejudicando o manguezal como um todo.

> Por serem mínimas as reservas hídricas da bananeira, as plantas são obrigadas a equilibrar constantemente, pela absorção radicular, as perdas de água por transpiração. Portanto, em todas as fases de desenvolvimento da bananeira, a deficiência temporária de água no solo causa sérios danos à planta: no período vegetativo, a falta de água afeta a taxa de desenvolvimento das folhas; no florescimento, limita o crescimento e o número de frutos; e no período de formação do cacho, afeta o tamanho e o enchimento dos frutos.[4] (BORGES; SOUZA, 2004. p. 28).

Como destaca Schaeffer-Novelli “embora os manguezais não tenham valor de mercado, sabe-se que exercem uma série de funções gratuitas, como por exemplo, a preservação da linha de costa, retenção de sedimentos, filtro biológico, berçário.” (SCHAEFFER-NOVELLI, [2021?]).

4. BORGES, Ana Lúcia; SOUZA, Luciano da Silva Souza. *O cultivo da bananeira*, p. 28.

Sobre a preservação da linha de costa, Alves apresenta a importância da vegetação típica de mangue como uma barreira natural: “Proteção da linha de costa - a vegetação desempenha a função de uma barreira, atuando contra a ação erosiva das ondas e marés, assim como em relação aos ventos.” (ALVES, 2001. p. 12).

Conforme demonstram Sevegnani e Schroeder os maiores e mais diversificados manguezais catarinenses são os da Baía da Babitonga e o da Ilha de Florianópolis:

> Duas áreas com manguezais se destacam em extensão, diversidade e densidade de espécies: a Baía da Babitonga (São Francisco do Sul, Araquari, Joinville, e Barra do Sul) e os manguezais da Ilha de Santa Catarina (Florianópolis). Essas áreas foram e continuam sendo afetadas de diferentes formas, principalmente com relação à expansão das cidades próximas a esses ambientes. (SEVEGNANI; SCHROEDER, 2013. p. 132).

Destaca-se que o maior manguezal do litoral sul é o da Baía da Babitonga com 62 km² conforme estudo apresentado pelo IPPUJ:

> Apesar da ocorrência de manguezais até o município catarinense de Laguna, é na Baia da Babitonga que ocorre a maior concentração no litoral sul do Brasil, com uma área de 62 km². Em Joinville, os manguezais ocorrem nas margens da lagoa do Saguaçu e da Baia da Babitonga, com cerca de 36,54 km², mais de 50% da área total da baia. (IPPUJ, 2011. p. 29)

Verifica-se que um dos principais problemas enfrentados por esse bioma é o corte da vegetação típica para a expansão urbana. Schaeffer-Novelli destaca um dos problemas causados pela ausência dessa vegetação, que como já visto, é uma barreira natural:

> A ocupação urbana também é um grande fator de degradação dos manguezais, como o que ocorreu com a Coroa do Meio, em Aracajú/SE. O manguezal, ocupado por catadores, foi cortado para dar origem a um bairro residencial de luxo. A orla de Coroa, desprovida das árvores de mangue começou a sofrer erosão do mar, causando destruição de parte da estrada asfaltada recém-construída. (SCHAEFFER-NOVELLI, [2021?]).

Em Joinville a ocupação do manguezal começou em 1970, aproximadamente, com a demanda por terrenos de baixo custo para a população de trabalhadores migrantes, tendo em vista a necessidade de mão de obra barata para a indústria local:

> Com histórico uso pelas comunidades tradicionais ribeirinhas, o manguezal desempenha relevante função econômica face aos recursos pesqueiros que propicia. Sua ocupação em Joinville teve início na década de 1970, associada a uma demanda por terrenos de baixo custo que propiciassem o assentamento de uma população trabalhadora migrante, atraída à cidade pela ampliação do parque industrial metalúrgico e metalmecânico, carente de mão de obra barata. (IPPUJ, 2011. p. 29)

Nesse contexto é nítida a tensão entre direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no entanto já existe a possibilidade de regularização fundiária em APP, mas essa intervenção ainda pode trazer diversos danos ambientais para as sociedades.

As ocupações irregulares, geralmente são muito rápidas e é muito difícil a sua reversão, conforme aponta Ferraz, e um grande problema da regularização fundiária em APP's situadas em áreas urbanas para os administradores é que ao privilegiar os moradores irregulares pode acabar prejudicando toda a sociedade, inclusive os próprios ocupantes irregulares:

> Todavia, as ocupações realizadas por pessoas economicamente hipossuficientes se dão em larga escala, com tal rapidez e quantidade de moradias precárias que se instalam, que a solução do problema revela um agudo confronto entre a defesa do interesse difuso da sociedade na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a necessidade de tutelar a posse precária, consolidada e de difícil reversão, em razão dos custos econômicos e sociais que tal reversão demandaria. O administrador público, então, pode se perder na tentativa de resolver o problema ao se distanciar de sua dimensão: privilegiar os ocupantes de áreas de mananciais, por maior número que representem, sempre trará um prejuízo difuso imensurável à população que se serve daquele recurso natural, dentre os quais estão os próprios ocupantes. (FERRAZ, [2014?])

Outro problema a ser considerado é que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, portanto não pode ser exercido com exclusividade, como explica Abe:

> (...) a impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso o Estado, porque uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direito (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade. Isso porque no fenômeno da propriedade pública ocorre a distinção entre o titular do bem (que seria a pessoa jurídica de Direito Público: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações), o administrador do bem (agentes públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade). (ABE, 2007)

Não obstante essas ponderações, há o fato de que uma APP em área urbana, conforme explica Oliveira Júnior, tem o foco da sadia qualidade de vida, através da proteção da vegetação:

> Teoricamente, a APP no ambiente urbano, tem por foco a defesa da vegetação das margens dos cursos d'água com benefícios à sadia qualidade de vida em todas as suas formas, sendo, por este modo, considerada um direito humano fundamental de todos os seres vivos que se inter-relacionam nos referidos espaços, direta ou indiretamente. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014. p. 137).

Vale ressaltar que não há como morador comum, conforme afirma Pinto, avaliar essas áreas ocupadas irregularmente, todo o impacto e riscos que envolvem uma edificação em determinada área, até por isso que um dos requisitos para a regularização fundiária em APP urbana é a apresentação do estudo de impacto ambiental:

> A impossibilidade de avaliação pelo morador comum da qualidade e dos riscos envolvidos na alteração do meio ambiente, mediante urbanização e edificação, evidencia uma forte assimetria de informações com relação aos produtores do espaço urbano. Esta assimetria de informações verifica-se tanto na ocupação de uma edificação por seus moradores quanto nos efeitos das obras públicas e privadas sobre os vizinhos e demais moradores. Riscos para a segurança, como a possibilidade de desmoronamento e alagamento e para a saúde – como doenças

> decorrentes de gases tóxicos emitidos por fábricas e automóveis – só são avaliáveis por especialistas nas respectivas áreas. O mesmo se pode dizer dos efeitos das diversas intervenções urbanísticas sobre a qualidade de vida dos moradores. (PINTO, 2011 *apud* OLIVEIRA FILHO, 2014. p. 140-141)

Diante disso, verifica-se que não basta apenas a lei permitir que as APP's sejam ocupadas, mas deve-se analisar todo o contexto ambiental, para evitar-se catástrofes, como ensina Milaré:

> Convindo em que o ecossistema planetário (ou o mundo natural) tem valor intrínseco por força do ordenamento do Universo, não apenas valor de uso, estimativo ou de troca, é imperioso admitir que ele necessita da tutela do Direito, pelo que ele é em si mesmo, independentemente das avaliações e dos interesses humanos. Se o ordenamento jurídico humano não os tutela, o ordenamento natural do Universo fará isso por sua própria força, independentemente de nossas prescrições positivas, eis que não raras vezes a Natureza vingou-se do homem e das suas agressões e, certamente, continuará a fazê-lo. Nessa "partida de xadrez", a natureza joga melhor e sempre limpo; quem se arrisca a perder somos nós, quando desrespeitamos as regras do jogo. (MILARÉ, 2013. p. 110)

Neste sentido, Beck alerta que a produção industrial sempre é acompanhada por um universalismo de ameaças, que não respeita as fronteiras e que inclusive possui um efeito bumerangue, alcançando, cedo ou tarde, àqueles que produziram ou lucraram com esses riscos (BECK, 2011).

É notório, em Joinville, o fato de que basta a maré estar alta para começar a encher alguns pontos da cidade, e que a combinação entre maré alta e chuva intensa (o que é consideravelmente comum na região), causa a inundação de diversos lugares, bem como o transtorno de moradores perdendo diversas coisas em suas casas, o trânsito impraticável, as perdas do comércio, terminais urbanos fechados, e muitas pessoas ficando ilhadas em meio à enchente.

Tudo isso porque não houve o planejamento e o respeito à vegetação protetora dos recursos hídricos na cidade (rios e manguezal), e a própria população sofre com os danos que causa.

Papa Francisco em seu discurso na ONU, ao citar o Papa Bento XVI também enfatiza que fazemos parte do meio ambiente e são os seres humanos, em última instância, os prejudicados pela degradação ambiental: "A crise ecológica, juntamente com a destruição de grande parte da biodiversidade, pode pôr em perigo a própria existência da espécie humana. A criação vê-se prejudicada 'onde nós mesmos somos a última instância'" (PAPA, 2015).

Nesta senda, Gebara ensina que não podemos viver separados do meio ambiente, e por isso a importância ao respeito aos diversos ecossistemas: "Não somos o que somos sem a água, sem o ar, sem a complexidade dos mares e das florestas. Não somos sem a Terra". (GEBARA, 2010. p. 231).

Cabe, não só apenas as instituições e Estados, mas a cada cidadão empenhar-se no cuidado do meio ambiente, e especialmente dos operadores do direito, que são detentores do conhecimento legal.

CONCLUSÃO

Verifica-se a partir deste estudo que é de extrema importância preservar as matas ciliares e demais vegetações protetoras de recursos hídricos, tendo em vista o papel que desempenham no equilíbrio ecológico.

Equilíbrio esse que é ameaçado constantemente por ações humanas, e portanto cabe ao Direito tutelar o Meio Ambiente, evitando maiores catástrofes e garantindo a continuidade de diversas espécies, inclusive a humana.

No entanto, não basta a edição de leis, mas é preciso a análise de cada caso concreto, e principalmente a conscientização da importância ambiental.

Enquanto não aflora referida consciência ecológica no Brasil é de extrema importância a lei de crimes ambientais, tendo em vista que algumas pessoas só deixam de praticar algumas ações por medo das sanções.

Mas traz grande esperança a questão do constitucionalismo andino garantindo direitos ao meio ambiente, mesmo que ainda não seja aplicado no Brasil, observam-se autores defendendo o meio ambiente em si e não apenas por garantir uma qualidade de vida.

Por fim, conclui-se que o as vegetações protetoras de recursos hídricos, sejam as matas ciliares, ou a vegetação de mangue, por exemplo, são de extrema importância para garantir a qualidade da água, a proteção da biodiversidade e também a proteção contra desastres naturais causados, por exemplo, pela erosão, assoreamento e principalmente, no caso joinvilense, as enchentes.

Diante disso verifica-se que é necessário haver um empenho mútuo para a conscientização ambiental, principalmente dos juristas ao lidar com o conflito de direitos e analisar; orientar e decidir levando em conta os diversos fatores ambientais para a preservação da natureza e da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABE, Nilma de Castro. **Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-NILMA%20DE%20CASTRO.pdf>. Acesso em: 25. nov. 2014.

ALVES, Jorge Rogério Pereira. **Manguezais**: educar para proteger. Rio de Janeiro: FEMAR: SEMADS, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
BECK, Ulrich, Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BORGES, Ana Lúcia; SOUZA, Luciano da Silva. **O cultivo da bananeira**. Cruz das Almas: Embrapa Mandioca e Fruticultura, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02. jun. 2021.

BRASIL. **Decreto no 23.793, de 23 de janeiro de 1934**: Approva o código florestal que com este baixa. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm> Acesso em: 26. maio. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934:** Decreta o Código de Águas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm> Acesso em: 02. jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 9.433, de 08 de janeiro de 1997:** Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm>. Acesso em: 02. jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.695, de 12 de fevereiro de 1998:** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acesso em: 02. jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006:** Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm> Acesso em: 02. jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012:** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm> Acesso em: 26. maio. 2021.

CARVALHO, Lucas Azevedo de. **O novo código florestal comentado artigo por artigo**, com as alterações trazidas pela Lei 12.727, de 17.10.2012 e referências ao Decreto 7.830 de 17.10.2012. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. **Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado**: Novos instrumentos jurídicos para regularização de terras urbanas. Alternativas de custeio. Disponível em: < https://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Ferraz.pdf>. Acesso em: 13. Nov. 2014.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Direito Ambiental Matas Ciliares**: conteúdo jurídico e biodiversidade. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

GEBARA, Ivone. **Vulnerabilidade, Justiça e Feminismos**: antologia de textos. São Bernardo Do Campo: Nhanduti Editora, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Lei de crimes ambientais**: comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2001. Originalmente publicado em 1651.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Brasil em síntese**. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html>. Acesso em: 14.jun. 2021.

INTERNATIONAL GROUNDWATER RESOURCES ASSESSMENT CENTRE (IGRAC). **Qu'est-ce que les Eaux Souterraines?**. Disponível em: <https://www.un-igrac.org/fr/quest-ce-que-les-eaux-souterraines>. Acesso em: 01.jun.2021.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E PLANEJAMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DE JOINVILLE (IPPUJ). **Joinville**: cidade em dados 2010/2011. Joinville: Prefeitura Municipal, 2011.

JOINVILLE SC. *In*: GOOGLE maps. Mountain View: Google, 2011. Disponível em: <https://www.google.com/maps/@-26.3042376,-48.8161012,3a,75y,192.3h,83.37t/data=!3m7!1e1!3m5!1sK9lVgj-Sn-58y8Xq_stsBA!2e0!5s20110701T000000!7i13312!8i6656>. Acesso em: 18. jun. 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

MINAS GERAIS. JFMG – Justiça Federal de Minas Gerais - 6ª Vara Federal Cível da SJMG – Procedimento Comum Cível - 1009247-73.2017.4.01.3800 – Juíza: Sônia Diniz Viana. Data de Publicação: 21/09/2018.

MONTESQUIEU, **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007. Originalmente publicado em 1748.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zedequias de. **Áreas de preservação permanente urbana dos cursos d'água**: responsabilidade do Poder Público e ocupação antropológica à luz do novo Código Florestal e seus reflexos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2014.

PAPA Francisco, **Discurso Visita à sede da Organização das Nações Unidas – ONU**, Nova Iorque: Santa Sé, 25. set. 2015. Disponível em:

<https://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html>. Acesso em: 04. out. 2016.

SANTA Catarina. **Lei 14.675 de 13 de abril de 2009**: Institui o Código Estadual do Meio Ambiente e estabelece outras providências. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 2009. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2009/14675_2009_Lei.html> Acesso em: 14.jun.2021.

SANTA CATARINA. TJSC- Tribunal de Justiça de Santa Catarina – 2ª Vice-Presidência – Ação Direta de Inconstitucionalidade – 8000030-60.2017.8.24.0000 - Relatora: Soraya Nunes Lins. Data de publicação: 07/06/2019.

SCHAEFFER-NOVELLI, Yara. **Grupo de ecossistemas**: manguezal, marisma e apicum. Disponível em: <http://brazilrounds.anp.gov.br/arquivos/Round7/arquivos_r7/SISMICA_R7/refere/manguezal_marisma_apicum.pdf>. Acesso em: 17.jun.2021.

SEVEGNANI, Lucia; SCHROEDER, Edson. **Biodiversidade catarinense**: características, potencialidades, ameaças. Blumenau: Edifurb, 2013.

SILVA. José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVESTRE, Maria Elisabeth Duarte. **Código de 1934***: água para o Brasil industrial*. Disponível em: <http://www.feth.ggf.br/%C3%81gua.htm>. Acesso em: 02. Jun.2021.
SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamama y el humano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS MÃES ENCARCERADAS: OS IMPACTOS DO HABEAS CORPUS COLETIVO N° 143.641/SP PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Kellyn Michels Bonetti Schiefler Fontes[1]
Thaís Cristina Lara Fettback[2]
Helena Schiessl Cardoso[3]

Resumo: O Habeas Corpus coletivo n° 143.641/SP, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 20/02/2018, determinou a prisão domiciliar, para mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças sob sua responsabilidade, em todo território nacional. A decisão pautou-se nas evidentes violações dos direitos fundamentais das mulheres que vivem em ambientes prisionais degradantes, impossibilitando o devido amparo à maternidade de nascidos e nascituros. Diante disso, investigam-se as repercussões do julgamento, conferido em caráter coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a situação carcerária das mulheres nos 27 estados federados. Para tanto, o método de abordagem é dedutivo e a técnica de pesquisa é empírica e bibliográfica. São abordados a realidade das mulheres presas no Brasil, seus direitos, as violações e os reflexos do HC coletivo. O Habeas Corpus coletivo n° 143.641/SP impactou positivamente em alguns casos, não sendo, contudo, possível verificar a razão da não substituição da prisão em todas as situações, o que revela a necessidade de futuras pesquisas que aprofundem o levantamento das realidades locais.

Palavras-chave: Prisão no Brasil; Direitos das Mulheres; Maternidade no Cárcere; Habeas Corpus nº 143.641/SP.

INTRODUÇÃO

Os direitos das mulheres encarceradas estão dispostos em diversos diplomas normativos, a exemplo da Constituição Federal, da Declaração dos Direitos Humanos, do Estatuto da criança e do Adolescente e da Lei de Execução Penal (LEP), que visam a proteção das garantias fundamentais desse gênero, que se diferencia por sua especificidade e vulnerabilidade. Em virtude da falta de cumprimento de direitos e necessidades das gestantes e mulheres mães encarceradas foi impetrado, em fevereiro de 2018, pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), pela Defensoria Pública da União e pelo defensor público-geral federal, a ação de Habeas Corpus nº 143.641/SP.

Este remédio constitucional teve como escopo conceder em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentam a condição de gestantes, e puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Assim, a problemática da presente pesquisa está na investigação do impacto do Habeas Corpus nº 143.641/SP, conferido em caráter coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a situação carcerária e os direitos constitucionais das mulheres nos 27 estados federados.

Ao analisar o impacto do Habeas Corpus nº 143.641/SP como garantia de direitos das gestantes e mães no sistema carcerário, a hipótese levantada é que a aplicabilidade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, no cenário brasileiro, irá repercutir de

1. Bacharel em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.
2. Bacharel em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.
3. Professora Doutora do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.

forma positiva na preservação dos direitos das mulheres gestantes e puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, presas preventivamente. Assim, as presas não ficarão mais sujeitas ao descaso do Estado e poderão usufruir de um local digno para cumprimento de sua pena.

Neste prisma, este artigo tem como objetivo geral verificar o impacto do Habeas Corpus nº143.641/SP, conferido em caráter coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a realidade e os direitos constitucionais das mães encarceradas no sistema prisional brasileiro. Além disso, tem como objetivos específicos (a) esboçar o desenho constitucional do sistema prisional brasileiro, em especial, no que diz respeito aos direitos das mulheres encarceradas; (b) problematizar a realidade do cárcere para as mulheres gestantes e mães à luz do Habeas Corpus nº 143.641/SP, e (c) por último, analisar dados empíricos sobre o sistema prisional brasileiro a fim de verificar eventual impacto do Habeas Corpus nº 143.641/SP sobre a realidade carcerária feminina.

A metodologia empregada parte do método dedutivo, tendo em vista que parte da análise geral de dados obtidos pelas referências e pelo levantamento de dados numéricos para então verificar eventual repercussão do Habeas Corpus na realidade carcerária. A primeira etapa traz uma construção teórica sobre o tema, análise doutrinária e legal dos direitos e garantias fundamentais da mulher. A segunda etapa, concomitante à primeira, trata da apreciação da eficácia da medida assecuratória que visa garantir às gestantes e mães o cumprimento da prisão em ambiente domiciliar. Por fim, a terceira etapa consolida os dados produzidos nas etapas anteriores mediante análise, levantamento de dados e cruzamento de informações.

Em relação aos tópicos, a priori, faz-se um levantamento bibliográfico no que tange o ordenamento jurídico brasileiro e os direitos das mães, gestantes e puérperas no cárcere à luz dos direitos constitucionais e infraconstitucionais.

A pesquisa volta-se à realidade da mulher presa no Brasil, trazendo dados oficiais do perfil e do número da população prisional feminina, de forma a demonstrar que o sistema carcerário tem demandas e necessidades específicas, tendo como objeto mulheres mães, gestantes e puérperas, traçando, ao final, a situação precária dos estabelecimentos prisionais com o intuito de demonstrar que o cenário atual degradante viola os direitos das mulheres mães, gestantes e puérperas.

O artigo versa sobre a mulher encarcerada e o Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP, além de discutir os reflexos do Habeas Corpus nº 143.641/SP no sistema prisional brasileiro a partir de dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

1. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DIREITOS DAS MÃES, GESTANTES E PUÉRPERAS NO CÁRCERE

A humanidade vivencia uma evolução histórica, os direitos e as garantias que antes não eram relevantes passaram a ser importantes e se tornaram o coração da Constituição e dos ordenamentos jurídicos pátrios.

A Lei Suprema traz em seu preâmbulo que o “Estado Democrático será criado para assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade e o bem-estar” (BRASIL, 1988). Assim, confere ao indivíduo proteção aos seus direitos e garantias fundamentais, em especial, proteção aos seres humanos a viverem com dignidade.

Contudo, mesmo tendo previsão legal assegurando às apenadas a garantia de tratamento em conformidade com a dignidade da pessoa humana, historicamente a ótica

masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

O crescimento da taxa de encarceramento feminino, por sua vez, está ampliando as discussões e consequentemente aumentando a visibilidade da situação, contribuindo para o aumento da produção normativa, pesquisas e busca de tornar melhor a condição feminina no sistema prisional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Embora o Governo Brasileiro tenha participado ativamente na elaboração das Regras de Bangkok[4], principal marco normativo internacional na luta pelos direitos das mulheres encarceradas, o Brasil, todavia, carece de fomento à implementação e à internalização eficaz de políticas públicas às especificidades de gênero no encarceramento feminino. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). Desta forma, Peres (2018, p. 67) afirma que:

> As mulheres têm necessidades específicas e peculiares, conforme a idade e situação a qual se encontram, sobretudo, no que diz respeito à saúde reprodutiva. As necessidades de gênero são completamente diferentes em relação aos homens; no entanto, estas são tratadas como iguais a eles ou ainda mais menosprezadas, fazendo com que suas individualidades não sejam respeitadas.

Ficou evidenciado que o cárcere não atende as peculiaridades das mulheres, especialmente daquelas que se encontram em situação mais vulnerável, como é o caso das gestantes e puérperas, pois o ambiente foi projetado para o gênero masculino e "adaptado" ao universo feminino. Conforme Magalhães (2020, p. 22),

> As mulheres encarceradas sofrem dupla negligência, uma vez que, além de pertencerem ao grupo já marginalizado dos presidiários, a falta de investimentos e políticas sob uma perspectiva de gênero fazem com que muitas vezes essas mulheres sejam tratadas como homens, deixando de ter acesso a itens básicos de saúde, como absorventes ou exames ginecológicos.

Devido as diversas peculiaridades inerentes à condição da mulher, que dentro do sistema prisional é tratada como homem, faz-se necessário analisar as particularidades do gênero, tendo em vista que o resultado do encarceramento da mulher culmina em diversas violações de direitos e garantias fundamentais das mulheres, das mães e das grávidas.

1.1 Direitos à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal nasceu pela defesa e efetivação dos direitos do indivíduo e da comunidade ampliando a noção de direitos fundamentais e elencando em seu texto as normas jurídicas que definem as garantias e os direitos que estão consolidados dentro do ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana assumiu grande importância na jurisdição constitucional brasileira, tornando-se fundamento da República, de acordo o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

4. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

De acordo com Diniz (1998, p. 47), a dignidade corresponde “ao direito que leva ao respeito à pessoa, significando a ausência de tratamento desumano, violento, constrangedor ou vexatório”.

Este fundamento apoia-se na garantia dos direitos básicos em desfavor dos tratamentos opressores e abusivos, além de servir como inspiração e base para todo ordenamento jurídico vigente brasileiro.

Ao analisar o contexto carcerário, fica evidente que o descaso é transparente, pois as condições são precárias e desumanas. O Estado, ao negar o caráter de pessoa aos apenados, isenta-se de prestar a tutela devida, violando sistematicamente os direitos fundamentais de muitas mulheres.

No mesmo sentido, Nascimento (2012, p. 62) enuncia que:

> As negligências que o sistema penitenciário apresenta ferem a dignidade dos detentos, pois, enquanto a população carcerária aumenta cada vez mais, cresce também o sucateamento desse espaço. Aqueles/as que antes violaram direitos, agora têm seus direitos violados nas prisões. Os/as tidos/as como criminosos/as são esquecidos/as e renegados/as pela sociedade e a prisão por ser o “lugar do crime” não merece atenção, o estigma produzido pela prisão acaba afastando quem poderia contribuir para modificá-la. Assim, esse ambiente é apenas lembrado quando dele precisamos, ou seja, para punir e culpabilizar a pessoa que comete um crime.

Nesse cenário, fácil é certificar que a dignidade da pessoa humana não está sendo efetivada por presídios superlotados, falta de higiene, péssima estrutura, ambiente desumano e constrangedor, o qual carece de políticas públicas que lembrem que a mulher é detentora de direitos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana impõe uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem.

Com o desenvolvimento e consequente aumento da população carcerária, garantir de forma efetiva a aplicabilidade dos direitos fundamentais dentro do sistema carcerário, tem sido um grande desafio, pois a existência de direitos não é garantia suficiente para que estes sejam empregados de maneira satisfatória.

Nessa linha, Sarlet (2011, p. 73) ressalta que:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Portanto, a dignidade é um valor concebido desde o nascimento e está em constante construção. Frente a isso, há de se afirmar que não caberia qualquer outro direito se antes não fosse assegurado o direito à vida. Como explicitado por Mendes (2012, p. 296) “a vida humana – como valor central do ordenamento jurídico é

pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade humana – impõe medidas radicais para sua proteção".

O direito à vida, exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, marco inicial da existência humana, está disposto como primeiro dentre os direitos fundamentais por servir de suporte na orientação e sentido aos demais direitos como liberdade, igualdade, segurança e propriedade, elencados no artigo 5º, caput, do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Ao refletir sobre a evolução e constante transformação dos direitos fundamentais frente às peculiaridades dos seres, faz-se necessário levar em consideração a diferença existente entre eles e o momento atual no qual ele está inserido. Neste ponto, transcreve-se lição de Mendes (2012, p. 177):

> Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelos princípios de respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, às gestantes, aos idosos, às crianças.

Assim, no período de gravidez, a mulher se encontra em uma situação distinta, ocupa posição específica, levando à necessidade de serem explicitados novos direitos, adequando-se ao caso concreto e às particularidades de cada indivíduo na vida social.

A vida, direito fundamental, irrenunciável, não se resume apenas ao fato de não ser morto, e sim também a uma vida digna, de qualidade e saudável. Na mesma linha, Mello afirma que o direito à saúde representa consequência constitucional do direito à vida (BRASIL, 2000).

O Direito à saúde, além de direito fundamental é um direito social e está previsto no artigo 6º, caput, da CRFB/1988, juntamente com a educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, transporte, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Além do artigo 6º, caput, o direito à saúde, tutelado como direito inerente a qualquer indivíduo, também está consagrado em seção especial da mesma Constituição que destaca em seu artigo 196 que: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1998).

Direito à vida, direito à saúde, direito à proteção da maternidade são direitos fundamentais essenciais, iguais e inalienáveis inerentes a todos os seres, sem distinção, que estão dispostos dentre os 30 artigos da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, resolução essa que se proclama como sendo "o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Tem-se, a partir do que foi exposto, que o direito à saúde é um direito de todos, aplica-se a qualquer indivíduo e não a determinado grupo de pessoas, o que fica claro com a decisão do ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no AgR-RE nº 271.286-8/RS (BRASIL, 2000), nos termos seguintes: "Ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional".

Como sendo um dever do Estado, cabe a ele garantir mediante políticas públicas, sociais e econômicas meios para viabilizar a promoção, a prevenção e a recuperação da saúde.

Ao lado do direito à saúde, também com previsão legal no rol dos direitos sociais, está o direito à proteção da maternidade e da infância, que visa preservar os direitos da mulher frente às diferenças do gênero, primordialmente no artigo 6º da Constituição, com a seguinte redação:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito deve proteger os direitos de todos, sem distinção de raça, gênero, cor, mesmo daqueles que cumprem uma determinada pena por terem violado as leis do Estado. Além disso, deve garantir os direitos fundamentais à saúde, educação, tratamento, e possibilidades de ressocialização das mulheres presas, especialmente àquelas que carregam em seu ventre um bem maior: um filho.

1.2 Direitos à luz das normas Infraconstitucionais

O que se verifica ao longo dos anos é a precariedade das políticas públicas voltadas aos gêneros mais vulneráveis, uma vez que o Estado, na maioria do tempo, mostra-se omisso com os cuidados à saúde, infraestrutura prisional, higiene, etc.

Os direitos das mulheres encarceradas, especialmente as gestantes, estão dispostos em várias normas que vão desde a Constituição Federal, além da Declaração dos Direitos Humanos, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em normas infraconstitucionais, como a Lei de Execução Penal (LEP), que visam a proteção das garantias fundamentais desse gênero que se diferencia por sua especificidade e vulnerabilidade.

A Lei de Execução Penal, Lei n° 7.210 de 11 de julho de 1984, tem por finalidades básicas, conforme Santos (1998, p. 13), “tanto o cumprimento efetivo da sentença condenatória como a recuperação do sentenciado e o seu retorno à convivência social”.

Com isso, percebe-se que a execução não é a mera punição pelo cometimento do ato ilícito com intuito de reprimi-lo, mas, vai além. O Estado é responsável por garantir os direitos mínimos do apenado para sua manutenção, e assim lhe dar condições de restauração para torná-lo apto à reintegração social.

Conforme a lei supracitada, em seus artigos, referencia “o direito à assistência à saúde, incluindo atendimento médico, além de dar direito à gestante carcerária, acompanhamento do pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (BRASIL, 1984).

Não há dúvida da responsabilidade do Estado em prestar assistência adequada para sobrevivência do sujeito. Pois, mesmo estarem aprisionadas, limitadas em sua liberdade, elas têm primeiramente direito à vida, como também à saúde e acompanhamento durante todo seu período gestacional e pós gestacional, efetivando o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Só com a saúde minimamente equilibrada é possível alcançar o bem-estar mental e físico, indispensáveis para recuperação da presa.

O artigo 82, parágrafo 1º e 2°, da LEP (BRASIL, 1984), mostra a preocupação do Estado em promover o bem-estar da mulher quando apresenta condição especial, como as gestantes, em oferecer ambiente adequado e próprio, dotados de berçário, no qual as condenadas possam cuidar dos seus filhos como também amamentá-los durante seu período prisional.

Quanto à saúde e higiene da presa, a LEP (BRASIL, 1984) preconiza nos seus artigos que:

> Art. 88: O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
> Art. 89: A penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Manter as devidas instalações médico-sanitárias, consoante Mirabete (2007, p. 69), "constitui hoje necessidade indeclinável a administração manter a saúde dos presos e internados e atendê-los em caso de enfermidade, procurando um adequado regime sanitário nos estabelecimentos".

Frente a isso, a saúde, direito fundamental e também social inerente à vida do indivíduo, garantida pela CF, também prevista na Constituição da Organização Mundial da Saúde, destaca que "Gozar do melhor estado de saúde, que é possível atingir, constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social" (OMS, 1946).

Uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro foi a inclusão do artigo 112, § 3º, pela Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018), o qual estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, disciplinando o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas nesta situação:

> § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
> I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
> II – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
> III – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
> IV – não ter integrado organização criminosa.

O artigo 117 da LEP indica que "somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: [...] III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante" (BRASIL, 1984).

O privilégio de cumprir a pena em domicílio nestes casos deve-se pela preocupação do Estado frente à situação calamitosa do sistema penitenciário brasileiro, incapaz de oferecer ambiente adequado ao período gestacional. Assim, com a inclusão do parágrafo terceiro, cumpridos os requisitos legais, a presa gestante poderá cumprir sua pena em ambiente domiciliar.

A crítica ao sistema carcerário brasileiro também encontra voz em Greco (2011, p. 13) que afirma que:

> O sistema prisional está falido, e isso não é novidade. Seus direitos mais comezinhos são deixados de lado. Tomar banho, alimentar-se, dormir, receber visitas, enfim, tudo o que deveria ser visto com normalidade em qualquer sistema prisional, em alguns deles, como é o caso do Brasil, parece ser considerado regalia.

As regras mínimas para tratamento de presas gestantes no Brasil também foram estipuladas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), com a resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994, a qual enaltece normas que já foram previstas pela LEP, quais sejam:

> Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais, para tratamento específico, atendendo ao princípio da individualização da pena. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios e quando estiverem em período puerperal, serão asseguradas condições para que possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos. O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1994, p. 2).

Mesmo diante de todo esse arcabouço jurídico acima delineado, com destaque para os preceitos normativos da Constituição, da Lei de Execução Penal, além das conquistas legais recentes, os quais teoricamente deveriam proteger as peculiaridades e vulnerabilidades das mulheres mães e das gestantes, o que se percebe na prática é a constante violação dos seus direitos humanos.

2. REALIDADE DA MULHER PRESA NO BRASIL

O encarceramento de mulheres vem aumentando significativamente no Brasil, trazendo impacto para as políticas de segurança, administração penitenciária, assim como para as políticas específicas de combate à desigualdade de gênero (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

O sistema prisional ao ser estruturado, não foi projetado tendo como base políticas públicas voltadas ao gênero feminino. Este problema está presente no contexto histórico do Brasil, onde apesar das particularidades do gênero e do aumento da população carcerária feminina, a percentagem de diretrizes direcionadas para as mulheres, em especial para as gestantes mães, é ínfima, pois via de regra as penitenciárias e presídios femininos são adaptações das unidades prisionais direcionadas ao gênero masculino.

Segundo Silva (2015, p. 23), “o sistema prisional quando foi projetado, não visava o mundo feminino, razão esta que resta evidente, pois desde os primórdios este ambiente foi construído com base nos homens”.

Devido ao aumento do encarceramento feminino e por conta das demandas específicas, surge a necessidade de garantir os direitos das mulheres dentro do sistema carcerário que é voltado em todos os aspectos ao gênero masculino.

Isso se tornou um grande problema, pois há um número crescente de mulheres presas em meio a um cenário no qual o Estado é omisso em tutelar a garantia do mínimo necessário para a encarcerada ter uma vida digna.

As condições precárias existentes no cárcere caracterizam violação dos direitos do homem, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

2.1 Encarceramento em massa e população prisional feminina

No contexto social, de um modo geral, é possível verificar as desigualdades entre os gêneros, havendo um domínio social masculino. Neste ponto, Borilli (2005, p. 42) destaca que:

> O tratamento prisional para a encarcerada é pior que o dispensado aos homens, que também têm precárias condições no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é patente e decorrente de questões culturais vinculadas à visão da mulher como presa e com direitos ao tratamento condizente com as suas peculiaridades e necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal explicitada no artigo 5º., inciso XLVIII, segundo o qual "...a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado...". É necessário entender a mulher como um indivíduo que precisa de um tratamento diferente por suas peculiaridades.

Salienta-se ainda, neste cenário, segundo o Ministério da Justiça (2014, p. 5), que os serviços e políticas penais foram estruturadas sob a ótica masculina não levando em consideração as diversidades da realidade prisional feminina dentre elas a gestação e a maternidade.

Nos últimos anos, segundo informações publicadas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias especialmente dedicado às mulheres presas, houve um aumento significativo na população carcerária feminina, superior à dos homens, sendo que em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

É curioso compreender o que levou a essa evolução tão rápida da criminalidade feminina com aumento de 656% em apenas 16 anos.

Um estudo realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, demonstrou uma evolução histórica da mulher criminosa. A figura da mulher relacionada à criminalidade teve aumento na medida em que esta conquistou direitos e adentrou ao mercado de trabalho. Em seu estudo, Andrade (2002, p. 169) esclarece:

> Que as causas da criminalidade da mulher são múltiplas, a maior participação da mulher na sociedade importa situações sérias e de grandes repercussões nas estruturas sociais estabelecidas. Num caminhar de processo lento, a mulher adentrou num campo de predomínio masculino. Essa modificação de papéis, de novas situações e que não eram de domínio feminino tornaram a mulher vulnerável e mais sujeita ao mundo crime.

Tem-se a partir do exposto, que a evolução da visão do sistema criminal da mulher é paralela às conquistas de direitos e reconhecimento igualitário alcançadas ao longo dos anos, passou de uma posição de pouco destaque dentro da sociedade, como um elemento secundário, para posição de destaque em pé de igualdade ao sexo masculino.

Junto com esse crescente vem a superlotação carcerária, ambientes insalubres, ausência de iluminação e de higiene, agravando assim o risco de doenças e outros danos, os quais deveriam ser prevenidos pelas políticas públicas e sociais e que todos os indivíduos têm direito, previstos no artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Além disso, em decorrência das particularidades específicas, as mulheres no sistema prisional têm necessidades que precisam ser levadas em consideração pelo Estado. De acordo com os dados do Ministério da Justiça (2014, p. 5), as mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades específicas, agravadas pela distinção dos vínculos e relações familiares comparado com a população masculina, o que acaba impactando de forma direta nas condições de confinamento à que estão submetidas.

A privação de liberdade é considerada um dos piores sofrimentos para o ser humano, sendo para a mulher um martírio superior quando contraposto ao do homem tendo em vista que em decorrência dessa privação elas são afastadas de seus filhos, familiares e da privacidade do seu lar (ANDRADE, 2002).

Diante do exposto, na maior parte dos casos o sistema prisional brasileiro é falho, pois estão ausentes as condições mínimas para os apenados em se tratando do gênero feminino, principalmente por conta das diferenças existentes, sendo o papel do Estado indispensável para solucionar os problemas estruturais que envolvem o mundo feminino no ambiente prisional.

2.2 Violação de direitos das mulheres mães, gestantes e puérperas presas

Em sentido amplo, a maternidade envolve a concepção, o parto e o desenvolvimento da criança. Quando inserida no contexto da privação de liberdade, de acordo com Rita (2007, p. 60), a mulher "apresenta uma série de particularidades que se relacionam às condições biogenéticas: ser mãe, período da gestação, amamentação e separação dos filhos".

No artigo 6º da Constituição Federal de 1988 encontram-se elencadas as garantias de direitos sociais de proteção da maternidade e à infância (BRASIL, 1988). Importante também destacar o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que trata de políticas e programas assegurados às mulheres (BRASIL, 1990). Já no artigo 7º, o mesmo Estatuto, no título reservado aos direitos fundamentais, prevê que "a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência" (BRASIL, 1990).

Cabe ao Estado garantir a efetividade dos direitos das mulheres e das crianças independentes se estas estão em situação de encarceramento. Nesse sentido,

> Preservar o superior interesse das crianças é uma obrigação primordial da administração pública e de todo o Estado em geral, conforme estabelece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criando assim uma obrigação inevitável de proteger, promover e desenvolver os melhores interesses de crianças e adolescentes (LÓPEZ-CONTRERAS, 2015, p. 56, tradução nossa).[5]

Contudo, como assegurar a efetivação dos direitos da mulher grávida e mãe e de suas crianças dentro do sistema prisional? Essa preocupação abrange o atendimento pré e pós-natal, o nascimento da criança, o atendimento à saúde de seus filhos, entre outras assistências garantidas por lei.

5. *"Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes".*

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), assegura à gestante e à mulher com filho, assistência médica e permanência em um ambiente salubre, conferindo ao poder público esta função:

> §10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Ao relatar as condições reais existentes no sistema prisional, Mameluque (2006, p. 8) demonstra que os direitos da mulher e da criança, embora garantidos, encontram-se em uma realidade distante do que está previsto em lei, infringindo direitos fundamentais e sociais que não deveriam ser atingidos por conta da privação de liberdade.

Destaca-se que além de todo desrespeito aos direitos da mulher, ocorre concomitantemente a violação dos direitos das crianças. Isto porque apenas 14% das unidades prisionais femininas ou mistas contam com instalações de berçário e/ou centros de referência materno-infantil para que a mãe privada de liberdade tenha um lugar adequado para exercer a maternidade por determinado período, o que geralmente se dá até os dois anos de idade da criança. Esse número é menor ainda quando se investiga o número de creches (2%) voltadas a receber crianças acima de dois anos dentro das instituições femininas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

Não obstante, o artigo 5º, XLV, da Constituição afirma que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”. Assim, é certo que as crianças que vivem dentro do sistema prisional com suas mães, em condições insalubres, sofrem os efeitos da condenação e das decorrentes violações às quais as mulheres estão sujeitas (BRASIL, 1988).

A Constituição ainda prevê em seu artigo 5º, inciso L, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, sendo que o ambiente em que ambos permanecem deveria estar de acordo com todas as normas sanitárias, objetivando o crescimento completo da criança (BRASIL, 1988).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos assegura que os interesses das crianças devem ser aplicados e respeitados conforme as previsões normativas, dando importância às necessidades, conforme suas particularidades.

> De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, “este princípio regulador da regulamentação dos direitos da criança se baseia na dignidade da pessoa humana, nas características das crianças e na necessidade de promover seu desenvolvimento, tirando o máximo proveito de seu potencial, bem como da natureza e do escopo da Convenção sobre os Direitos da Criança” (LÓPEZ-CONTRERAS, 2015, p. 56, tradução nossa).[6]

Esse cenário confirma a problemática contida no julgamento de cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, pelo plenário do STF, indicando que o sistema carcerário brasileiro figura um “Estado de Coisas

6. “*Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.*

Inconstitucional". Nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, "a situação "vexaminosa" do sistema penitenciário brasileiro, ao ocasionar "a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica", configura tratamento "degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia" (BRASIL, 2015).

Assim, dentro do sistema prisional o exercício da maternidade está distante de ser a "realização de um sonho", como declara a maioria das mulheres no que diz respeito à ineficácia das normas públicas e políticas e à violação dos direitos, porque apesar das previsões legais que asseguram garantias e tratamento digno, a realidade no cárcere está longe do ideal.

3. A MULHER ENCARCERADA E O HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP

O Habeas Corpus n° 143.641/SP, impetrado no dia 20 de fevereiro de 2018 pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu), pela Defensoria Pública da União e pelo defensor público-geral federal, teve como escopo tentar assegurar uma vida digna às presas frente à omissão do Estado na garantia desse direito, evidenciado nas condições degradantes e cruéis às quais são submetidas.

Para tentar amenizar o sofrimento e o risco à saúde que essas presas sofriam, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento histórico ao examinar e decidir o Habeas Corpus nº 143.641, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, concedendo a ordem por maioria de votos para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres presas preventivamente que ostentam a condição de gestantes e puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. Conforme o relatório da decisão, os principais pontos alegados pelos autores foram:

> Que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas, em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante. Relataram que, com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, a qual alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição daquela prisão por esta outra, nos casos especificados pela Lei, porém, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido. Esse indeferimento estaria relacionado à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto (BRASIL, 2018).

A partir da evidenciada necessidade de ação em virtude da falta de cumprimento de direitos e necessidades das gestantes e mulheres mães encarceradas, o Supremo Tribunal Federal concedeu às mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade o Habeas Corpus coletivo[7] (BRASIL, 2018).

7. Para ele, quando o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinadas, o instrumento processual para resgatá-lo é o habeas corpus individual ou coletivo. O relator citou o julgamento da ADPF 347, quando o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Citou ainda dados do Infopen que demonstram que as mulheres presas passam por situações de privação. Ainda, revelou que seu voto traz narrativas absolutamente chocantes do que acontece nas prisões brasileiras com mulheres e mães, que demonstram um descumprimento sistemático de normas constitucionais quanto ao direito das presas e seus filhos. O relator votou no sentido de conceder

Um dos pilares para fundamentação do voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, foram as Regras de Bangok, principal marco normativo internacional a abordar essa problemática. Para ele, essas regras propõem um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade (BRASIL, 2018).

Diante disso, a crise carcerária foi comprovada por dados, principalmente do INFOPEN e ADPF 347, os quais demonstram que as mulheres presas passam por situações de privação de direitos assegurados no ordenamento jurídico, além de relatos absolutamente impactantes do que acontece com as mulheres e mães nas prisões brasileiras.

Deste modo, é perceptível que a decisão da 2ª turma do STF foi acertada ao conceder a prisão domiciliar, pois diante de políticas públicas suprimidas, o Estado não consegue proporcionar às mulheres pacientes do Habeas Corpus em questão os preceitos básicos da dignidade humana.

3.1 Reflexos do Habeas Corpus nº 143.641/SP no Sistema Prisional Brasileiro

O sistema prisional brasileiro, como demonstrado anteriormente, encontra-se numa conjuntura lamentável e ultrajante e é nesse contexto que se encontram essas mulheres mães, gestantes e puérperas com suas peculiaridades e que necessitam de atenção especial. Diante dessa situação e após serem demonstrados os direitos assegurados às presas, sejam eles constitucionais e/ou infraconstitucionais, passa-se a analisar os reflexos produzidos pelo Habeas Corpus nº 143.641/SP no cenário prisional brasileiro de acordo com os dados obtidos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

No intuito de responder a questão central deste artigo – qual é o impacto do Habeas Corpus nº 143.641/SP, conferido em caráter coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a situação carcerária e os direitos constitucionais das mulheres nos 27 estados federados – primeiro serão analisadas as informações coletadas em 2019, que têm como escopo esclarecer as concessões do Habeas Corpus nº 143.641/SP, com substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes. Posteriormente, será examinado o mapeamento de mulheres presas, grávidas, parturientes e mães de crianças de até 12 anos no ano de 2000.

No processo nº 08016.010919/2017-09, em 2019, o DEPEN notificou a decisão do STF, como também solicitou aos 27 estados federados os dados atualizados de mulheres presas, provisória ou preventivamente, gestantes e/ou que sejam mães de filhos de até 12 anos (primeira infância). Essas informações geraram duas tabelas, a primeira de mulheres que já foram beneficiadas; a segunda de mulheres que deveriam ter seus processos analisados pelo Poder Judiciário, a fim de verificar o cabimento do Habeas Corpus e consequentemente da prisão domiciliar (Anexo A).

---

a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

Ademais, o processo n° 08016.018784/2018-01, 2020, trouxe o mapeamento de mulheres presas grávidas, parturientes, mães de filhos de até 12 anos ou que estejam acompanhadas de seus filhos em ambiente prisional (Apêndice A).

Contudo, para buscar a resposta da problemática apresentada e analisar se as gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos, presas preventivas, objeto do HC 143.641/SP, tiveram sua prisão substituída pela domiciliar, os dados supra aludidos serão analisados.

Nos estabelecimentos penais, como demonstrado pelos dados do INFOPEN e pela ADPF 347, a qual declara o ambiente carcerário um “Estado de Coisas Inconstitucional”, a situação é caótica, a assistência especializada é omissa e os ambientes impróprios para as mulheres, o que as torna ainda mais vulneráveis. Desse modo, quando elas são submetidas a essa arquitetura precária, sem a assistência devida, a prisão constitui tratamento desumano, cruel e degradante, infringindo claramente regras constitucionais e de direitos humanos.

Quando se analisa a legislação, fica evidente quanto às circunstâncias de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, porém mesmo com essa evolução normativa, a inobservância permaneceu.

Dessarte, diante da violação das regras constitucionais e dos direitos humanos dessas mulheres pelo Estado, fica evidenciada a necessidade que levou à ordem do Habeas Corpus em debate, buscando o cumprimento, da legislação, pelos juízos de primeiro grau e demais instâncias.

Ao examinar os dados trazidos pelo DEPEN, levantados em 2019, ambos do anexo A, mediante a tabela 1, de mulheres que já foram beneficiadas, e a tabela 2, de mulheres que deveriam ter seus processos analisados pelo Poder Judiciário, a fim de verificar o cabimento do Habeas Corpus e consequentemente prisão domiciliar, como demonstrado a seguir, o que se depreende é que mesmo com um número de 5.111 mulheres que poderiam se encaixar nos requisitos para converter a prisão preventiva em domiciliar, em virtude do remédio constitucional em questão, apenas 3.388 foram beneficiadas cumprindo sua pena em domicílio.

Na mesma linha, no ano de 2020, o DEPEN trouxe o mapeamento de mulheres presas grávidas, parturientes, mães de filhos de até 12 anos, dados apresentados pela tabela 1, do apêndice A. Segundo estes, pode-se concluir que do total da população feminina presa, 208 estão grávidas; 44 estão puérperas; 12.821 são mães de crianças de até 12 anos.

Ademais, nesse mesmo processo, foi também contabilizado, segundo o DEPEN, a quantidade de presas provisórias, sendo: 77 grávidas; 20 puérperas; e 3.136 mães de crianças até 12 anos (BRASIL, 2020).

Nesse contexto, a partir dos dados supracitados, mesmo após a decisão paradigmática do STF, a inobservância ainda permanece em alguns casos, tendo-se em vista que em 2019 apenas 3.388 de 5.111 tiveram sua prisão preventiva convertida em domiciliar. Além disso, em 2020, foram contabilizadas ainda 3.233 mulheres presas provisoriamente nas 27 unidades federativas.

A decisão nele proferida concedeu a prisão domiciliar a essas 3.388 mulheres que ostentam a condição de gestantes e puérperas ou de mães de crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade. Assim, a elas, atribuiu maior efetividade à tutela de direitos tão fundamentais das mães e gestantes brasileiras, bem como concedeu maior concretude às garantias constitucionalmente asseguradas a seus filhos.

Por outro lado, o sistema prisional detém 8.344 mulheres presas provisoriamente. Essa conjuntura pode se dar porque não foram contempladas pelo julgamento do remédio constitucional em questão ou porque essas presas se enquadram no grupo específico das que praticaram crimes mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou ainda em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada.

Sendo assim, frente a esse cenário, ao analisar o impacto do Habeas Corpus nº 143.641/SP, pode-se concluir que sua aplicabilidade impactou positivamente na preservação dos direitos dessas 3.388 mulheres, dentre elas gestantes, puérperas e mães de crianças sob sua responsabilidade, presas preventivamente, ao conceder-lhes a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Com isso, não ficarão mais sujeitas ao descaso do Estado e poderão usufruir de um local digno para cumprimento de sua pena.

Em contrapartida, para as 8.344 mulheres que ainda cumprem pena nessa calamidade do sistema prisional brasileiro, não se pode chegar a uma conclusão precisa acerca da razão da não concessão da prisão domiciliar. Para tanto, seria necessário estudar cada caso concreto e verificar se elas não cumprem os requisitos para a concessão da prisão domiciliar ou então mais uma vez terão seus direitos desrespeitados e violados.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, de modo geral, as mulheres vêm conquistando maior espaço e passam de “segundo elemento” para se igualar ao gênero masculino. Contudo, ao lado disso, aparece a preocupação com a adaptação delas no ambiente prisional, arquitetado por homens para homens.

Por conta das demandas específicas das mulheres encarceradas e do aumento do encarceramento prisional feminino, consolidou-se a necessidade de garantir às presas, principalmente às mulheres gestantes, puérperas ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade que apresentam necessidades especiais, direitos que lhes assegurem o mínimo de dignidade.

Com o estudo, depreendeu-se que muitos são os direitos atribuídos ao longo do tempo a essas mulheres gestantes, puérperas ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade. Direitos que estão dispostos, por exemplo, na Constituição Federal, na Declaração dos Direitos do Homem, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Execução Penal, visando a proteção das garantias fundamentais do gênero feminino.

Porém, sabe-se que as condições existentes no sistema prisional feminino estão muito longe daquelas previstas em lei, o que viola direitos fundamentais dessas mulheres, que se encontram em condições de especial vulnerabilidade.

Mesmo com a evolução normativa, o Estado se manteve omisso e não conseguiu amenizar o sofrimento e o risco à saúde que essas presas sofrem ao viver em num ambiente marcadamente precário.

No intuito de amenizar essa realidade e diante do caos no ambiente prisional feminino, o Habeas Corpus coletivo n° 143.641/SP concedeu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres gestantes, puérperas ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade.

A importância do julgamento do HC 143.641/SP, pelo STF, ficou clara, pois, na carência de meios específicos contra atentados a garantias vivenciados por essas presas,

pôde dar maior concretude a direitos constitucionais, fazendo, assim, jus a características de um Estado de Direito.

A substituição da prisão preventiva pela domiciliar assegura às mulheres o exercício da maternidade de forma minimamente respeitável, além de proteger as crianças que nascem no cárcere.

Frente ao descaso e omissão do Estado, após a análise dos dados obtidos pelo DEPEN, verificou-se que a aplicabilidade do Habeas Corpus coletivo n° 143.641/SP impactou de forma positiva, em alguns casos, na preservação dos direitos das mulheres gestantes, puérperas ou de mães de crianças que tiveram a ordem concedida, não sendo possível verificar casuisticamente por qua razão não foi conferida a substituição em todas as situações.

Por fim, o artigo aponta para a importância de futuras pesquisas, que comprovem, com maior detalhamento, as realidades institucionais locais, também a fim de que ser verifique se as mulheres que não foram contempladas com o HC não apresentaram os requisitos necessários à concessão do benefício ou se o Estado está a reiterar uma postura negligente em relação a seus direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal**: (des) aprisionado a sociedade da cultura punitiva. Fundação Boiteux, 2002.

BORILLI, Salete Polonia. **Análise das circunstâncias econômicas da prática criminosa no Estado do Paraná**: estudo de caso nas Penitenciárias Estadual, Central e Feminina de Piraquara. 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio). Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2005.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. **Lei de Execuções Penais – LEP**. Lei nº. 7.210, de julho de l984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.769**, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS** – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Dj 12/09/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641 / SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018. Segunda Turma. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 18 de abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj: 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Senado Federal. 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534718/eca_1ed.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Resolução nº 252**, **de 04 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2667#:~:text=Estabelece%20princ%C3%ADpios%20e%20diretrizes%20para,liberdade%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias>. Acesso em: 25 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **REGRAS DE BANGKOK**: regras das nações unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 2016. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio. Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. **Rev.latinoam.cienc.soc.niñez juv**, Manizales, v. 13, n. 1, p. 51-70, jan. 2015. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20150511064119/RonyEulalioLopez.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

MAGALHÃES, Fernanda Amoras. **A MATERNIDADE NO CÁRCERE À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA**. 2020. 59 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14215/1/Fernanda%20Magalhães%2021436698.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

MAMELUQUE, Maria da Glória Caxito**. A subjetividade do encarcerado, um desafio para a psicologia**. Psicol. cienc. prof., Brasília, v. 26, n. 4, p. 620-631, Dec. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/dqZR7SG9fYMnN8PDNZQd8fm/?lang=pt#>. Acesso em: 17 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres.** Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional**. Informação nº 176/2019/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN , de 27/08/2019**. Brasília, 2019. [documento impresso].

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Informação nº 116/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN , de 04/08/2020**. Brasília, 2020. [documento impresso]

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14, de 11/11/1994**. Brasília, 1994. [documento impresso]

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Lissa Chrisnara Silva do. **Do lar à cela**: os impactos da reclusão na vida das mulheres em situação de prisão do Complexo Penal Estadual Agrícola Dr. Mário Negócio. Monografia (Graduação em Serviço Social) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”). 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm< Acesso em: 15 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE — OMS**. Constituição da Organização Mundial da Saúde.** 1946. Disponível em: <http:/ http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal- dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf >. Acesso em 16 abr. 2020.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2007. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20S anta%20Rita.pdf>. Acesso: 16 abr. 2020.

SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades:** a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, 224 p. ISBN 978-85-7983-703-6. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/138596/ISBN9788579837036.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed, rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.09.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

ANEXO 1:

Tabela 1: Quantidade de mulheres beneficiadas pelo HC 143.641/SP, por unidade federativa (UF)

UNIDADE DA FEDERAÇÃO	QUANTIDADE DE MULHERES BENEFICIADAS
Acre	Não Informado
Alagoas	206
Amapá	33
Amazonas	47
Bahia	Não Informado
Ceará	Não Informado
Distrito Federal	42
Espírito Santo	119
Goiás	Não Informado
Maranhão	57
Mato Grosso	128
Mato Grosso do Sul	160
Minas Gerais	139
Pará	Não Informado
Paraíba	22
Paraná	Não Informado
Pernambuco	Não Informado
Piauí	Não Informado

Rio de Janeiro	166
Rio Grande do Norte	68
Rio Grande do Sul	202
Rondônia	35
Roraima	Não Informado
Santa Catarina	332
São Paulo	1501
Sergipe	131
Tocantins	Não Informado
TOTAL	**3.388 mulheres beneficiadas com o HC 143.641/SP**

Fonte: Ministério da Justiça, 2019.

Tabela 2: Quantidade de mulhers aguardando HC 143.641/SP, por unidade federativa (UF)

UNIDADE DA FEDERAÇÃO	**QUANTIDADE DE MULHERES QUE AGUARDAM O HC COLETIVO**
Acre	80
Alagoas	119
Amapá	19
Amazonas	63
Bahia	Não Informado
Ceará	Não Informado
Distrito Federal	92
Espírito Santo	149

Goiás	Não Informado
Maranhão	70
Mato Grosso	195
Mato Grosso do Sul	190
Minas Gerais	428
Pará	331
Paraíba	65
Paraná	118
Pernambuco	Não informado
Piauí	71
Rio de Janeiro	399
Rio Grande do Norte	96
Rio Grande do Sul	210
Rondônia	66
Roraima	25
Santa Catarina	44
São Paulo	2.141
Sergipe	70
Tocantins	70
TOTAL	**5.111 mulheres aguardando o benefício do HC 143.641/SP**

Fonte: Ministério da Justiça, 2019.

DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Leandro Augusto Dias[1]
Luiz Claudio Gubert[2]

Resumo: O presente trabalho, estuda a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por dano ao erário previstas no art. 37, §5º da CF/88. O tema é importante em razão de estar previsto, apenas pela Carta Magna de 88, mas carece de interpretação vez que o referido dispositivo define que deverá ser estabelecido por Lei os prazos prescricionais de ilícitos que causem prejuízo ao erário, e mesmo a lei tendo definido um prazo prescricional, a interpretação doutrinária e jurisprudencial não admitem a prescritibilidade desta ação em alguns casos. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Como resultado da pesquisa constatou-se que há evolução histórica na previsão de improbidade na legislação brasileira, bem como uma ordem hierárquica dentro do Poder Judiciário e que a atual tese de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal é pela imprescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente de ato tipificado na Lei 8.429/92 e praticado com dolo.

Palavras-chave: Dano ao Erário; Ressarcimento; Imprescritibilidade; STF.

INTRODUÇÃO

Tratar de improbidade administrativa, em específico, da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao erário por atos de improbidade**,** é algo atual e em evidência. A escolha do tema, foi devido à preocupação dos agentes públicos que atuam na elaboração de pregões e editais, e a inexistência de pacificação no entendimento Doutrinário e Jurisprudencial.

Desde a Constituição do Império (CF de 1824) existe a previsão de punição para atos de improbidade para Ministros do Estado. Em relação à responsabilização dos atos de improbidade dos agentes públicos, é algo recente na esfera constitucional, tendo como marco no sentido de previsão da responsabilização destes atos, a Constituição de 1988.

No que tange à norma infraconstitucional, a primeira Lei que definiu os crimes de responsabilidade foi elaborada somente em 1950, a atual Lei que trata de improbidade administrativa é mais recente, tendo sido promulgada apenas em 1992.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37 §5º prevê a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de ato ilícito praticado por agente público quando caracterizado dano ao erário, mas não é taxativa na definição dos atos, o que permite que ocorra a interpretação da norma em diferentes sentidos.

A existência da prescritibilidade para as ações de ressarcimento, de certa forma pode promover um aumento da impunidade dos detratores do interesse público, pois um dos princípios da administração pública é o dever de cobrar, os agentes públicos responsáveis por ingressar com a ação de ressarcimento poderiam então cometer uma falta pelo não cumprimento desta obrigação. Por outro lado, havendo o instituto da imprescritibilidade, os agentes responsáveis por ingressar com a ação de ressarcimento nunca estarão em mora, podendo existir assim um relaxamento nas atitudes destes agentes e um incentivo ao cometimento de atos de improbidade, por pessoas de má índole.

Em relação às licitações, que são um processo de seleção aonde existem uma igualdade de concorrência para contratação. A Lei 8.666/93 em seu art. 25 prevê a

1. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.
2. Professor Mestre no Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE e no Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

inexigibilidade de licitação para a compra de bens para órgãos públicos em casos específicos. Ocorre que o servidor público que realiza este tipo de licitação, está sujeito a responder ações judiciais, por não haver um consenso no que tange a responsabilização dos agentes públicos, que gere uma segurança jurídica.

No que tange à celeridade da justiça, as ações de ressarcimento em geral demoram muito tempo para serem julgadas e o instituto da imprescritibilidade, neste caso, pode permitir que mesmo depois de muito tempo, ocorra o ressarcimento aos cofres públicos. De outro modo, assim como citado em relação ao dever de cobrar, e a responsabilização daquele que não atuou no tempo oportuno, o instituto da imprescritibilidade poderia prejudicar a celeridade da justiça vez que não existindo um marco temporal de prescrição, pode diminuir então a pressa e agilidade em relação ao resultado final da ação.

O texto inicia discorrendo sobre a improbidade e a previsão constitucional de imprescritibilidade da ação de ressarcimento, passando pelo conceito de improbidade, os tipos de improbidade e os marcos legais da previsão dos atos de improbidade, para então discutir as teses tratando da aplicação de prazos prescricionais nas ações de ressarcimento. Finaliza demonstrando qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a prescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao erário e qual tese firmada ao interpretar o art. 37 §5º da CF.

1. A IMPROBIDADE E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO

1.1 O conceito de improbidade na perspectiva da moral

Encontram-se no latim as palavras que deram origem e formação à palavra improbidade que, na dimensão das ações administrativas, qualificam um ato como sendo de boa ou má qualidade.

> A palavra improbidade vem do latim, *improbitas*, *atis*, significando, em sentido próprio, *má qualidade* (de uma coisa). Também em sentido próprio, *improbus, i*, que deu origem ao vernáculo *ímprobo*, significa *mau, de má qualidade*. Da mesma forma, *probus, i*, em português, *probo*, quer dizer *bom*, de boa qualidade. O sentido próprio dessas palavras, pois, não se reporta, necessariamente, ao caráter desonesto do procedimento incriminado, quando se faz referência a 'administrador ímprobo' (FERNANDES, 1994, p. 171).

Constata-se, portanto, que a palavra não se refere unicamente à administração, mas, de um modo geral, ao sentido de probidade (de boa qualidade) ou improbidade (de má qualidade). Uma administração ímproba seria então uma administração de má qualidade. Harger (2015), por sua vez pontua que, a improbidade remete a algo desonesto. Teríamos então a falta de probidade sendo relacionada a desonestidade.

Em relação a moralidade, Kant (2019) diz que agir moralmente é ajustar comportamento aos costumes da sociedade. Desta forma, algo moral é algo que se adeque ao que é aceito na sociedade, tendo relação direta com os costumes, aquilo que é aceito. Ao olhar para probidade e moralidade, Figueiredo (1999) e Harger (2015) concordam que a improbidade é um aspecto que está abarcado pela moral. Improbidade e imoralidade tem uma ligação, mas não tem o mesmo sentido. A primeira diz respeito apenas a um dos aspectos da segunda, a honestidade.

1.2 Os 3 tipos de atos de improbidade caracterizados na Lei 8.429/92

A Lei 8.429/92 trata em seus artigos 9, 10 e 11 dos atos de improbidade administrativa. Especifica em atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízos ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

No art. 9 da Lei 8.429/92 são abordados os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. Para Pazzaglini Filho (2019, p. 52) "trata-se da modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral". O autor (2019) ressalta alguns requisitos para caracterização dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, são eles: recebimento de vantagem patrimonial indevida decorrente de comportamento ilícito do agente público, acarretando, ou não, dano ao erário; dolo na vantagem obtida; e nexo causal entre o ato e a vantagem obtida.

No art. 10 da Lei de 8.429/92 estão os atos que causam danos ao erário. Na lição de Campbell (2016, p. 22) para caracterização de um ato de improbidade administrativa nos moldes do art. 10 da Lei 8.429/92 é necessário a ocorrência de prejuízos ao patrimônio público.

Para caracterização e punição por danos ao erário, assim como no caso do art. 9 da Lei 8.429/92 é necessária a comprovação da existência de prejuízo efetivo ao erário. A jurisprudência do TJSP proclama:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA LICITAÇÃO DISPENSA INDEVIDA PREJUÍZO AO ERÁRIO AUSÊNCIA IRRELEVÂNCIA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. O dever de licitar está intimamente ligado ao dever de probidade. A licitação indevidamente dispensada, ainda que não cause prejuízo ao erário, constitui ato de improbidade administrativa porque atenta contra os princípios constitucionais da administração pública (art. 37, caput, CF). 2. Aquisição de bens e serviços mediante contratação direta. Dispensa indevida de licitação. Ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública comprovado. 3. A caracterização do ato de improbidade do art. 10 da Lei nº 8.429/92 depende de demonstração de efetivo prejuízo material ao erário, pois inadmissível a condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido. Prejuízo ao erário não demonstrado. Recurso da ré Wagner Cândido de Aguiar & Cia. Ltda. julgado deserto. Recurso do autor desprovido. Recursos do réu José Carlos Moreira provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 0200278-42.2008.8.26.0000; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Olímpia - 1 VARA CIVEL; Data do Julgamento: 13/03/2013; Data de Registro: 14/03/2013)

Para caracterização de ato que cause dano ao erário, à exigência também do dolo, conforme Harger (2015, p. 116) "a incompetência pode dar origem a outro tipo de responsabilização, mas nunca a incidência da lei de improbidade. O incompetente pode ser taxado popularmente de 'burro', mas jamais de 'safado'". Afirma, portanto, que não deve ser caracterizado dano ao erário, quando o agente não agiu com intenção, e sim por imperícia, não devendo ser enquadrado como desonesto.

O terceiro tipo de ato de improbidade na Lei 8.429/92, são os atos que atentem contra os princípios da administração pública, previsto no art. 11 da lei de improbidade. Nas palavras de Harger (2015, p.17) improbidade é "o ato ilícito doloso, decorrente de desonestidade do agente, que cause prejuízo à Administração, acarrete enriquecimento ilícito a um cidadão ou pessoa jurídica ou esteja previsto nos incisos do art. 11 da Lei

8.429/92”. Observa-se deste modo características exigidas para o enquadramento do ato como sendo de improbidade e que atenta aos princípios da Administração Pública, ser um ato ilícito, realizado com dolo, que gere enriquecimento ilícito e ainda, que este ato cause prejuízo à Administração Pública.

1.3 Marcos históricos de previsão legal dos atos de improbidade

O cuidado legal com os problemas de corrupção relacionados à improbidade no Brasil remonta ao século XIX, nos tempos do Brasil Império, quando na Constituição de 1824 em seu art. 133 já previa que:

> Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis I. Por traição. II. Por peita, suborno ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observância da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos (BRASIL, 1824).

Constata-se que na Constituição do Império de 1824 já havia uma preocupação voltada à responsabilização dos atos de Ministros de Estado. Esta mesma Constituição trazia expressamente, em seu artigo 99, a inviolabilidade da pessoa do Imperador e a não sujeição à responsabilização por nenhum de seus atos.

Na segunda Constituição do Brasil em 1891, já é possível observar um avanço no tocante a responsabilização, por improbidade administrativa. “Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: [...] 6º) a probidade da administração” (BRASIL, 1891). Trouxe em seu art. 54 os crimes cometidos pelo Presidente da República e em seu §6º estava a responsabilização por atentar contra à probidade da administração.

A Constituição de 1934, apresentou novos avanços no tratamento dos crimes de responsabilidade. Mantinha um caráter penalístico ao tratar dos crimes de responsabilidade, mas em seu artigo 57 alínea g, incluiu no rol de crimes de responsabilidade, atos do Presidente da República que atentassem contra a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos.

As Constituições de 1937, de 1946 e de 1967, mantiveram texto semelhante ao da Constituição de 1934.

> Redação similar foi mantida pela alínea *d* do art. 85 da Constituição de 1937, pelos incisos V e VII do art. 89 da Constituição de 1946, pelo inciso V do art. 84 da Constituição de 1967 e pelo inciso V do art. 82 da Emenda Constitucional nº1 de 1969, também conhecida como Constituição de 1969. (HARGER, 2015, p. 23)

De acordo com Miranda (2020) A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37 proclamou os princípios da moralidade, impessoalidade e publicidade como deveres na administração pública direta e indireta e em todos os poderes da União, e em seu §4º trouxe expressamente a responsabilização por atos de improbidade de qualquer agente público, posteriormente a Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) trouxe concretude a esses mandamentos constitucionais. Em decorrência do texto Constitucional e legal referidos “o dever de probidade tornou-se mandamento de observância obrigatória aos agentes públicos do nosso país” (MIRANDA, 2020, s.p.).

Com essas informações foi realizado o quadro que se segue: O quadro abaixo identifica as inovações trazidas pelas Constituições do Brasil em relação a previsão dos crimes de responsabilidade.

Quadro 1 - Inovações na previsão dos crimes de responsabilidade nas Constituições do Brasil

Constituição de 1824	Responsabilização dos Ministros do Estado
Constituição de 1891	Previsão de responsabilização do Presidente por improbidade
Constituição de 1934	Crimes que atentem contra a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos no rol de crimes de responsabilidade
Constituição de 1937	Redação similar à da Constituição de 1934
Constituição de 1946	Redação similar à da Constituição de 1934
Constituição de 1967	Redação similar à da Constituição de 1934
Constituição de 1969	Redação similar à da Constituição de 1934
Constituição de 1988	Responsabilização por atos de improbidade de qualquer agente público

Fonte: Primária

No que diz respeito às Leis que tratam da improbidade administrativa, atualmente há a Lei 8.429/92 que é a Lei de Improbidade Administrativa. Antes dela já havia no Estado brasileiro legislações tratando dos crimes de responsabilidade, sendo que o marco da primeira Lei nesse sentido foi a Lei 1.079/50 que, além de prever os crimes de responsabilidade, já trazia em seu texto legal o procedimento a ser seguido na apuração dos crimes nela previstos, individualizando de acordo com o cargo ou função exercida um procedimento específico.

2. TESES EM RELAÇÃO A APLICAÇÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE NA AÇÃO DE RESSARCIMENTO

2.1 É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil

Inicialmente, tratando da aplicação da imprescritibilidade a todas as ações de ressarcimento movidas pela União, uma abordagem de forma literal ao interpretar o texto constitucional encontra percalços, conforme Ministro Teori Zavascki exaltou (RE 669.069/MG, 2016),

> essa visão tão estremada certamente não se mostra compatível com uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional. Mesmo o domínio jurídico específico do art. 37 da Constituição, que trata dos princípios da administração pública, conduz a uma interpretação mais restrita.

Neste sentido, em continuidade ao voto o Ministro Teori Zavascki ressaltou, “ora, se fosse nesse amplíssimo sentido o conceito de ilícito anunciado no §5º do art. 37 da CF, estaria sobre a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo erário”. Desta forma, interpretar de forma aberta e sem restrições o texto do art. 37 da Constituição, aplicando a imprescritibilidade a todas as ações movidas para ressarcimento ao erário, não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, pois a atividade da administração pública, deve seguir os ditames da Lei.

Cabe destacar que em regra a norma Constitucional traz a figura da prescrição como previsão majoritária, de acordo com Miranda (2001, p.127), normalmente a

prescrição afeta a maioria das pretensões e ações, tanto em se tratando de direitos pessoais em se tratando de direitos reais, e também direitos privados ou públicos, a regra é a prescrição e a imprescritibilidade é excepcional.

Em se tratando de uma previsão expressa de imprescritibilidade ao realizar a leitura da Constituição Federal de 1988, observa-se que apenas em dois momentos a Carta Magma define e comanda a imprescritibilidade de crimes, “a Constituição Federal traz como crimes imprescritíveis o racismo e a ação dos grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”(TALON, 2018), no art. 5º, XLII a previsão de imprescritibilidade do crime de racismo e no art. 5º XLIV a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Para o Ministro Teori Zavascki (RE 669.069/MG, 2016) o que prescreve ou não, são as ações ou as pretensões,

> podemos ter pretensões que prescrevem e pretensões que não prescrevem decorrentes do mesmo fato. Podemos ter prescrições quanto a sanções civis e não termos prescrições quanto às sanções penais, e vice-versa. Aqui, temos um caso típico de regime de prescrição diferentes para sanções diferentes, decorrentes do mesmo ilícito. Se o lícito é de improbidade e ele comporta uma série de sanções, a lei pode estabelecer prazo prescricional diferente para sanções diferentes, assim como pode dizer que uma sanção é imprescritível. No meu entender, é isso que se comporta aqui no art. 37, § 5º. Quer dizer, quando se fala num ato de improbidade administrativa ou num ato criminoso, do qual decorreu um dano patrimonial, independentemente de ser punível por outro modo, penal ou civilmente, essa pretensão é imprescritível.

Em seu voto, o Ministro propôs a tese de que sobre a imprescritibilidade referida no art. 37, §5º da CF, aplica-se apenas nas ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, contanto que tipificado o ato como de improbidade administrativa ou como ilícitos penais

No que tange à gravidade dos danos contra o patrimônio público, o Ministro Lewandowski destaca (RE 669.069/MG, 2016) que “os danos contra o patrimônio público são tão graves que, se não são imprescritíveis, beiram a imprescritibilidade” pois no art. 5º, XLV da CF expressamente permite a extensão do perdimento dos bens e execução aos seus sucessores.

Ao analisar o art. 37, §5º da CF existe uma certa ambiguidade quando define que a lei definira os prazos de prescrição para atos que causem prejuízo ao erário e em seguida ressalva as respectivas ações de ressarcimento. Segundo Barroso (RE 669.069/MG, 2016) “a imprescritibilidade obrigaria a parte a conservar indefinidamente, e, talvez, até suas gerações seguintes, a prova do não cometimento eventual de uma infração ou de um ilícito administrativo” a figura da imprescritibilidade poderia causar uma eterna possibilidade de responsabilização, deixando dúvidas quanto uma interpretação taxativa da imprescritibilidade.

Com as ressalvas já destacadas, o Ministro Barroso (RE 669.069/MG, 2016) sugere então a fixação da seguinte tese "é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil". Deixando em aberto para uma futura discussão a tratativa em relação aos atos que envolvam improbidade, devido à complexidade da matéria. Melo (2020) afirma que, “todavia, não passou a valer para os atos de improbidade. Em resumo: as pretensões de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ‘ilícito civil’ estariam sujeitas à prescrição”. Ficando o tema em relação à

improbidade e a prescrição, na época, sem fixação de uma tese pela Suprema Corte brasileira.

2.2 São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa

O julgamento do RE 669.069/MG deixou em aberto a questão da prescritibilidade quando se tratando da improbidade administrativa, neste sentido Melo (2020) confirma "pode-se afirmar que a pretensão de ressarcimento decorrentes de ato de improbidade eram imprescritíveis (CRFB/88, art. 37, §5º). Não havia, até aqui (2016), distinção entre ato ímprobo doloso ou culposo". Somente em 2018 no Recurso Extraordinário 852.475/SP de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes veio a ser examinada a aplicação da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos pelo Supremo Tribunal Federal.

Para a construção da tese aqui abordada observa-se que não basta apenas a leitura fria das normas vigentes, faz-se necessário analisar o conjunto de todo o ordenamento jurídico, para não incorrer em uma violação a norma Constitucional, o Ministro Alexandre de Moraes (RE852.475/SP, 2018) afirma que:

> A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigorantes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.

Conforme já abordado, são três os atos de improbidade administrativa, previstas na Lei 8.429/1992, Tomiotto (2015) exalta que podem ainda ser divididos em atos de improbidade própria e imprópria, sendo um ato de improbidade própria, aquele praticado por agente público, enquanto a imprópria refere-se a atos de terceiros realizados tendo induzido, concorrido ou se beneficiado do ato de improbidade.

Em relação aos requisitos, o Ministro Luiz Fux, enquanto no STJ instruiu no REsp 1.130.198/RR:

> A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.

Nesta linha de pensamento, uma das premissas para pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de prática de ato de improbidade, além da constatação da conduta, é a comprovação de dolo na pratica do ato. Não sendo possível confirmar a presença do elemento subjetivo do tipo, estaria então ausente um dos requisitos que é o dolo. O Min. Alexandre de Moraes (RE 852.475/SP, 2018) reafirma "a ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), não se poderá afirmar que a conduta do agente público foi direcionada para a corrupção". De outro modo, destaca que nos casos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário a ausência de culpa, quando possível, descaracteriza o ato de improbidade administrativa.

Cabe ressaltar assim como na tese citada anteriormente, em relação a imprescritibilidade constitucional, não pode haver uma eterna obrigação de o particular

guardar os elementos para provar que inexiste o dever de ressarcir, Fachin (RE 852.475/SP, 2018).

Denota-se além dos motivos já citados, que um dos princípios norteadores das normas que guiam a atividade dos agentes públicos é o princípio da moralidade administrativa. Na lição de Rocha (1997, p.9) “pelo princípio da moralidade administrativa, põe-se a conduta administrativa conformada aos valores de honestidade e justeza devida a cada qual dos cidadãos e dos administradores na base das condutas públicas”. De tal forma que isentar o agente público da ação de improbidade administrativa, vai contra os pilares da administração pública.

Os motivos expostos sustentam a tese de que em relação as ações de ressarcimento ao erário motivadas por improbidade administrativa, em respeito aos princípios da administração pública quando comprovado a pratica dolosa do ato de improbidade administrativa, é aplicado o instituto da imprescritibilidade. Tese adotada pelos eminentes Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Celso de Mello e Rosa Weber no RE852.475/SP, 2018.

3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE CONCERNE À PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS AO ERÁRIO, QUAL A TESE FIRMADA AO INTERPRETAR AO ART. 37 §5º CF

3.1 Hierarquia do Poder Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário brasileiro é composto por diversos órgãos que estão previstos na Carta Magna brasileira em seu art. 92, os quais são separados em Justiça Comum, do Trabalho, Eleitoral e Militar, compostos por Juízes, Tribunais e Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal.

Em cumprimento ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição o judiciário é estruturado de modo a possuir sempre um órgão que possa realizar uma nova análise de cada caso. “A estrutura de todas elas é composta por dois graus de jurisdição, que vêm a ser a primeira e a segunda instância” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, s.p.).

Na primeira instância atuam os Juízes (de Direito, Federais, Eleitorais, do Trabalho) de acordo com a Justiça a que são destinados, normalmente é por esta instância que os cidadãos recorrem à Justiça, “grande parte dos cidadãos que entra com uma ação na Justiça tem o caso julgado por um juiz na primeira instância” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, s.p.) sendo suas demandas julgadas por um juiz, o qual profere uma sentença, TJDF “as decisões proferidas em 1ª instância, pelos juízes, consistem em:1) Sentenças - ato que decide o mérito”.

A segunda instância é um órgão de revisão das decisões proferidas pela primeira instância, “os tribunais de Justiça (TJs) são responsáveis por revisar os casos já analisados pelos juízes singulares de primeira instância” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, s.p.) nos tribunais os desembargadores relatores também podem proferir decisões monocráticas nas hipóteses que a Lei permitir, via de regra as decisões passam a serem analisadas por um colegiado que profere uma decisão colegiada (acordão) “decisão proferida por pelo menos 3 magistrados, chamada de acórdão. Em regra, ocorre nos tribunais, seja em decisão de recursos ou ações originárias” (TJDF, 2018).

No topo do sistema judiciário encontra-se o Supremo Tribunal Federal, que possui como principal função a de guardião da Constituição Federal, julgando as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental e Recurso Extraordinário, Albuquerque (2019).

> Como regra, os processos se originam na primeira instância, podendo ser levados, por meio de recursos, para a segunda instância, para o STJ (ou demais tribunais superiores) e até para o STF, que dá a palavra final em disputas judiciais no país em questões constitucionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

A decisão final, quando ocorrer divergência ou dúvidas de entendimento em relação a alguma matéria constitucional, é do STF, que faz a análise da questão controversa e decide em colegiado.

3.2 Outros tribunais devem seguir as diretrizes do Tribunal Maior

Um dos principais princípios do sistema jurídico brasileiro é o da segurança jurídica. De acordo com Silva (2009, p. 133), “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” embora redundante, cabe ressaltar que significa uma segurança para o cidadão, de que seu direito já adquirido se mantém mesmo que surja posterior norma em sentido contrário, confirmado pelo art. 5º, XXXVI da CF/88 e art. 926 do CPC/15.

O CPC/15 impõe em seu art. 926 que, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, como uma forma de contribuir com a celeridade da Justiça e aumentar a qualidade das decisões, Ramalho (2017, s.p.) “tal regra visa a uniformização da jurisprudência da 2º instância, que além de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, busca garantir ainda maior celeridade da solução dos litígios”.

Como forma de assegurar de mais formas a segurança jurídica, o CPC/15 também faz com que os Juízes e Tribunais observem diversas decisões e orientações proferidas pelos tribunais superiores, é o que determina o art. 927 do CPC/15, “sempre em busca de uma consecução mais fiel da tão almejada uniformização” Ramalho (2017, s.p.).

O dever de fundamentação das decisões é requisito essencial das sentenças judiciais, sendo nula sentença não fundamentada,

> SENTENÇA – FUNDAMENTO – FALTA – NULIDADE. É nula a sentença não fundamentada, ou com fundamentação insuficientemente. (TJ-SC – AC: 803095 SC 1988.080309-5, Relator: Newton Trisotto, Data de Julgamento: 08/10/1996, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação cível nº48.214, de Rio Negrinho).

O art. 489, §1º, VI do CPC/15, disciplina que se uma decisão judicial, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedentes invocados pela parte, se não demonstrar na fundamentação que o julgado em questão é distinto ou que o entendimento já foi superado, ela não é considerada fundamentada.

3.3 O STF reconheceu repercussão geral para aplicar a tese de imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na lei de improbidade

O Supremo Tribunal Federal, órgão maior do Poder Judiciário brasileiro é aquele que produz as decisões em última instância, que devem ser observadas e seguidas quando cabível, por todos os órgãos a ele subordinados as decisões de repercussão geral com o chamado efeito multiplicador de modo, conforme já abordado, a manter a segurança jurídica e a validade dos atos dos respectivos julgadores (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em relação a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao erário por atos de improbidade administrativa o STF decidiu ao apreciar o tema 897 no RE 852.475/SP, é aplicado o instituto da imprescritibilidade para a ação de ressarcimento decorrente de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, quando reconhecido elemento subjetivo do tipo, a prática com dolo. Os demais tribunais devem seguir o entendimento firmado pelo STF quando tratando de casos semelhantes conforme art. 489, §1º, VI do CPC/15.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A ideia inicial em realizar esta pesquisa, surgiu em uma conversa com colegas de trabalho, que atuam na elaboração de pregões para adquirir bens para órgão público. O assunto versou sobre a responsabilidade daquele que elabora e executa os pregões e licitações, podendo responder por danos que venham a ser caracterizados como dano ao erário.

Posteriormente decidiu-se afunilar a abordagem, que em um momento inicial tinha um contexto geral, para uma leitura em relação a imprescritibilidade da responsabilização por atos de improbidade administrativa. Neste sentido Silveira (2008, p. 60) ressalta que o assunto escolhido como tema para a pesquisa deve ser o mais restrito possível.

A abordagem da pesquisa é qualitativa. De acordo com Mezzaroba (2019, p.130), este tipo de abordagem possibilita a diferenciação de coisas, ideias e pessoas, conforme seu sentido *lato*:

> Permite que as ideias, coisas e pessoas sejam diferenciadas entre si de acordo com suas naturezas. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar identificar suas naturezas. O objeto da pesquisa vai ser tratado de forma radicalmente diferente da modalidade quantitativa de investigação.

A abordagem qualitativa é adequada para a presente pesquisa, pois permite que se realize a comparação e interpretação das diversas variáveis comentadas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, será realizada uma análise de referências a respeito do assunto, presentes em livros e na internet. Neste sentido, nenhuma pesquisa surge dela mesma, nem é em sua totalidade autorreferente, ao estudar determinado campo de investigação cientifica, sempre deve-se buscar apoio do conhecimento já produzido (MEZZAROBA, 2019)

A pesquisa é documental, pois segundo Matias-pereira (2016, p. 91) “pesquisa documental: quando elaborada a partir de materiais que não receberam tratamento analítico”, possui em seu conteúdo documentos jurídicos, que ajudam a elucidar os temas contidos nesta pesquisa.

O método, busca na dedução, a possibilidade “levar o investigador do conhecido para o desconhecido” (MEZZAROBA, p. 93). Partindo da previsão Constitucional que prevê a punição atos de improbidade administrativa, o texto, busca observar as justificativas utilizadas para firmar os entendimentos dos tribunais ao interpretar a norma Constitucional do art. 37 §5º da Constituição Federal, que impõe a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, baseadas em atos de improbidade administrativa que lesam o erário.

A pesquisa é explicativa pois busca mostrar a relação entra as variáveis, previsão Constitucional e previsão legal, com a interpretação e justificativas que os Tribunais e a Doutrina têm usado para fundamentar seus entendimentos, para assim compreender a forma como os Tribunais e a Doutrina tem entendido a imprescritibilidade da ação por ressarcimento por danos ao erário. Almeida (2002, p.64) enfatiza que esse nível permite identificar as causas da emergência de algum fenômeno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por dano ao erário buscou entender o que é a improbidade administrativa e sua previsão legal, abordando as teses que tratam acerca do tema bem como compreender qual a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o §5º do art. 37 da Constituição Federal.

Verificou-se que já desde a Constituição de 1824 existia uma preocupação do legislador, em relação a problemas com corrupção na administração pública prevendo inicialmente a responsabilização dos Ministros do Estado. As Constituições seguintes trouxeram novas previsões culminando com a atual Constituição Federal de 1988 que prevê a responsabilização por atos de improbidade de qualquer agente público, em conjunto com a Lei 8.429/92 que trata especificamente da improbidade administrativa.

No tocante às teses já levantadas no Supremo Tribunal em julgamentos acerca da imprescritibilidade, observou-se que uma interpretação de forma literal do §5º do art. 37 da Constituição Federal não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, visto que inclusive pelos princípios da administração pública, deve atuar de forma adstrita aos ditames legais. Interpretar pela imprescritibilidade pode significar a possibilidade de uma eterna responsabilização, desta feita especifica-se que quando decorrente de ato de ilícito cível ocorre a prescrição. De outro modo a linha atual de entendimento reconhece a tese de que para aplicação da imprescritibilidade faz-se necessário a figura do dolo sendo então definida que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Ao demonstrar o histórico da previsão legal de improbidade, as teses em relação a prescrição da ação de ressarcimento, a estrutura do sistema judiciário e o entendimento do STF sobre a prescrição desta ação, conclui-se que mesmo que possam existir divergências no entendimento de Juízes ou Tribunais, a existência de uma ordem hierárquica no Poder Judiciário contribui com a busca pela uniformização das decisões quando semelhantes. Para tomar uma decisão que contrarie o entendimento do Supremo Tribunal Federal é necessário fundamentar especificando a distinção do caso em questão com o julgado de repercussão geral que possibilita tal direcionamento de decisão.

Reforça-se que a regra é acompanhar o entendimento do STF que atualmente é pelo reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na lei de improbidade, disposição em contrário é exceção.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raimundo Natalier de. **Instâncias da justiça: conheça os tão famosos graus de jurisdição!** Disponível em: https://www.politize.com.br/instancias-da-justica-conheca-os-tao-famosos-graus-de-jurisdicao/. Acesso em: 10 jun. 2021.

ALMEIDA, Marco Antonio Chaves de. **Projeto de pesquisa**: guia prático para elaboração de monografia. 4. ed. Rio de Janeiro: WAK, 2002. 136p.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 jun. 2021

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 1.079, de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 8.429, de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 8.666, de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 764.278, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 22/04/2008, Data de Publicação: 28/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.130.198, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/12/2010, Data de Publicação: 15/12/2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 669.069, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/06/2016, Data de Publicação: 30/06/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 852.475, Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 08/08/2018, Data de Publicação: 25/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0200278-42.2008.8.26.0000, Relator: Desembargador DÉCIO NOTARANGELI, Data de Julgamento: 13/03/2013, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/03/2013.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Ação por improbidade administrativa:** críticas e preposições. Orientador: Donaldo Armelin. 2010. 277 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas: Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

CAMPBELL, Mauro Marques. **Improbidade administrativa:** temas atuais e controvertidos. Grupo GEN, 2016. 364 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972653/. Acesso em: 02 set. 2020.

CANDIDO, Felipe Fagundes. **Abordagem teórica e prática de aspectos polêmicos da lei de improbidade administrativa.** Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau. 2011, 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

CAVALCANTI, Fabrício José. **A improbidade administrativa e a observância dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.** Orientador: Luiz Carlos

Cancellier de Olivo. 2012, 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

DURKHEIN, Emilé. **Filosofia moral**. Grupo GEN, 2015. 222 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6411-5/cfi/6/4!/4/2/4@0:4.96. Acesso em: 04 out. 2020.

FERNANDES, Flávio Sátiro *et al*. Improbidade administrativa. *In*: MELLO, Celso de Albuquerque (org.). **Direito internacional da reintegração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 367 p.

FIALHO, Fábio José Varela. **Ação de improbidade administrativa e efetivação de direitos fundamentais**. Orientador: Erick Wilson Pereira. 2018, 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002. 160 p.

HARGER, Marcelo. **Improbidade administrativa:** comentário à lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015. 215 p.

KANT, Immanuel. **Primeiros Princípios Metafísicos da Ciência da Natureza**. Lisboa: Grupo Almedina, 2019. 159p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422299/. Acesso em: 10 jun. 2021.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. Grupo GEN, 2016. 176 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/. Acesso em: 18 mar 2021.

MELO, Valber. **STF e a eternidade das ações de ressarcimento ao erário**. Disponível em: https://www.pontonacurva.com.br/opiniao/stf-e-a-eternidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario/12140. Acesso em: 02 mai. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Editora Saraiva, 2019. 355 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/. Acesso em: 18 mar 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo VI. São Paulo: Bookseller, 2001. 685 p.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7 ed. Grupo GEN. 253 p. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017748/cfi/6/2!/4/2/2@0:38.2 Acesso em: 04 out. 2020.

RAMALHO, Alessandra. **A uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/61037/a-uniformizacao-da-jurisprudencia-no-novo-codigo-de-processo-civil#:~:text=O%20artigo%20tratar%C3%A1%20da%20nova,para%20seus%20dilemas%20e%20quest%C3%B5es. Acesso em: 08 mai. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3 ed. Grupo GEN. 613 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5660-8/. Acesso em: 02 set. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/287 Acesso em: 05 mai. 2021.

SANTOS, C.F.J. D. **Improbidade administrativa:** a prescrição e outros prazos extintivos. Grupo GEN, 2019. 261 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021950/. Acesso em: 02 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006. 1027 p.

SILVEIRA, M.E. C. **Guia de metodologia jurídica**. 2ed. Saraiva, 2008. 299 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105164/. Acesso em: 11 nov. 2020.

SORDI, José Osvaldo de. **Desenvolvimento de projeto de pesquisa**, 1ed. Editora Saraiva, 2017. 179 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214975/. Acesso em: 18 mar. 2021.

TALON, Evinis. **Quais crimes são imprescritíveis e inafiançáveis?** Disponível em: https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/538548856/quais-crimes-sao-imprescritiveis-e-inafiancaveis. Acesso em: 02 mai. 2021.

TOMIOTTO, Anna Kamilla dos Santos; TALEVI, Renata. **Improbidade administrativa: as medidas judiciais para efetivação da Lei n.º 8429/1992**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/43731/improbidade-administrativa-as-medidas-judiciais-para-efetivacao-da-lei-n-8429-1992#:~:text=Assim%20sendo%2C%20a%20improbidade%20administrativa,ou%20concorra%20para%20a%20pr%C3%A1tica. Acesso em: 03 mai. 2021.

A APLICAÇÃO DAS HOLDINGS FAMILIARES COMO FORMA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Letícia Berkenbrock de Souza[1]
Anna Lethicia dos Santos[2]

Resumo: O presente estudo trata da aplicação das *holdings* familiares como forma de planejamento sucessório. A importância do tema se dá em razão de o planejamento sucessório ainda ser pouco disseminado na sociedade, não obstante, sua aplicação proporcionar diversos benefícios. Nesse sentido, oportuno a análise da *holding* familiar, por ser uma das principais formas de planejamento sucessório, destacando-se por abranger diversas searas. Por conseguinte, busca-se compreender de que forma efetiva-se a implantação das *holdings* familiares diante do instituto do planejamento sucessório, a partir de um estudo criterioso sobre o assunto visando identificar a relevância desse instrumento dentro do direito sucessório. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfico, sendo o método dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. A pesquisa revelou que o planejamento sucessório permite a prevalência da vontade do autor da herança, evita desentendimentos familiares e ainda, possibilita a redução da carga tributária, sendo que a *holding* familiar pode beneficiar tanto a sucessão familiar, quanto empresarial, havendo ainda, normas que estabelecem benefícios tributários.

Palavras-chave: Planejamento Sucessório; *Holding;* Patrimônio.

INTRODUÇÃO

Apesar de ainda ser considerado um tabu, a discussão acerca do tema morte é imprescindível, visto que sua ocorrência é uma certeza. Nesse ínterim, fundamental analisar sobre acontecimentos que sucedem o falecimento de uma pessoa, salientando-se, *in casu,* a necessidade da transferência do patrimônio. Para tanto, cabe refletir que todos esses bens foram conquistados durante a vida por meio de um planejamento, logo, evidencia-se a importância de assim proceder quanto à morte.

Nesse contexto, surge o planejamento sucessório, revelando-se a indispensabilidade de seu estudo para o operador do Direito, posto que abrange diversas searas jurídicas, em especial, as que tratam do Direito das Famílias, Sucessório, Tributário e Empresarial. Desse modo, ressalta-se a necessidade de propagar a existência do instituto, visto que pode vir à proporcionar benefícios econômicos, possibilitando a manutenção do patrimônio e ainda, preservar as relações familiares. Nesse sentido, explana-se que mesmo em situações em que não há a disputa entre os herdeiros ou então, dificuldade em gerir de forma eficaz o patrimônio e os negócios da família, o falecimento de um familiar acarreta, naturalmente, em diversos desafios, portanto, assegura-se que o instituto em debate possibilita que esses sejam evitados, ou então, amenizados (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 99).

Por conseguinte, ressalta-se que o planejamento sucessório pode ser instituído por diversos instrumentos, o que torna indispensável a análise sobre os mais aplicados, para que, diante do caso concreto, verifique-se qual será o mais benéfico. À vista disso, revela-se que, dentre esses instrumentos, a *Holding* Familiar vem despertando o interesse em muitas pessoas, especialmente, em famílias nas quais o patrimônio é constituído também por empresas. Com base nesse entendimento, Diniz (2019, p. 28), afirma que "A *holding* familiar atende, como se pôde ver, aos interesses de um grupo familiar por permitir a

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE.
2. Professora do Curso de Direito da UNIVILLE. Analista Previdenciária do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

concentração, ou seja, o controle dos bens e proteção do patrimônio familiar com o escopo de traçar um plano sucessório".

Ante ao exposto, resta evidente ser fundamental o estudo sobre o planejamento sucessório e, dadas as suas peculiaridades, o aprofundamento acerca da *Holding* Familiar, a fim de ocasionar a conscientização da sociedade sobre a existência, bem como, a importância desse instituto. Para tanto, torna-se essencial que o operador do Direito esteja preparado para atender à esses interesses e assim instituir o planejamento de forma eficaz.

Nesse viés, ilustra-se que ao ter contato com uma família que está passando pelo processo de inventário e partilha em decorrência do falecimento de um ente querido, não raras vezes, são inúmeros os relatos das dificuldades enfrentadas. Corroborando à análise exposta, Mamede e Mamede (2015, p. 02), afirmam que "O problema é que a sucessão pode se tornar o fato negativo na vida de uma família, no ponto em que as coisas desandam e nunca mais voltam a ser como antes", isso porque, os procedimentos de inventário são burocráticos e, ainda que competentes os advogados, podem vir à desenrolar-se por um longo período (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 99).

Ademais, além da morosidade no judiciário brasileiro em resolver um processo, em caso de sucessão esse tempo pode delongar-se ainda mais em decorrência da disputa pelos bens entre os herdeiros. Isso, pois a divisão do patrimônio ocorre em um momento em que esses estão emocionalmente abalados, devido à perda de uma pessoa importante, tamanha animosidade, propicia os desentendimentos entre os familiares em relação aos termos da partilha, sendo que esses conflitos podem perdurar por toda a vida.

Outrossim, insta salientar a incidência de alta carga tributária sobre o patrimônio no momento da transmissão para os sucessores. Tal situação, em boa parte dos casos, chega à por em risco a manutenção do bem, que pode vir a ser vendido para suportar os valores que devem ser pagos. Nesse caso, observa-se que, tudo aquilo que o autor da herança demorou a vida inteira para conquistar pode ser perdido.

Em seguida, evidencia-se que, nos casos em que o patrimônio é constituído por empresa familiar, a situação é ainda mais complexa, já que, além da sucessão patrimonial, há também a sucessão da gestão da empresa, levando os sucessores à assumirem o controle de forma improvisada ao mesmo tempo que lidam com os conflitos familiares que podem surgir. Logo, tal situação impacta o desenvolvimento da empresa, dificultando a retomada da sua ascensão, o que pode vir à gerar uma crise, ou até mesmo ocorrer a falência (SILVA; ROSSI, 2017, p. 83).

Pelo exposto, restam claras as principais dificuldades enfrentadas pelos familiares no momento da sucessão por meio do processo de inventário, bem como, todas as consequências que podem ser desencadeadas. Ocorre que, boa parte da sociedade ainda não compreende o perigo de tal situação, permitindo a ocorrência desses problemas incessantemente.

Para atingir os objetivos pretendidos, o trabalho está estruturado da seguinte maneira: inicialmente será abordado sobre a instituição do planejamento sucessório. Em seguida, serão analisados os principais instrumentos de planejamento sucessório. Por fim, será estudado sobre a implantação da *holding* familiar.

1. INSTITUIÇÃO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

1.1 O que é planejamento sucessório

O planejamento sucessório é “o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte” (TEIXEIRA, 2018, *apud* HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 88), ou seja, “consiste em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 404).

Tartuce e Hironaka (2019, p. 88), ensinam que o planejamento sucessório realiza-se por meio de atos e negócios jurídicos entre familiares, objetivando estabelecer de que forma o patrimônio será dividido, isso para evitar conflitos e ainda, possibilitar a prevalência da última vontade do autor da herança. Para tanto, pode-se dizer que o instituto concerne à uma atividade preventiva, na qual, ainda em vida, o titular da herança adota procedimentos relacionados à distribuição e ao destino de seus bens, para após sua morte (DIAS, 2013, *apud* MADALENO, s.d., p. 390).

No âmbito empresarial, o termo sucessão, *lato sensu*, significa a substituição do antigo titular, continuando os negócios anteriores (DINIZ, 2019, p. 18). Portanto, Namur (2007, *apud* DINIZ, 2019, p. 21), assevera que o planejamento sucessório seria a “organização em vida da divisão do patrimônio entre os herdeiros e o estabelecimento de mecanismos de administração desse patrimônio”.

Tendo isso em vista, Silva e Rossi (2017, p. 17) esclarecem que:

> No planejamento sucessório, o objetivo primordial refere-se à antecipação da legítima, com a divisão do patrimônio empresarial e particular em vida pelos patriarcas, visando diminuir os custos sucessórios e colaborar com a manutenção do patrimônio no seio familiar, em especial com a designação de pessoas competentes para a administração perene da sociedade empresária, mesmo que diante do afastamento de seu principal executivo.

Ante ao exposto evidencia-se que o planejamento sucessório é um instituto que visa beneficiar os membros da família, caracterizando-se como um ato de amor (MAMEDE; MAMEDE, 2017, p. 99), isso porque, ao planificar a transição da titularidade da herança, não obstante cumprir-se a vontade do autor da herança, esta permanece em sintonia ao bem comum de seus herdeiros, tornando possível um ambiente de transição da titularidade da herança pacífico (MADALENO, s.d., p. 190).

1.2 Importância do planejamento sucessório

A vida humana é finita, ou seja, a existência física um dia termina imprevisivelmente, no entanto, os bens permanecem, tornando-se necessária a transferência desses aos herdeiros, logo, o planejamento sucessório possibilita a planificação do destino do patrimônio (MADALENO, s.d., p. 189). À vista disso, ressalta-se que o instituto é importante também para aqueles cujo patrimônio não seja tão vasto, já que do mesmo modo há possibilidades de seus herdeiros enfrentarem longas e dolorosas disputas judiciais, o que é evitado quando a transferência dos bens já está definida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 403). Isso porque “não se pode esquecer que a morte lança os herdeiros e o patrimônio familiar nas teias burocráticas dos

procedimentos de inventário, os quais, por mais competentes que sejam os advogados, podem ser desenrolar por um longo período" (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 99).

Nesse sentido, explana-se que mesmo em situações em que não há a disputa entre os herdeiros ou então, dificuldade em gerir de forma eficaz o patrimônio e os negócios da família, o falecimento de uma familiar acarreta, naturalmente, em diversos desafios, logo, assegura-se que o instituto em debate possibilita que esses sejam evitados, ou então, amenizados. (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 99). Ou seja, é possível dizer que o planejamento sucessório garante que os traumas da sucessão de bens sejam evitados (SILVA; ROSSI, 2017, p. 81).

Destarte, consolida-se a importância do instituto, ora discutido, ao analisar a realidade enfrentada no momento da sucessão, destacando-se a presença recorrente de conflitos familiares, pois "não é incomum que algum herdeiro particular demonstre insatisfação e discordância quanto aos termos do inventário, desencadeando discussões intermináveis junto ao judiciário" (SILVA; ROSSI, 2017, p. 83). Por óbvio esses conflitos geram reflexos negativos sobre o patrimônio, o qual, junto com a entidade familiar, é protegido pelo planejamento sucessório, (MADALENO, s.d., p. 191), pois,

> Ao concretizar o planejamento da sucessão, está-se afastando o impasse que levaria ao conflito: dá-se previamente a solução para as disputas, os entreveros, as rusgas. O caminho a ser seguido, as equações e suas respectivas soluções são calculados e passam a compor uma engenharia jurídica capaz de concretizar o processo, na mesma toada em que desarmam a carga eminentemente explosiva dos desentendimentos pessoais (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 08).

Já, no âmbito empresarial o instituto, além de evitar que as ocorrências desses conflitos coloquem em risco a saúde financeira da sociedade, possibilita preparar de maneira eficiente a condução da empresa da família (SILVA; ROSSI, 2017, p. 82), porque oportuniza que o dono da empresa e autor da herança realize testes e capacite os herdeiros para assumir o comando após sua morte, sendo ainda possível determinar qual deles terá maior aptidão e deverá receber o cargo (MARÇAL, 2020, p. 13). Mamede e Mamede (2020, p. 102), asseguram que essa situação afasta a ocorrência de crises e ainda, a falência da empresa. Por consequência, entende-se que o planejamento sucessório "visa garantir a continuidade da atividade empresarial e evitar a dilapidação do patrimônio construído pela empresa familiar" (DINIZ, 2019, p. 20).

Ademais, oportuno destacar que ao planejar a sucessão, direciona-se, de maneira lícita e legítima, para que esta ocorra com menor oneração fiscal (MARÇAL, 2020, p. 16), porquanto, o planejamento sucessório possibilita a aplicação de alternativas que a própria lei permite de modo que a incidência de tributos seja reduzida, ou até mesmo afastada, viabilizando um melhor aproveitamento do patrimônio pelos herdeiros (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 17). À vista disso, esclarecem Araujo, Paulus e Queiroz (2017, *apud* SILVA; BASTOS, 2019, p. 15):

> Ou seja a realização do planejamento tributário traz na realidade a liberdade de ação, algumas alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico, no que se refere às hipóteses existentes de incidência tributária, afim de eliminar ou postergar a obrigação tributária ou reduzir o montante devido.

De modo à exemplificar os benefícios tributários, adianta-se que a escolha pelo instituto em debate permite que seja evitado a incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) sobre patrimônios doados (BONA, 2018, s.p.).

Consubstanciando-se o exposto, Diniz (2019, p.21), afirma que o planejamento sucessório trata-se de uma oportunidade para que, ante a ocasião de um falecimento, a partilha do patrimônio seja facilitada, preservando a integridade das relações familiares e a manutenção da sociedade familiar, além de gerar benefícios na seara econômica, visto que há a diminuição de custos tributários e de transmissão *causa mortis.*

1.3 Aplicação das normas do direito sucessório

Tendo em vista que o Estado atenta-se ao dever de assistência diante da morte dos membros de uma família da mesma forma que empenha-se em proteger os interesses econômicos durante a vida desses, resta claro que essa proteção aplica-se também ao planejamento sucessório (PACHECO, 2018). Logo, quando este é elaborado, é necessário obedecer as normas previstas pelo Direito das Sucessões, as quais tratam da transferência do patrimônio de uma pessoa em razão da sua morte (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 40).

Inicialmente, deve-se ter em vista que o artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro estabelece a ordem da sucessão legítima, sendo que primeiramente será deferida aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se o casamento for em regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou ainda se não houver bens particulares em caso de regime de comunhão parcial. Caso não haja descendentes, a concorrência se dará entre ascendentes e cônjuges, sendo que na falta daqueles, caberá apenas ao cônjuge sobrevivente. Por fim, caso não haja esse último, será deferida a sucessão legítima aos colaterais. Portanto, observa-se que “A ordem da sucessão legítima obedece à linha e ao grau de parentesco, em que está para o falecido o herdeiro, parentesco esse, que resulta do matrimônio, da consanguinidade ou da adoção” (PACHECO, 2018, p. 144).

Doravante, insta analisar que o artigo 1.845 do Código Civil determina que os descendentes, ascendentes e cônjuges são herdeiros necessários, isso quer dizer que pertencem à esses, de pleno direito, a metade dos bens da herança, à essa parte denomina-se legítima, conforme prevê o artigo 1.846. Isto significa que “Referida metade é protegida pela lei, não podendo ser objeto de testamento, nem mesmo de doação, conforme expressamente dispõe, respectivamente, o parágrafo único do artigo 1.857 e artigo 549 do Código Civil” (SILVA; ROSSI, 2017, p. 99). Nessa esteira, Hironaka e Tartuce (2019, p. 89), afirmam que a proteção à legítima dos herdeiros necessários é a principal regra que deve ser respeitada ao elaborar o planejamento sucessório, pois o objetivo do legislador, ao resguardar o direito dessa categoria de herdeiros, é garantir-lhes maior amparo patrimonial, não permitindo que o autor da herança disponha do seu patrimônio na totalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 44).

Em contrapartida, por exclusão, a outra metade do patrimônio é a parte disponível, logo, o autor da herança pode dispor dela conforme sua vontade, estabelecendo por meio dos instrumentos de planejamento sucessório o seu destino (SILVA; ROSSI, 2017, p. 99). É nesse contexto que aplica-se a autonomia privada, possibilitando a aplicação da última vontade do *de cujus* (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 88).

Entretanto, imprescindível expor que o artigo 426 do Código Civil de 2.002 veda a celebração de contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva, tal norma refere-se ao *pacta corvina,* o qual implica em nulidade absoluta (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 96). Por outro lado, Gonçalves (2020, p. 565), defende a legalidade do planejamento sucessório ao esclarecer que “A partilha *inter vivos,* feita pelo ascendente sob a forma de

doação, pode ser considerada exceção à norma do aludido dispositivo legal, por corresponder à uma sucessão antecipada". Outrossim, adianta-se que o testamento é um dos mecanismos de planejamento sucessório mais eficiente, por não dar margem à ocorrência do *pacta corvina* (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 103).

Ademais, insta abordar que a doação em vida pelo autor da herança ao seu descendente, trata-se do adiantamento da legítima, logo, este deve, obrigatoriamente, realizar a colação do bem recebido, isso quer dizer, informar o valor correspondente, sob pena de sonegação, isso para que o patrimônio seja dividido de maneira igualitária entre todos os herdeiros necessários (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 52). Madaleno (s.d., p. 206), alerta que o cônjuge sobrevivente "só deverá colacionar quando a doação de seu consorte foi considerada como adiantamento da legítima e só deverá colacionar os bens recebidos por doação de seu cônjuge quando concorrer à sucessão com descendentes e ascendentes". Por fim, esclarece-se que a colação é dispensada quando o doador expressamente, seja em testamento ou no título de doação, determinar que a doação realizada refere-se à parte disponível do patrimônio, desde que o valor não extrapole a legítima (SILVA; ROSSI, 2017, p. 108).

Tendo isso em vista, elucida-se que "cada um dos herdeiros tem os mesmos direitos e deveres em relação ao todo, não cabendo a nenhum deles direitos e deveres sobre um ou mais bens determinados da herança; é esta uma *universitas iures"* (GONÇALVES, 2020, p. 51).

2. INSTRUMENTOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

2.1 Testamento

Em preliminar, insta esclarecer que a escolha do instrumento do planejamento sucessório decorre de uma análise do caminho que se percorrerá, calculando-se as equações a fim de chegar à uma solução que concretize o processo de sucessão (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 08), tendo em vista que "o planejamento restringe-se às hipóteses previstas e autorizadas pela legislação em vigência" (SILVA; ROSSI, 2017, p. 17). Hironaka e Tartuce (2019, p. 88) apresentam os principais instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, dos quais se destacam os que serão estudados no presente trabalho: a escolha do regime de bens no casamento ou na união estável; a constituição de sociedades, caso das *holdings* familiares, para administração e até partilha de bens no futuro; a realização de atos de disposição em vida, como doações – com ou sem reserva de usufruto –, e *post mortem*, caso de testamentos.

O testamento é conceituado como "ato de última vontade, só pode ser exercido em relação à parte excedente da legítima, que pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, se houver" (PACHECO, 2018, p. 221). Afirma-se também que os bens podem ser sucedidos em testamento por toda pessoa capaz, para depois de sua morte, respeitando-se a legítima dos herdeiros necessários, qual seja, a metade do patrimônio, a qual não pode ser incluída no instrumento (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 61).

Entre as principais características do testamento, as quais devem ser respeitadas no momento da sua elaboração, esclarece-se que este:

> É personalíssimo porque é o próprio disponente quem emite a declaração de vontade, com o intuito de exprimir a forma absoluta de sua vontade pessoal. É gratuito porque os beneficiários contemplados recebem o bem sem ônus correspondente, sem reciprocidade patrimonial. É solene, pois seu fim é garantir o

> cumprimento da real vontade do testador, razão pela qual é cercado de garantias e formalidades. É revogável porque faculta ao testador, até o momento de sua morte, alterar suas disposições, podendo conceder direitos a sujeitos até então não contemplados. E é unilateral porque se torna perfeito com uma única declaração de vontade- aperfeiçoa-se com a manifestação de vontade soberana e livre, bastando para a validade do ato (PRADO, p. 249).

Conforme exposto acima, o testamento permite a obediência à última vontade do testador, o qual define como e para quem transmitirá seus bens, respeitando-se a legítima, logo, a distribuição de bens é estabelecida previamente. Desse modo, evita-se a ocorrência de conflitos entre os herdeiros, já que impossibilita a disputa pelos bens, assim como, a discussão sobre o mérito do ato. Ademais, aponta-se a economia que esse instrumento pode proporcionar, principalmente, em decorrência da menor custa com honorários (ALMEIDA *et al,* 2018, p. 08). Por essa razão, resta entendido que o testamento é um dos melhores instrumentos de planejamento sucessório, pois "permite que o titular dos bens evidencie todos os seus desejos e vontades, sem deixar chances de discussão sobre o mérito, salvo em caso de eventual nulidade ou anulabilidade, além de permitir que o testador revogue ou altere, a qualquer tempo" (ARAUJO, 2018, p. 94).

No entanto, necessário sinalizar que o testamento, apesar de possibilitar antecipadamente a divisão das participações societárias, não resolve o problema da empresa, pois não abarca o planejamento da sucessão em relação à gestão da empresa (ALMEIDA *et al,* 2018, p. 08). Além disto, buscando-se proteger a última vontade do testador, bem como, preservar o negócio jurídico, o legislador elaborou um extenso rol de normas testamentárias, fato este que justifica o baixo número de pessoas que realizam o testamento, já que, caso não seja observada alguma norma, acarretará na nulificação do ato (HIRONAKA, 2017, p. 421).

2.2 Doação

O instrumento da doação está entre os principais do planejamento sucessório, considerado um dos mais utilizados atualmente no país, sendo fortemente marcado como um ato de liberalidade (TARTUCE; HIRONAKA, 2019, p. 101). Explica-se que esse ato de liberalidade "é algo implícito à pessoa do doador, sem nenhuma contraprestação da outra parte, sendo, via de regra, ato voluntário e espontâneo em favorecer e beneficiar alguém economicamente" (RODRIGUES; MOREIRA, 2020, p. 128), além disso, entende-se como o ato mais generoso do impulso humano, que tem por objetivo beneficiar alguém, sem nenhuma pretensão de recompensa (LÔBO, 2018, p. 278).

A doação é então, um negócio jurídico no qual o doador transfere seus bens móveis ou imóveis ao donatário (GAGLIANO, 2014, p. 21). Perante isso, constata-se que o instrumento ora abordado trata-se de contrato, negócio jurídico bilateral, no qual a obrigação é unilateral, ou seja, apenas para o doador, e ainda, é gratuito e causal (Pereira, 2017, p. 03).

Araujo (2018, p. 96) atesta que "Uma das vantagens desse instrumento é a possibilidade de o titular do patrimônio utilizar de forma expressa as cláusulas restritivas de direito". Entre elas, destaca-se a de incomunicabilidade, ou seja, o bem não será partilhado entre o herdeiro e seu cônjuge em caso de separação. Há também, a de inalienabilidade, logo, o objeto da doação não pode ser vendido até certo momento limite estipulado. Observa-se ainda, a cláusula de reserva de usufruto, a qual determina a fruição pelo doador enquanto este estiver em vida. Nesse último caso, no momento da

transmissão, o imposto incidirá apenas sobre metade do valor do bem, sendo que a outra parte será devida quando da morte do usufrutuário (FERNANDEZ, 2018, p. 45).

À vista das normas estabelecidas pelo Direito das Famílias, importante analisar que a doação de ascendente para descendente caracteriza a antecipação da legítima (Código Civil, 1.171). Nesse caso, o descendente beneficiado, deverá, no momento da abertura do processo sucessório, quando o doador vier a falecer, realizar a colação desse bem, isso quer dizer, informar o valor do bem que recebeu, para que se iguale a legítima dos outros herdeiros (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 52).

Salienta-se que caso não haja esse procedimento, estar-se-á diante de uma fraude, denominada doação inoficiosa, que ocorre quando o valor doado gratuitamente extrapola a parte que o doador poderia dispor em testamento, ou seja, cinquenta por cento do patrimônio, para tanto, será inválida a doação da parte indisponível, conforme ensina Rizzardo (2004, *apud* SILVEIRA; IBIAS, 2018, p.04).

2.3 Regime de bens no casamento ou união estável

O Código Civil de 2.002 ampliou o tratamento jurídico sucessório do cônjuge supérstite, considerando esse, herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes, logo, o casamento passou a conferir um s*tatus* sucessório (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 207). Isso porque, o artigo 1.829, inciso I, do código supracitado, ao determinar a ordem de vocação hereditária, estabelece que a sucessão legítima ocorra primeiramente aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, no entanto, não haverá concorrência se o regime de casamento entre esse e o *de cujus* for comunhão universal ou separação obrigatória de bens, ou ainda, se for no regime de comunhão parcial de bens e o autor da herança não tenha deixado bens particulares.

Logo, à vista dessa regra, em especial quanto à exceção nela prevista, tratando-se de regime da comunhão universal de bens “o sobrevivente manterá sua meação sobre os bens do casal, ao passo que a outra metade será destinada aos herdeiros na ordem definida pelo artigo 1.829 do Código Civil” (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 94), enquanto no regime de comunhão parcial de bens o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes em relação aos bens particulares, se houver, e ainda, quanto ao patrimônio comum será meeiro, sendo a outra metade herdada somente pelos descendentes e na falta desses, o cônjuge concorrerá com os ascendentes do falecido (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 92). Em seguida, sendo o regime de separação obrigatória de bens, o cônjuge sobrevivente só herdará os bens particulares se não houver descendentes, ainda nesse caso, concorrendo com os ascendentes do autor da herança. Por outro lado, quanto ao regime de separação convencional de bens, o cônjuge supérstite irá herdar em concorrência com os descendentes (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 95).

Percebe-se então que “A escolha por um ou outro regime de bens ganhou notável importância sucessória [...], pelo fato de influenciar na concorrência do cônjuge – e agora também do companheiro, no mesmo preceito –, em relação aos descendentes do falecido” (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 99). Desse modo, oportuno analisar sobre cada regime de casamento previsto pelo Código Civil, quais sejam: comunhão parcial de bens (art. 1.658); comunhão universal de bens (art. 1.667); participação final nos aquestos (art. 1.672); separação de bens (art. 1.687).

O regime de comunhão parcial de bens estabelece a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do matrimônio, preservando-se os bens adquiridos

anteriormente ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 209), sendo que vigorará também este quando não houver convenção (art. 1.640). Já, com a comunhão universal todos os bens se comunicam independente da época em que foram adquiridos, exceto quando realizado cláusula de incomunicabilidade para determinados bens (MADALENO, s.d., p. 197). A participação final nos aquestos "Trata-se de um regime misto, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial" (GONÇALVES, 2020, p. 151). Por fim, o regime da separação de bens, pode decorrer da convenção entre as partes ou da obrigatoriedade legal. No primeiro caso, resplandece o princípio da autonomia da vontade, visto que os cônjuges preservam a exclusividade e a administração do seu patrimônio obtido anteriormente ou então na constância do casamento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 211). Já, na separação obrigatória, na qual se dispensa a elaboração de pacto antenupcial, a imposição objetiva proteger determinadas pessoas ou então por ofensa à norma legal que trate das causas suspensivas da celebração de casamento, estando estabelecidas no artigo 1.641 do Código Civil as hipóteses (GONÇALVES, 2020, p. 146).

Fernandez (2018, p. 13), leciona que "Respeitados os princípios e as normas de ordem pública que regem a matéria do casamento, nosso ordenamento jurídico admite que o casal celebre pacto antenupcial para regular a convivência do casal". Desse modo, esclarece-se que:

> Por meio do pacto antenupcial os nubentes determinam, prioritariamente, o regime de bens pelo qual desejam reger seu casamento, cuidando sempre das armadilhas de um direito sucessório incidente sempre sobre os bens particulares do consorte falecido (MADALENO, s.d., p. 199).

Salienta-se que, para que o pacto antenupcial seja validado, deverá haver a realização do casamento, e a escritura do pacto no cartório de imóveis do domicílio conjugal, caso contrário, será nula (FERNANDEZ, 2018, p. 13).

Resta esclarecer que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, determinando que a lei facilite a conversão desse em casamento, no entanto, o Código Civil de 2002, não estabeleceu igual tratamento ao cônjuge e companheiro (MENDES; LANDFELDT, 2020, p. 92.280). Diante dessa situação, o STF julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, conforme se extrai das decisões dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, ambos com repercussão geral reconhecida, assim, equiparou o cônjuge e o companheiro para fins sucessórios. Para tanto, caso não haja contrato escrito entre os companheiros, será aplicado no que couber o regime de comunhão parcial de bens (GONÇALVES, 2020, p. 188).

2.4 Holding

O termo *holding* pode ser traduzido não somente como ato de segurar, deter, mas ainda como domínio, logo, refere-se à sociedades que são titulares de bens e direitos, mantendo-os em seu próprio patrimônio (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p.13), sendo que esse pode ser tanto material quanto imaterial (REZENDE; OLIVEIRA, 2019, p. 113). Portanto, o instituto "terá o controle do patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, que passarão a possuí-la por meio de uma pessoa jurídica (controladora patrimonial) constituída na forma de sociedade" (DINIZ, 2019, p. 27).

Madaleno (s.d., p. 106) afirma que o objetivo da sociedade *holding* ao adquirir e manter ações ou quotas é controlá-las, sem perder a independência e ainda, sem a obrigatoriedade de praticar atividade operacional (TEIXEIRA, 2007, *apud* MARÇAL, 2020, p. 04).

No entanto, resta esclarecer que ao "afirmar que *holding* é uma sociedade que tem por objetivo participar do capital social de outras empresas não significa dizer que deva ser seu exclusivo intento" (SILVA; ROSSI, 2017, p. 20). Isso porque, é possível que haja diferentes objetivos sociais, destacando-se três grupos de sociedades empresárias: as sociedades operacionais, as sociedades *holdings* mistas e as sociedades *holdings* puras. Esse fato, o instrumento de planejamento sucessório adaptável, esclarecendo-se que:

> Os bens titularizados por uma *holding* podem ser os mais diversos, a começar com aquelas que detêm exclusivamente quotas ou ações de outra ou outras sociedades (*holding* pura), passando pelas que detêm exclusivamente bens imóveis (*holding* imobiliária), chegando a situações mistas, com contornos e finalidades os mais variados: controlar, administrar, gerir etc.

Logo, tendo-se em vista a análise ante ao planejamento sucessório, explica-se que a *holding* familiar é uma espécie caracterizada por sua finalidade (SILVA; ROSSI, 2017, p. 22), ou seja, sua denominação advém do "fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc" (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 18). Portanto, a *holding* familiar compreende uma empresa que objetiva deter e também participar de outras sociedades que constituem o patrimônio familiar, portanto, pode-se dizer que uma sociedade irá controlar as atividades realizadas por meio dos bens (SILVA; ROSSI, 2017, p. 20).

Restando esclarecida a conceituação do instituto e suas espécies mais recorrentes, serão abordados no próximo capítulo os seus principais aspectos.

3. IMPLANTAÇÃO DA *HOLDING* FAMILIAR

3.1 Constituição da *holding* familiar

A *holding* familiar é constituída pelo patrimônio dos membros de uma família, visto que, uma vez sócios dessa empresa, integralizam seus bens, que formam o capital social da sociedade (FERNANDEZ, 2018, p. 68), ou seja, "determinado o valor dos bens, este é convertido em quotas da sociedade e transferido ao patrimônio da empresa" (FERNANDEZ, 2018, p. 72). Logo, os membros da família deixam de ser titulares dos bens e passam a ser sócios da empresa na qual o patrimônio foi integralizado (MEMEDE; MAMEDE, 2020, p. 178). Isto posto, vislumbra-se que a sociedade é criada "concentrando a gestão dos negócios em uma única estrutura societária, de modo que, por meio dela, também seja possível adotar um planejamento sucessório e tributário, visando à melhor gestão do patrimônio e das finanças da família" (SILVA; ROSSI, 2017, p. 21).

Nesse ínterim, cumpre analisar que embora não haja vedação para que irmãos, pais e filhos, primos sejam sócios, quanto às sociedades conjugais o artigo 977 do Código Civil possibilita que contratem sociedade entre si ou com terceiros, exceto quando casados no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 137).

Doravante, esclarece-se que ao constituir uma *holding* deve ser escolhido o tipo societário, isso, considerando-se a finalidade para qual foi criada em face dos aspectos práticos jurídicos (SILVA; ROSSI, 2017, p. 24). Nessa esteira, Mamede e Mamede (2015, p. 120), sustentam que:

> A *holding* pode ser uma sociedade simples, com registro em Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, ou uma sociedade empresária, registrada na Junta Comercial, podendo adotar qualquer tipo societário, excluída a sociedade cooperativa, por suas particularidades legais e filosóficas. A escolha da natureza e do tipo societário deve ser feita considerando as particularidades de cada família, seu patrimônio, seus negócios. É uma escolha estratégica, embora orientada por aspectos técnicos que devem ser dominados pelo consultor.

Destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a escolha de diversos tipos societários para constituir a *holding,* visto que, apesar de o instituto ter sido introduzido pela Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), não há proibição legal para que seja constituída por outro tipo societário (SILVA; ROSSI, 2017, p. 24). Mamede e Mamede (2020, p. 29), sinalizam ainda que, não obstante predominar a escolha pela sociedade empresária do tipo limitada ou anônima é indispensável que o profissional diante de cada situação, analise qual tipo se adequará melhor.

No entanto, não se pode olvidar que se tratando de *holding* familiar, a sociedade empresária do tipo limitada é a mais indicada, pois além de não exigir tantas formalidades (MARÇAL, 2020, p. 09), "pode favorecer aqueles que desejam impedir o ingresso de terceiros estranhos ao quadro societário, mantendo apenas membros da família como sócios" (FERNANDEZ, 2018, p. 67). Acrescenta-se ainda que, nesse tipo a responsabilidade de cada sócio é limitada ao valor de suas quotas, respondendo todos solidariamente pela integralização da totalidade do capital social (ALMEIDA *et al,* 2018, p. 03).

Desse modo, salienta-se que o capital social da sociedade limitada é dividido por quotas, devendo-se registrar o contrato social da empresa na Junta Comercial competente (SILVA; ROSSI, 2017, p. 28). Explica-se que, *in casu*, é no contrato social que ocorre a "instituição de regras específicas para reger essa convivência, dando ao instituidor, nos limites licenciados pela lei e pelos princípios jurídicos, uma faculdade de definir as balizas que orientarão a convivência dos parentes em sua qualidade de sócios" (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 80). Importante notar que o documento deve estar de acordo com a legislação, especialmente com o artigo 977 do Código Civil e com os dispositivos da Lei 6.404/76, que determinam apenas o mínimo indispensável, (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 140), possibilitando que o instrumento disponha sobre diversas situações, como por exemplo:

> tipo societário adotado, funcionamento, retirada de sócio; preferência de aquisição da quota de retirante pelos sócios remanescentes; consequência em caso de óbito ou retirada de sócio; possibilidade ou proibição da entrada de terceiro sem anuência dos demais sócios; normas sobre administração participação no capital social, função e responsabilidade para com as obrigações sociais, de cada membro integrante da família na empresa; transferência das quotas por meio de doação com cláusula de usufruto vitalício ou testamento; cláusulas de proteção (incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade) ou de gravames para evitar dilapidação de bens familiares por herdeiros etc. (ROCHA JUNIOR; ARAUJO; SOUZA, 2014, *apud* DINIZ,2019, p. 26).

Não obstante, tendo-se em vista a possibilidade de optar pela sociedade anônima, oportuno noticiar que essa é documentada pelo estatuto social, sendo que seu capital será dividido em ações e a responsabilidade dos sócios limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (SILVA; ROSSI, 2017, p. 36).

Por fim, quanto à remuneração dos sócios, destaca-se que "O direito aos dividendos nasce da titularidade das quotas ou ações, ou seja, da participação societária na *holding*" (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 125). Sobre o tema, Marçal (2020, p. 15), assevera que o autor da herança, ao realizar a doação de quotas para os herdeiros, se torna usufrutuário das quotas da sociedade, portanto, possui direito tanto aos rendimentos quanto aos dividendos, ainda, diante de uma votação, o voto desse prevalece, resguardando-se assim, seus direitos políticos.

3.2 Vantagens da *holding* familiar

À vista do exposto, compreende-se que com a constituição da *holding* familiar os bens da família são concentrados em uma única empresa, mantida em nome dos herdeiros, facilitando assim, a administração dos bens, bem como a sucessão hereditária (DINIZ, 2019, p. 27), pois "havendo a coordenação da empresa pelo fundador, este administra da melhor maneira os bens, objetivando principalmente resguardar um patrimônio, evitando assim conflitos sucessórios" (FERNANDEZ, 2018, p. 69). Com isso, os familiares são submetidos à essa sociedade, passando a ter que obedecer as regras instituídas acerca das questões patrimoniais e negociais, essas visando o bem coletivo e não individual (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 70).

Além de evitar conflitos, que poderiam impactar as relações familiares e ainda por em risco a manutenção do patrimônio, elaborando-se a *holding* de forma estruturada e planejada, o contrato social poderá estabelecer de que forma se dará a sucessão e quais serão os direitos de cada herdeiro após a morte do autor da herança, e quando essa acontecer os bens serão transferidos com a extinção do usufruto, não sendo necessário enfrentar o processo de inventário (ARAUJO, 2018, p. 109). Isso quer dizer que "A constituição de *holding* familiar tornará a sucessão patrimonial mais célere, pois ficará adstrita ao disposto no contrato social ou no estatuto, evitando-se os trâmites do inventário" (DINIZ, 2019, p. 27).

Nesse ínterim, salienta-se que a *holding* familiar permite que no instrumento que a constituir sejam estabelecidas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, além da doação com reserva de usufruto, impossibilitando assim o ingresso de terceiro na sociedade e ainda, evitando a dilapidação do patrimônio familiar (DINIZ, 2019, p. 32). Acerca disso, Mamede e Mamede (2020, p. 110), elucidam que à luz do artigo 1.911 do Código Civil, a cláusula de inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade, que vem à constituir a "blindagem patrimonial", devendo-se estar atento quanto à legítima. Ou seja, o instituto em debate "prepara para enfrentar o risco de *ataques de terceiros*, resultado das opções de vida tomadas por cada herdeiro, sócio da *holding*, e a possibilidade de, apesar delas, manter o controle societário da(s) sociedade(s) operacional(is)". Entretanto, Diniz, (2019, p. 29), sinaliza que se a *holding* tiver sido constituída com a intenção de fraudar credores ocorrerá a desconsideração de personalidade jurídica, permitindo que terceiros obtenham os frutos e rendimentos.

Identifica-se ainda que o instituto promove benefícios tributários, visto que "permite a redução legal da carga tributária das atividades empresariais da família, sem que isso represente qualquer risco fiscal uma vez que o planejamento restringe-se às hipóteses

previstas e autorizadas pela legislação em vigência" (SILVA; ROSSI, 2017, p. 17). Nesse sentido, exemplifica-se o fato de que muitos Estados brasileiros possibilitam que, havendo o gravame do usufruto, ocorra o pagamento da metade do valor do ITCMD no momento da doação e a outra parte quando o usufruto for extinto (MARÇAL, 2020, p. 11). Ademais, Rocha Júnior (2014, *apud* TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p.21), asseguram a redução da carga tributária dos rendimentos provenientes da locação e compra/venda dos imóveis, quando estes estão integralizados na *holding,* pois sendo essa pessoa jurídica, ocorrendo a tributação com base no regime do lucro presumido, a alíquota será de 11,33%, visto que tratando-se de pessoa física aplica-se o imposto de renda, logo alíquota será de 27,5% sobre a renda auferida.

Ante ao exposto, resta claro que "o objetivo primordial dessa ferramenta seja o de facilitar a gestão do patrimônio, estruturar a empresa, planejar o aspecto tributário/fiscal que envolve a atividade e a transmissão do patrimônio e organizar a sucessão" (REZENDE; OLIVEIRA, 2019, p. 119). Por fim, Diniz (2019, p. 28), evidencia que a *holding* familiar proporciona a concentração e o controle dos bens, tornando possível a efetivação de um planejamento sucessório, beneficiando tanto no aspecto psicológico quanto econômico, visto que a família não sofrerá o desgaste do processo de inventário, ainda, haverá uma redução da carga tributária sobre os bens, com a alíquota menor e vantagens quanto à incidência do ITCMD.

3.3 Efetivação da sucessão

Consoante ao exposto, resta entendido que com a constituição da *holding* familiar os bens da família são integralizados na sociedade, logo, os "proprietários receberão participações societárias, ou seja, passarão a ser meros detentores de quotas ou ações" (DINIZ, 2019, p. 26). Mamede e Mamede (2015, p. 128), esclarecem que quotas e ações, são títulos de participação social, dotadas de valor econômico, referindo-se à sociedade limitada e sociedade anônima, respectivamente.

Dessa forma, constata-se que a sucessão ocorrerá por meio da cessão das quotas ou ações do sucedido, seja por ato entre vivos ou *causa mortis*, da forma que estiver estabelecido no contrato social ou no estatuto social, ressaltando-se que essa previsão deve obedecer também as normas legais, a fim de que não caracterizem abuso de direito, o que acarretará na invalidade (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 128).

Diniz (2019, p. 28), ensina que, ocorrendo a transferência de quotas *inter vivos*, caracterizará o adiantamento de legítima aos herdeiros necessários, sob a forma de doação, por outro lado, se restar definido que a transferência acontecerá somente com a ocasião do falecimento, utiliza-se o testamento, que deverá determinar que o ascendente mantenha o controle da *holding* até a sua morte, momento em que passará aos descendentes. À vista disso, revela-se que, ordinariamente, o instrumento de constituição da sociedade determina a escolha pela transferência por meio da doação, visto a possibilidade de inserção de cláusulas restritivas, em especial, a reserva de usufruto, que garante ao doador usar e fruir das quotas e ainda, tomar decisões, no entanto, não podendo dispor destas, protegendo assim tanto o patrimônio quanto o doador e o donatário (MARÇAL, 2020, p. 14). Resta frisar que sobre a doação incide a tributação em 4% pelo Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD – (DINIZ, 2019, p. 28).

Por fim, "o planejamento sucessório na *holding* familiar admite regulamentação no contrato social de procedimento no caso de falecimento dos sócios" (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 15). Desse modo, conforme estabelecido no artigo 1.028

do Código Civil, as quotas pertencentes aos sócios falecidos serão liquidadas, exceto se estabelecido de forma diferente no contrato social (Diniz, 2019, p. 28). Pode-se dizer que tal previsão visa impedir a entrada de terceiros na sociedade, tendo-se em vista o *affectio societaties* presente na sociedade empresária limitada (MADALENO, s.d., p. 191).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa adveio das aulas da disciplina optativa de Tópicos Especiais de Direito Civil, nas quais foi abordado o tema sobre Direito das Sucessões. Desse modo, foram realizados estudos peculiares acerca das normas que determinam como se dá a transmissão do patrimônio do autor da herança aos seus herdeiros, vindo à tona as dificuldades enfrentadas pelos sucessores. Tendo isso em vista, ao ter sido solicitado a elaboração de um trabalho, buscou-se verificar as formas alternativas legais para a sucessão patrimonial, revelando-se então a existência do instituto do Planejamento Sucessório.

Para tanto, o presente estudo se dá com abordagem qualitativa. Assim, conforme os ensinamentos de Mezzarabora e Monteiro (2017, p. 138), é uma pesquisa na qual “o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador”. Dessa forma, verifica-se que essa abordagem se adéqua aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

Ademais, a pesquisa é do tipo bibliográfico, onde são analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Destarte, Lozada e Nunes (2019, p. 158), ensinam que esse tipo “propicia o exame de um tema para que o pesquisador construa um enfoque ou abordagem nova sobre ele, com o objetivo de chegar a conclusões inovadoras e que componham a sua gama conceitual”.

Ainda, tendo em vista a busca por apresentar a verdade, a pesquisa se dá pelo método dedutivo, posto que “os argumentos dedutivos sacrificam a ampliação do conteúdo para atingir a certeza” (MARCONI; LAKATOS, 2019, p. 90). Por fim, o nível de aprofundamento da pesquisa é explicativo, logo, torna-se possível verificar os fundamentos das afirmações enfatizadas no presente estudo, bem como, compreender o desenvolvimento do raciocínio (SANTOS; KIENEN e CASTIÑEIRA, 2015, p. 09).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa desenvolvida foi possível compreender o que é o planejamento sucessório, como ocorre sua efetivação por meio de cada instrumento e quais benefícios cada um desses pode promover, em especial a *holding* familiar. Assim, restou evidente que o planejamento sucessório realiza-se com a análise sobre as condições do patrimônio, bem como, a situação do autor da herança e dos herdeiros, para que em seguida, sejam adotadas medidas estratégicas que visem a proteção de todos os envolvidos no processo sucessório.

Ademais, comprovou-se que o instituto permite a prevalência da vontade do autor da herança acerca de como os bens serão partilhados, ao poder determinar, em vida, o que ficará com cada herdeiro, respeitando-se as normas do direito sucessório, como a proteção da legítima. Por conseguinte, evidencia-se ainda que evita a ocorrência de

conflitos familiares na disputa pelos bens, tornando o processo sucessório mais célere. Foi mostrado também que o planejamento sucessório traz benefícios no âmbito empresarial, pois, havendo empresa familiar, simultaneamente ocorre a preparação do herdeiro para assumir a condução da empresa. Por fim, restou claro a possibilidade de redução da carga tributária ou então, a facilitação da forma de pagamento dos tributos que incidem sobre os bens, preservando-se a manutenção do bem.

Logo, observou-se que para que o planejamento sucessório ocorra de forma plena e eficaz é necessária a escolha adequada do instrumento sucessório, tendo em vista que os principais são o testamento, a doação, a escolha do regime de bens no casamento ou união estável e a *holding.* Desse modo, salientou-se que ao analisar as previsões legais que incidem em cada instrumento, é possível verificar qual o mais vantajoso para cada caso, e ainda evitar que as normas sejam desrespeitadas, fato que levaria à invalidade do ato diante da caraterização de fraude.

Nesse ínterim, ao abordar de maneira especial o instrumento da *holding* familiar foi demonstrado sua relevância principalmente em famílias que possuem um vasto patrimônio bem como, quando exercem atividades empresariais. Isso porque, por meio da integralização dos bens, uma única empresa passa a deter e dominar o patrimônio, tornando os familiares sócios, facilitando a gestão do patrimônio e ainda, garantindo a proteção contra terceiros. Ademais, ao analisar que a sociedade é elaborada por meio do estatuto social ou contrato social, revelou-se a possibilidade de ali determinar como ocorrerá a transferência aos herdeiros, não dos bens, mas sim das quotas ou ações. Por fim, restou comprovada a existência de normas legais que prevêem a redução da carga tributária diante da *holding* familiar.

Diante do exposto, notório que o planejamento sucessório não deve ser visto de maneira isolada, assim, é necessário que seja articulado com diversas searas jurídicas, especialmente, o Direito das Famílias, Sucessório, Tributário, Empresarial. Com isso, nota-se a importância de que os juristas sejam preparados para atuarem de maneira dinâmica, conciliando as normas de cada ramo do Direito. Dessa forma, serão capazes de elaborar o planejamento sucessório de forma eficaz.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabiano Souza de *et al.* Constituição de *holding* como instrumento para sucessão familiar. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. 2018. Disponível em: https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/06/holding-sucessao-familiar.html. Acesso em: 27 nov. 2020.

ARAUJO, Dayane de Almeida. **Planejamento Tributário Aplicado Aos Instrumentos Sucessórios.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933648/cfi/89!/4/2@100:0.00. Acesso em: 07 abr. 2021.

BONA, André. Entenda a importância do planejamento sucessório. **Portal André Bona**, jul. 2018. Disponível em**:** https://andrebona.com.br/entenda-a-importancia-do-planejamento-sucessorio. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 878.694/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente= 4744004. Acesso em 01 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 646.721/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 30/11/2018. **Superior Tribunal Federal.** Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente= 4100069. Acesso em 01 dez. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Holding*: Uma Solução Viável Para A Proteção Do Patrimônio Familiar. **Revista *Argumentum,*** Marília, v. 20, n. 1, p. 17-34, 2019. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1111/709. Acesso em: 09 set. 2020.

FERNANDEZ, Fernando Teodoro Brandariz. **Planejamento sucessório e patrimonial internacional.** São Paulo: Sodepe, 2018. Disponível em: http://mingronebrandariz.com.br/livros/planejamento_sucessorio.pdf. Acesso em: 01 dez. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação:** análise crítica do atua sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978850 2224339/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 29 nov. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609550/cfi/404!/4/4@0.00:20.Acesso em: 20 set. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 7. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616015/cfi/3!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 04 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil:** Direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 2. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619665/cfi/1!/4/4@000:0.00. Acesso em: 02 dez. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. v.1, p. 413-422, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0413_0422.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento Sucessório: Conceito, Mecanismos E Limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil,** Belo Horizonte, v.21, p. 87-109, 2019. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466. Acesso em: 28 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 03. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229146/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 30 nov. 2020.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia Científica.** Porto Alegre: Sagah, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029576/cfi/1!/4/4@0.00:58.4. Acesso em: 02 jun. 2021.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Ibdfam**. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf. Acesso em: 01 dez. 2020.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. ***Holding* Familiar e suas Vantagens:** planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025354/. Acesso em: 27 ago. 2020.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento sucessório:** introdução à arquitetura estratégica – patrimonial e empresarial – com vista à sucessão causa mortis. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/. Acesso em: 27 ago. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019**.** Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books /9788597010770/. Acesso em: 30 out. 2020.

MARÇAL, Alba Karoline. *Holding* Familiar: Uma Alternativa De Planejamento Tributário E Sucessório. **Caderno de Administração - Revista do Departamento de Administração da FEA**. v. 4, n. 2, p. 1-26, 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/caadm/article/view/47203/32499. Acesso em: 28 ago. 2020.

MENDES, Marcio J. Malheiros; LANDFELDT, Raiza. A (in)constitucionalidade da diferença sucessória entre cônjuges e companheiros. ***Brazilian Journal of Development***. v. 6, n. 11, p. 92.275-92.282, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Seven/Downloads/20516-52669-1-PB.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com. br/#/books/9788547218737/. Acesso em: 23 out. 2020.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas:** na sucessão legítima e testamentária. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977436/cfi/6/10!/4/2/4@0:0. Acesso em: 12 nov. 2020.

PEREIRA, Rodrigo Serra. Do planejamento sucessório: uma breve análise da doação de ascendente para descendente. **Revista dos Tribunais Online.** v. 13, n. 13, p. 349 – 371,

2017. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6463939. Acesso em: 30 nov. 2020.

RODRIGUES, Alessandra Yadein; MOREIRA, Thiago Rodrigues. Doação E Sucessão: Institutos Que Impedem A Reversão Do Bem Ao Doador Que Sobreviver Ao Donatário. *In:*VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa (org.). **Direito em movimento: saberes transformadores da sociedade contemporânea.** 2. ed. Ponta Grossa: Atena, 2020. Disponível em: https://www.finersistemas.com/atenaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/40233. Acesso em: 29 nov. 2020.

SANTOS, Pedro António dos; KIENEN, Nádia; CASTIÑEIRA, Maria Inés. **Metodologia da pesquisa social:** da proposição de um problema à redação e apresentação do relatório. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494156/cfi/0!/4/4@0.00:0.0541. Acesso em: 03 nov. 2020.

SILVA, Bruna Rodrigues da; BASTOS, Wellington Gomes da Silva. Aspectos gerais sobre a *holding* familiar no planejamento sucessório. **Revista Miríade Científica** , v. 4, n. 1, p. 1-23, 2019. Disponível em: https://faculdadecuiaba.com.br/revista/index.php/miriadecientifica/article/view/51/46. Acesso em 20 set. 2020.

SILVA, Fabio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. ***Holding* familiar**: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário. 2 ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. Disponível em:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978859545002 8/. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVEIRA, Diego Oliveira; IBIAS, Delma Silveira. Sucessões e as consequências das doações inoficiosas**. Ibiasesilveira,** 2018. Disponível em: http://ibiasesilveira.adv.br/wpcontent/uploads/2018/07/Sucessoeseasconsequenciasdasdoacoesinoficiosas-Diego-Silveira-e-Delma-Ibias.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

TESSARI, Cláudio; PINHEIRO, Camila B. N.; MOREIRA, Fernanda da Rosa. *Holding* familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Revista Síntese Direito de Família**. v. 19, n. 107, p. 9-26, Abr.-Mai./ 2018. Disponível em: http://ctessari.adv.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-19.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

O NEOLIBERALISMO E SEUS IMPACTOS NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA ÚLTIMA DÉCADA NO BRASIL

Letícia Gonçalves Bauer[1]
Maria Helena Pessini[2]
Itamar Gelain[3]

Resumo: O presente artigo teve como problema de pesquisa os impactos das políticas neoliberais na precarização do trabalho no Brasil. A hipótese inicial foi a de que as proporções nunca vistas da política neoliberal atual implicaram diretamente na flexibilização das relações trabalhistas e na inconteste precarização. Utilizou-se na metodologia o método de pesquisa dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que, ainda em governos que buscavam a implementação de políticas sociais, foi possível averiguar modificações nas leis trabalhistas que implicavam em sua precarização. Essas políticas foram ainda mais profundas em governos posteriores que tinham o liberalismo como pauta ao lado de políticas econômicas, valorização do capital, desenvolvimento e proteção de empresas. Em especial no Brasil, a última década se consolidou com poucas melhorias para o trabalhador, que sofreu – e continua sofrendo – inúmeras precarizações das normas trabalhistas, inclusive em governos que se autointitularam defensores das políticas sociais e da população menos abastada.

Palavras-chave: Neoliberalismo; Políticas Sociais; Precarização; Trabalho; Flexibilização.

INTRODUÇÃO

Durante os últimos anos com o crescimento da globalização se tem observado grande popularização das políticas neoliberais ao redor do mundo. Países influentes como Estados Unidos e Reino Unido têm elegido governos que buscam os interesses do capital e pouco se interessam por políticas sociais. Optam pela precarização de direitos, em favor do crescimento econômico e desenvolvimento das empresas, aumentando a desigualdade social e diminuindo direitos sociais.

O Brasil tem seguido a tendência mundial. Em paralelo se pode observar que, sendo um país em desenvolvimento, o aumento da precarização das formas de trabalho, bem como da desigualdade social têm ficado mais evidentes. O problema de pesquisa foi averiguar se há ligação direta entre esses dois fatores: o avanço do neoliberalismo sobre o Brasil da última década e a precarização das relações de trabalho.

Assim sendo, buscou-se comprovar a hipótese inicial de que a maior causa de depreciação das leis trabalhistas ocorre devido a política neoliberal que, a partir de uma objetificação da força de trabalho, aumenta a desigualdade social e diminui direitos trabalhistas em favor do lucro e do capital.

O objetivo geral restou em expor como o avanço do neoliberalismo contribuiu para as políticas de precarização do trabalho adotadas no Brasil dos últimos dez anos. Para isso, os objetivos específicos da pesquisa consistem em analisar no que consiste o liberalismo e o neoliberalismo, a partir de seus principais representantes bem como, evidenciar os impactos sociais do liberalismo no âmbito do direito social ao trabalho e, por fim, avaliar como as políticas neoliberais concorrem para a precarização do direito social do trabalho no Brasil.

Para a elaboração do artigo científico, foi utilizado o método de pesquisa dedutivo e monográfico com a finalidade de analisar como as políticas liberais e neoliberais surgiram, seus principais teóricos e fundamentações, partindo de uma pesquisa bibliográfica dos

1. Bacharel em Direito – Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville
2. Bacharel em Direito – Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville
3. Professor na Graduação em Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.

autores Robert Nozick e Adam Smith, bem como uma análise do impacto das políticas propostas por tais autores no âmbito do trabalho e, ainda, como isso tem sido desenvolvido nos governos brasileiros da última década.

Na primeira seção será abordado os representantes da teoria liberal e o que cada qual entende a respeito do papel do Estado frente às relações sociais. Em seguida, será discutido como as relações de trabalho tem sido violadas sob a égide do neoliberalismo muito embora tenham sido criadas em um mundo liberal. Por fim, será feito uma análise das políticas neoliberais implementadas no Brasil da última década e como isso tem implicado diretamente no aumento da precarização do trabalho e das desigualdades sociais.

1. A TEORIA LIBERAL E SEUS REPRESENTANTES

Impulsionada por Adam Smith, a teoria liberal visa a intervenção mínima do Estado na economia, não dependendo a justiça social de um governo para estabelecê-la, restando a talante da eficiente mão invisível do mercado*, laissez faire*. Situando-se restritas as atribuições estatais, deve ser reduzida diretamente proporcional a carga tributária. Conforme dispõe Nozick (1974), cada indivíduo tem o que fez para merecer e obter e qualquer ato ostensivo praticado pelo Estado para driblar isso, seria uma afronta às liberdades individuais. A proposta liberal isenta o Estado de qualquer política social que vise diminuir desigualdades.

1.1 Adam Smith e o Liberalismo

O estudioso Adam Smith deixou como legado suas conhecidíssimas obras tratando de ideias liberais. É tão límpida a caracterização de maior precursor desses ideais que um dos principais nomes do neoliberalismo considerou que as realizações do capitalismo nasceram de ideias de economistas clássicos, como Adam Smith (MISES, 2009).

A ele é devida a ideia de intervenção mínima do Estado na economia, sendo que este ente deveria se preocupar somente com a manutenção da ordem pública, a proteção da propriedade privada, fazer respeitar a justiça e facilitação do comércio (VIEIRA JR, 2014). Enquanto despendia de estudos e propagava a ideologia do livre comércio, Adam Smith não dimensionou que sua teoria pudesse ser além de utopia (MERQUIOR, 2016).

Anteriormente a Adam Smith, acreditava-se que a riqueza das nações era proporcional a quantidade que o Estado possuía em reserva de materiais preciosos, como prata e ouro. Entretanto, com o advento desse estudioso, surgiu a ideal de que o valor econômico de um estado era determinado pelo labor produtivo (SMITH, 1996).

Só o trabalho cria efetivamente o valor do produto, chamada teoria econômica do trabalho. Conseguindo, a medida de quanto tempo fora dispensado para fabricação desse, pudesse auferir o preço do objeto (SMITH, 1996). Pelo que se observa do exemplo dos alfinetes no livro A Riqueza das Nações, para Smith, enquanto uma pessoa não treinada tem dificuldade para produzir a quantidade de 20 alfinetes com perfeição durante um dia, ou até mesmo 01 alfinete, 10 trabalhadores treinados e trabalhando em conjunto conseguem produzir com perfeição 48 mil alfinetes.

Extrai-se assim, do exemplo acima, que, com a criação da fábrica e aumento da especialização dos trabalhadores, a produtividade, se estiver em um livre mercado, aumenta exponencialmente, em conjunto com a riqueza universal de todo o país (SMITH, 1996).

O crescimento da produtividade do trabalho eleva a mais-valia. Significa dizer que, o excedente sobre os salários possibilita o aumento do resguardo financeiro, isto é, maior produção. Desta forma, acaba sendo gerada a demanda por mão de obra sobre o mercado de trabalho, o que, em tese, resultaria na majoração dos salários e consequentemente melhora na condição de vida dos trabalhadores, assim sendo, os respectivos por sua vez, consumiriam mais e aumentariam o tamanho dos mercados, gerando expansão (SMITH, 1996).

Para Adam Smith (1996), a criação de uma sociedade justa não necessita de um governo para controlá-la, na medida em que o próprio livre mercado é eficiente para tanto, tendo em vista o uso da mão invisível em conjunto com as leis da oferta e da procura, que regulam a produção das mercadorias. Com esses ditames, as pessoas, na ideia de Adam Smith, são livres para conquistar sua liberdade e se tornarem iguais, já que, com o Estado mínimo, não mais se faz necessária a cobrança vultuosa de tributos possibilitando um excedente financeiro aos indivíduos

Ademais, da obra A Riqueza das Nações, extrai-se que, para Smith (1996), é nítida a relação entre o patrão desejar por pagar o mínimo possível e o trabalhador por receber maior remuneração. Entretanto, o que se obtém dessas associações é que, a parte mais privilegiada nas negociações é o capital, ou seja, o patrão. Tendo em vista que, este detém de vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com as suas próprias cláusulas.

Pois, além de serem detentores do poder, são em menor número, e a sua associação se torna muito menos descomplicada, possibilitando conluio dos patrões, para minoração dos salários e entre outras precarizações dos direitos trabalhistas, ao contrário dos sindicatos, que acumulam abundantes quantidades de pessoas, o que corresponde a maior dificuldade em lutar de forma uníssona.

Adam Smith (1996) ainda argumenta que, os patrões, em meio a uma greve instaurada, por exemplo, teriam muito mais capital e força para se manterem, do que os empregados, fazendo alusão a possível suspensão de salários.

Continua argumentando no sentido de que, o trabalhador necessita de um salário mínimo para viver e manter sua família, mais que isso, a remuneração deve ser equivalente para criar e cuidar de seus filhos, a fim de que possa existir outra geração de trabalhadores, ou seja, de que apesar do capital ansiar por salário menor que medíocre, só não o faz, pois necessita da nova leva de mão de obra.

Observa-se assim que, sua teoria econômica está embasada na produção em seu aspecto social, onde acredita que, se os indivíduos forem deixados livres, por si só buscarão o bem comum da sociedade, pois sendo intencional ou não, ou seja, de maneira egoísta ou altruísta, para favorecer a si de maneira mais efetiva, far-se-á necessário ajudar os outros, constituindo que a mão invisível seria resultado da junção dos desejos humanos, a gula e ambição por riqueza e poder, que geraria benefício a todos, como parte da sociedade.

1.2 Robert Nozcik e o Libertarianismo

Seguindo os ideais liberais, Robert Nozick possui um viés político assinalado pelos traços do individualismo (BALERA, 2015). Suas principais e premiadas contribuições para o campo da filosofia política surgiram do desejo de refutar a teoria libertária; entretanto, ao final, acabou convencido pela mesma. Em suas palavras: *"*Minha relutância anterior não está presente neste livro porque deixou de existir. Acostumei-me, ao longo do tempo, com

essas ideias e com suas consequências, e agora vejo a política através delas" (NOZICK, 1974, p.10).

Desta feita, em sua obra Anarquia, Estado e Utopia, o autor pretende refutar o anarquista, a política do igualitarismo e mostrar que sua proposta é capaz de ser atraente inclusive para o utopista (GARGARELLA, 1964). Para isso, a tese nozickiana, como já supramencionado, resgata em um primeiro momento o estado de natureza proposto por John Locke, pressupondo que há direitos básicos invioláveis, onde o indivíduo pode pessoalmente exigir respeito a seus direitos, defender-se, reclamar indenização e punir (ou pelo menos tentar ao máximo fazê-lo) (NOZICK, 1974).

A partir de uma análise do "estado de natureza", a tese do autor baseia-se na figura de um Estado Mínimo, isto é, um Estado que não viola direitos, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante (NOZICK, 1974). Para a concepção nozickiana, os direitos naturais parecem derivar a premissa de que cada pessoa possa moldar sua própria vida a sua maneira – que cada uma tenha garantidas as condições necessárias para poder levar adiante uma vida significativa (GARGARELLA, 1964).

Nesse sentido, para a filosofia política do libertarianismo, Michael Sandel (2012) ensina que há três tipos de premissas que o Estado Moderno promulga mas que, para a visão política de nozickiana, haveria abuso por parte do governo. São elas: a) o paternalismo estatal, isto é, as normas que ditam a que riscos os cidadãos podem ou não se submeter; b) legislação sobre a moral onde o Estado dita o que seria as convicções morais da maioria da população, e por fim, c) a redistribuição de renda em qualquer de suas formas, onde qualquer norma que force algumas pessoas a ajudar outras, incluindo a taxação de impostos para esse fim, estaria incorreto.

Nozick (1974) entende que o homem, enquanto ser valioso, pode dar sentido à sua vida, contribuindo e originando valor, "merecendo" assim ser respeitado. Seus direitos, pois, não devem ser violados (MORRESI, 2002). Assim, para o autor, o sujeito e seus bens são tidos como limites morais à atuação dos outros indivíduos e inclusive do Estado. Nesse sentido, poder-se-ia deduzir que uma pessoa é mais livre proporcionalmente quanto mais tenha sob sua posse, surgindo uma simples equação que entende que a distribuição de bens é também definidora da distribuição da própria liberdade (BALERA, 2015).

O Estado liberal de Robert Nozick ainda proíbe o uso da força coerciva da lei para promover noções de virtude ou para expressar as convicções morais da maioria (SANDEL, 2012). Isto é, para o autor já citado, a concepção nozickiana aborda questões tão contemporâneas e culturais como aborto, direito de homossexuais, liberdade de expressão e a separação entre a igreja e o Estado que este parece ser o pequeno e único ponto em que a teoria libertária se encontra com a visão do Estado de bem-estar social.

Ainda, os ideais libertários advogam pelas liberdades de mercado, exigem limitações ao uso do Estado para a política social, portanto eles se opõem ao uso do esquema de tributação redistributiva para implementar uma teoria liberal de igualdade (FONSECA;FERREIRA, 2016).

Para o autor, não cabe ao Estado intervir para que os sujeitos tenham uma perspectiva de vida favorável, isto é, o Estado não deve atuar como garantidor da saúde, da educação e tantos outros direitos sociais. Esse tipo de prestação, que pode ser adquirida de maneira mercantil, seria uma violação grave ao modelo de Estado Mínimo. Todavia, cabe lembrar que a interferência, que representa um ato de violência aos libertários, é tida por Rawls como parte da concretização da justiça (BALERA, 2015).

Nesse sentido, o autor argentino Roberto Gargarella contribui ainda mais para explicar a visão do liberalismo conservador sobre a questão social:

> Por que não afirmar, de modo razoável, para que cada um possa planejar sua vida é necessário também que o Estado garanta certos benefícios básicos como a previdência social? Nozick poderá dizer-nos, diante desta queixa, que se começarmos a tornar exigíveis certos direitos positivos, [...] sempre se poderia exigir de nós algum sacrifício adicional, em prol de melhorar as condições do outro. (GARGARELLA, 1964, p. 37)

Desta forma, para a teoria nozickiana, o Estado não tem o dever de se preocupar com a liberdade positiva, isto é, ele não tem a obrigação de fornecer nada aos indivíduos, para que possam levar seus planos de vida adiante (GARGARELLA, 1964).

Milton Friedman (2014) sugere ainda que ao regulamentar um salário mínimo, por exemplo, o governo está interferindo diretamente na liberdade dos empregadores. Isto é, se, por mais que seja baixo o salário, os trabalhadores resolvem aceita-lo não há problema algum. O mesmo pensamento se aplica as leis contra a discriminação no mercado de trabalho por raça, gênero, religião, entre outros. Para o pensamento liberal, tal postura justifica-se pela clara interferência na liberdade dos indivíduos de assinar contratos voluntários entre si.

Assim sendo, os estudos da política liberal de Robert Nozick se posicionam de maneira antagônica aos do igualitarianismo proposto, por exemplo, por Rawls. Enquanto para o segundo uma sociedade justa deve, na medida do possível, tender a igualar as pessoas em suas circunstâncias, (GARGARELLA, 1964) para o primeiro a ideia de que todo Estado que ultrapasse as fronteiras do Estado mínimo é imoral ou, em termos práticos, a afirmação de redistribuir a riqueza é um ato imoral (NOZICK, 1974).

Por fim, cumpre salientar que as ideias libertárias foram destaque na década de 1980 em governos importantes como o de Ronald Reagan (1981 – 1989), nos Estados Unidos, e o de Margaret Thatcher (1979 – 1990) no Reino Unido. Ambos adotaram uma retórica pró-mercado e em oposição às políticas públicas do Estado de bem-estar social (SANDEL, 2012), isto é, tratavam-se de governos que atuavam em prol do mercado financeiro e não em favor de classes sociais mais necessitadas, deixando essas à mercê da sua própria sorte.

1.3 Neoliberalismo e seus desdobramentos

O Estado liberal surgiu como revolucionário, a partir do novo modo de produção, na busca de retirada de bens da igreja, alienação dos domínios do Estado, no furto da propriedade comunal e na transformação usurpadora da propriedade feudal em propriedade privada moderna, a fim de promover acumulação de patrimônio (PEREIRA, 2011). O referido autor ainda menciona que o foco liberal permaneceu nas economias capitalistas até mais ou menos o primeiro terço do século XX, onde deu posterior lugar ao neoliberalismo, que com a adequação perdeu o caráter revolucionário, dando vez ao modo reacionário.

O marco temporal da teoria neoliberal se encontra na última parte do século XX e início século XXI, mais especificamente, o fim da Segunda Guerra Mundial onde o neoliberalismo surge como oposição crítica ao pensamento intervencionista (Keynesiano) que se consolidava nas práticas políticas dos governos norte-americano e europeu (PEREIRA, 2011).

Não há um corpo teórico específico capaz de distingui-lo de outras correntes de pensamento político (DRAIBE, 1993). Trata-se então de uma reformulação aos ideais liberais. Muito embora, *a priori*, pareça que o termo neoliberalismo fique restrito aos ideais de liberalismo conservador já estudados aqui, a política neoliberal pode significar um emaranhado complexo de ideologias, discursos e práticas institucionais (MCCARTHY; PRUDHAM 2004).

Os adeptos da teoria neoliberal almejam a simplificação da figura estatal de forma ainda mais acentuada que aqueles intitulados liberais. Todavia, os primeiros se divergem dos segundos por buscarem um Estado menor ainda, fundamentando-se na ideia de que este só traz malefícios. Entretanto, a presente afirmação encontra controvérsias, quando na análise histórica da proporção de quanto mais liberdade dada ao mercado há maior incidência de agravo nos problemas sociais (PEREIRA, 2011).

Analisando o modelo de Estado que o neoliberalismo defende, é possível encontrar influências de filósofos políticos como Robert Nozick e Adam Smith, senão veja-se:

> [...] para o neoliberalismo o Estado deve favorecer direitos individuais à liberdade privada, o regime de direito e as instituições de mercados de livre funcionamento e do livre comércio. [...] Entretanto, para consolidar tais direitos, o Estado também se vale do monopólio e dos meios de violência para preservar a todo custo essas liberdades. (HARVEY, 2008, p. 75).

Inclusive, é dentro da política neoliberal que se reforma o Estado, tanto nos países que se haviam organizaram em moldes socialistas como os que sempre estiveram organizados em moldes capitalistas (IANNI, 1998). A ascensão do neoliberalismo inicia-se em governos muito conhecidos como o de Margareth Thatcher na Inglaterra em 1979, de Reagan no Estados Unidos da América em 1980, de Helmut Khol em 1982 na Alemanha (PEREIRA, 2011).

Para a política neoliberal é o próprio Estado de bem-estar social – o sistema de políticas sociais – o responsável por muitos ou quase todos os males que afligem e que tem a ver com a crise econômica e o papel do Estado (DRAIBE, 1993). Nesse sentido, para a lógica neoliberal, cada indivíduo é julgado responsável por suas próprias ações e por seu próprio bem-estar, do mesmo modo que deve responder por eles (HARVEY, 2008).

Assim, é possível entender um pouco mais sobre o aspecto social do neoliberalismo. Suas proposições compõem, negativamente, um conjunto de argumentos de ataque ao Estado de bem-estar social (DRAIBE, 1993). Inclusive,

> [...] sob o pressuposto de que “uma maré montante faz subir todos os barcos” ou sob o do “efeito multiplicador”, a teoria neoliberal sustenta que a eliminação da pobreza (no plano doméstico e mundial) pode ser mais bem garantida através dos livres mercados do livre comércio (HARVEY, 2008, p. 75).

No sentido do neoliberalismo, a ação do Estado no campo social deve ater-se a programas assistenciais somente quando necessários, a modo que somente venha a complementar a filantropia privada e das comunidades (DRAIBE, 1993). Assim, “o sucesso e o fracasso individuais são interpretados em termos de virtudes empreendedoras ou de falhas pessoais” (HARVEY, 2008, p. 76), e não como forma de deslegitimar o Estado.

Práticas estas que tem como objeto a ascensão de riquezas pessoais, a partir da tese de “próprios esforços”, e que pouco se interessam na manutenção do bem estar

social ou para com as desigualdades existentes. Nesse sentido, Harvey (2008) acrescenta que as liberdades emanadas desse tipo de política refletem os interesses dos detentores de propriedade privada, dos negócios, das corporações multinacionais e do capital financeiro.

Diante disso, ao final da presente seção pode-se concluir que somado as influencias de teóricos como Robert Nozick e Adam Smith, observa-se que o neoliberalismo também é uma tentativa da classe elitista em se manter no poder, por meio de ideias neoconservadoras, no mesmo momento em que o poder de classes se encontra bifurcado e em declínio, momento este que, conforme se observará, tornará tentadora a prática de políticas neoliberais, mesmo àqueles progressistas e de esquerda, que objetivavam, em tese, a prática de políticas sociais acima das econômicas, por exemplo.

2. A POLÍTICA NEOLIBERAL E SEUS IMPACTOS NO TRABALHO

A normatização do direito fundamental ao trabalho é fruto de um grande processo histórico, econômico e social. Não há como entender a sua magnitude sem entender sua evolução. A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica tem como pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Média (DELGADO, 2017). Sendo assim, por mais que a figura do homem como subordinado se adapte aos mais diferenciados tipos de sistema imposto antes do capitalismo, é nele que o reconhecimento do proletariado como sujeito de direitos ocorre.

O processo de regulamentação trabalhista passa por diferentes fases até chegar aos dias de hoje. É com o Manifesto Comunista publicado por Karl Marx e Friedrich Engels que o direito do trabalho adentra uma fase de sistematização e consolidação (DELGADO, 2017). O marco inicial desse período se dá com o momento pelo qual a classe operária passava para só então entender o porquê de a influência de tal corrente político-ideológica ganhar tanta força.

Assim, o cenário cultural do século XIX girava em torno da questão social. Mauricio Godinho Delgado (2017) acredita que tal era pode ser exemplificada como resultado do exercício do capitalismo exacerbado num Estado de economia liberal. Isto é, o abuso desenfreado do empresariado de maneira antagônica a realidade do trabalhador. Nesse contexto, os aspectos econômicos, políticos, morais e até mesmo jurídicos fizeram com que as ideias revolucionárias fossem facilmente aprovadas.

Com a publicação do Manifesto Comunista em 1848 por Karl Marx e Friedrich Engels surge uma hegemonia do pensamento do proletariado no sentido de que os revolucionários passam a atuar de maneira coletiva sobre o empresariado e a ordem constitucional vigente. Processo em que ação vinda de baixo e atuação oriunda de cima se interagem reciprocamente, dinamicamente, dando origem a um ramo jurídico próprio que tanto incorpora a visão própria ao Estado como assimila um amplo espaço de atuação para a pressão operária vinda debaixo (DELGADO, 2017).

A partir do período de sistematização e consolidação, diversos países europeus passam então ao reconhecimento tanto do direito coletivo como individual da classe operária. Interessante citar que não só em países de vertente mais democrática, como por exemplo a França, mas nos de prática autoritária isso também se evidencia; no caso, a Alemanha unificada de Otto von Bismarck é tida como exemplo. Nesse sentido:

> É humanista o intervencionismo para a proteção jurídica e econômica do trabalhador por meio de leis destinadas a estabelecer um regulamento mínimo

> sobre as condições de trabalho, a serem respeitadas pelo patrão, e de medidas econômicas voltadas para a melhoria da condição social (NASCIMENTO, 2011, p. 54).

No decorrer do século XIX, ocorrem inúmeras tentativas de sublevação, de revolução e de golpe de Estado, sob a influência de variadas doutrinas políticas. Esses movimentos foram, em geral, portadores de apelo em favor da "emancipação" do proletariado (FREITAS JR, 2014). Entretanto, o apogeu do momento de Institucionalização do Direito do Trabalho se dá nas décadas seguintes à Segunda Grande Guerra, em razão do crescimento econômico capitalista sem precedentes coligado a políticas sociais (DRAIBE;HENRIQUE, 1988). Trata-se do período denominado de *Welfare State* ou ainda, Estado de Bem-Estar Social.

As constituições do período pós-guerra não só incorporam normas justrabalhistas, mas principalmente diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser humano que labora empregaticiamente para outrem. Fala-se então de princípios que asseguram ao trabalhador justiça social, trabalho nobre e dignidade da pessoa humana (DELGADO, 2017). Isso tudo, somado ao fato de que a economia sinalizava expansão, fica fácil entender porque, num primeiro momento, teria havido mesmo um "círculo virtuoso" entre a política econômica keynesiana e o *Welfare State* (DRAIBE; HENRIQUE, 1988).

Apesar de o Estado de Bem-Estar Social aparentar ter consolidado finalmente a luta de classes sincronicamente ao desenvolvimento econômico, é em meados do século XX que se tem início a fase de Crise e Transição do Direito do Trabalho (DELGADO, 2017). A promoção do equilíbrio fiscal e a intensificação de eficiência do Estado de modo a sanar a crise financeira levou a adoção de duas medidas conforme ensina Antonio Rodrigues de Freitas Jr (2014): a) revisão de benefícios sociais e b) tratamento de custos e dos sinais de ineficiência da máquina pública geometricamente crescentes em decorrência da expansão das políticas sociais.

Não porque o Estado deixou de reconhecer os direitos duramente conquistados, mas a satisfação dessa tutela ficou muito onerosa. Soma-se ainda ao momento de grande revolução tecnológica onde, inclusive, diversos postos de trabalho foram reduzidos acarretando até mesmo preocupações com a aproximação de uma sociedade sem trabalho (DELGADO, 2017).

Nas décadas seguintes ao *Welfare State*, inclusive após a criação e instituição do Estado Democrático de Direito, presencia-se um grande crescimento em prol de políticas econômicas que levem o Direito do Trabalho a desregulamentação ou flexibilização, inclusive no Brasil. Trata-se de uma forte reabilitação de doutrinas conservadoras por alguns chamadas de “neoliberais” (FREITAS JR, 2014). Ideais esses que tiveram apoio principalmente em países centrais do sistema capitalista, colocando “em xeque” anos de luta pela concretização de direitos mínimos juslaborais (DELGADO, 2017).

As políticas neoliberais foram implementadas inclusive na América Latina. A entrada nestes países se deu pela renegociação das dívidas externas, que obrigam a pôr em prática um ajuste fiscal com o objetivo de saldar essas dívidas com seus países credores (CARINHATO, 2008). Além disso, o mesmo autor ainda ressalta o papel que o FMI – Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial tiveram. Para obter empréstimos e um prazo maior para o pagamento das dívidas, os países foram obrigados a consentir as prescrições.

Em termos de América Latina, o “modelo chileno” passou a ser difundido como o caminho exitoso para reformular o papel do Estado na área social (DRAIBE, 1993). Entretanto, o êxito dessa teoria é controverso, a exemplo da Argentina que, a partir dos

anos 1960, começaram a adquirir reformas neoliberais onde, ao longo da década, houve uma tendência incessante de austeridade fiscal, reforma das instituições estatais e as demais flexibilizações dos mercados de trabalho (FELDER; PATRONI, 2011).

A partir das inovações, ocorridas desde 1990 até os dias atuais, os temas flexibilização e desregulamentação ficaram ainda mais evidenciados no Brasil, tendo em vista o advento do neoliberalismo e suas consequências na política pública como um todo, tal como a derrubada do governo constitucional em 2016, onde o neoliberalismo ressurgiu de forma mais expressiva. A exemplo disso, pode-se citar a reforma trabalhista de 2017 (DELGADO, 2017), colocada em vigor pelo governo Michel Temer e o contrato verde e amarelo de 2019 proposto pelo governo de Jair Bolsonaro.

Ao final dessa seção, pode-se concluir que há uma tendência cada vez maior a flexibilização e precarização do direito fundamental ao trabalho não só no país, mas no mundo. A desregulamentação e implementação de políticas neoliberais tendem a gerar um crescimento desenfreado de desemprego e desigualdade sob o viés do crescimento econômico, proteção das empresas e valorização do empresariado. O mais curioso é que, apesar de seu efeito à classe trabalhadora, é ela a principal apoiadora da implementação dessas políticas.

3. NEOLIBERALISMO BRASILEIRO: IMPACTOS NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL DA ÚLTIMA DÉCADA

Como já estudado aqui, é evidente o impacto das políticas neoliberais na precarização dos direitos sociais. No direito trabalhista, um dos direitos sociais mais palpáveis – e vulneráveis – que se tem, os impactos da política neoliberal não se mostram diferentes, pelo contrário.

> A flexibilização aparece como “resposta” a um ambiente em que tende a se intensificar a concorrência intercapitalista, num contexto de instabilidade e baixo dinamismo do produto, crescente importância do capital financeiro (financeirização), prevalência de políticas econômicas restritivas voltadas para o controle de inflação e elevação do desemprego (KREIN, 2013, p.19).

Assim, cabe analisar como a desenvoltura de políticas neoliberais, na esfera trabalhista, tem tomado forma no país nos diferentes governos desde que fora implementada.

3.1 Os Governos de Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva

O início da era neoliberal no Brasil se dá nos anos 1990. A entrada dessa política ignorou totalmente a realidade do país, contribuindo ainda mais para a precarização do trabalho. Para contextualizar é importante salientar que neste período a economia brasileira é atingida pelos fracassados Planos de Estabilização do Brasil Novo, o Plano Collor I e II, que conduziu o país a uma profunda recessão, com o PIB acusando uma queda acumulada de quase 10% entre 1990 e 1992 (ALVES, 2015).

Com a crise da maneira que estava, as medidas que o governo federal tomou não foram suficientes para sanar o desequilíbrio em que o país se encontrava. Assim, somado a perda de apoio político, Fernando Collor sofreu *impeachment* em outubro de 1992 e então o espaço político dominante foi ocupado por uma nova composição neoliberal, articulada em torno do governo Itamar Franco (ALVES, 2015).

Nas eleições de 1994, com a vitória de Fernando Henrique Cardoso e o lançamento do Plano Real, a economia demonstrava sinais de recuperação (ALVES, 2015). Concomitantemente, no campo do trabalho, o Estado teve um papel central na determinação de uma pauta de flexibilização do trabalho. As maiores iniciativas vieram do contexto de uma economia e de um mercado de trabalho desfavorável aos trabalhadores (KREIN, 2013). A estratégia de ação governamental voltou-se para a flexibilização da legislação, processo imbricado à reestruturação produtiva, trazida pelas exigências do novo padrão de acumulação capitalista (MARCONSIN; FORTI; MARCONSIN, 2012).

Assim, a realidade desse novo mercado de trabalho, não condiz com os padrões da época até então que entregavam ao trabalhador garantias trabalhistas e sociais. A flexibilização do trabalho, portanto, vem sendo acompanhada pela precarização e insegurança no que se refere à permanência e entrada no mercado de trabalho formal (MARTINS; RODRIGUES, 1999). Para Giannotti (2007), o objetivo de Fernando Henrique Cardoso era de “enterrar a era Vargas”.

Nesse sentido, Krein (2013) enumera algumas das reformas do primeiro mandato do governo FHC: a) mudanças na forma de contratação como, por exemplo, contrato por prazo determinado, contrato parcial, contratos atípicos com o setor público; b) alterações na regulação do tempo de trabalho como a liberação de trabalho aos domingos e a introdução do banco de horas; c) fim da política sindical; d) reforma na solução de conflitos como a comissão de conciliação prévia e reforma no judiciário trabalhista; e) introdução de um projeto de lei prevendo a prevalência do negociado sobre o legislado.

Todavia, apesar de seus esforços, o governo conseguiu rebaixar mas não desmantelar a legislação vigente no país (KREIN, 2013). Significa dizer então que, nos oito anos de mandato de Cardoso, apesar do refluxo das mobilizações, as lutas desenvolvidas pelo movimento sindical impediram, em alguma medida, a implantação pretendida da flexibilização dos direitos trabalhistas (MARCONSIN; FORTI; MARCONSIN, 2012).

No governo Lula – apesar de caminhar por uma vertente que valorizava mais os direitos sociais – do ponto de vista da legislação trabalhista, observa-se a manutenção da perspectiva de flexibilização (MARCONSIN; FORTI; MARCONSIN, 2012). Todavia, não há como se dizer que o governo tomou posição clara em relação a reforma trabalhista, sendo que as medidas realizadas seguiram, ora a direção da flexibilização, ora a de fortalecimento da regulação pública do mercado de trabalho (KREIN; SANTOS; NUNES, 2012).

Sendo o objeto de analise as formas adotadas por governos quanto a precarização do trabalho, pode-se citar, no governo Lula: a) Emenda Constitucional nº 41 que realizou profundas mudanças no sistema previdenciário do setor público, afetando direito dos servidores ativos e inativos ao estabelecer o fim da integralidade e paridade; b) a possibilidade de contratação de trabalhador rural por pequeno prazo; c) a nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial que oferece maior proteção aos créditos e instituições financeiras em detrimento ao direito dos trabalhadores; d) regulamentação de trabalho intelectual e de transporte rodoviário de cargas que transformou relação trabalhista em comercial (KREIN; SANTOS; NUNES, 2012).

Desta feita, é possível averiguar que mesmo durante um governo identificado com os trabalhadores e em um contexto de dinamização da economia com crescimento do nível de emprego formal, foram aprovadas muitas medidas que reforçam a lógica do processo de flexibilização (KREIN; SANTOS; NUNES, 2012). Nesse sentido, De Moraes (2013, p.13) explica:

> Aquilo que poderia parecer uma anomalia – o governo do PT, que outrora fora a principal força de oposição à aliança PSDB/PFL/PMDB, dar continuidade às políticas trabalhistas do governo de Cardoso, – pode ser explicado com a junção de dois fenômenos: 1) o explícito recuo das forças sociais ligadas ao mundo do trabalho após o período neoliberal; 2) entender a conjuntura internacional caracterizada pela implementação de políticas contra o trabalho nos países marcados pelo enfraquecimento reivindicativo com baixa ação coletiva dos trabalhadores. Em nações sob essas características, não há grandes dessemelhanças ideológicas que se materializem em políticas públicas distintas entre partidos no poder de diferentes cores e trajetórias.

Ao fim do mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2003 - 2011), é possível perceber que o governo federal mostrou ter abandonado concepções e posições ideopolíticas defendidas no processo sócio-histórico anterior e manteve a disposição de processar a continuidade da flexibilização dos direitos trabalhistas (MARCONSIN; FORTI; MARCONSIN, 2012). Em outras palavras, é evidente que os aspectos neoliberais permaneceram e a ruptura esperada entre os dois governos – Lula e Fernando Henrique Cardoso – não se concretizou apesar de apresentarem níveis diferentes de precarização.

3.2 Os Governos de Dilma Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia

Em continuidade ao governo petista estabelecido no Brasil, a eleição de Dilma Rousseff manteve a perspectiva neoliberal moderada no governo federal (MACIEL, 2013). Todavia, as heranças institucionais deixadas pelos governos anteriores e principalmente pelo governo Lula, seu padrinho político, se mostraram grandes e praticamente irreversíveis, como denota o conceito de dependência de trajetória (DE MORAES, 2013).

A pouca atuação no campo trabalhista é uma das características que se pode extrair do governo Dilma Rousseff. Sua maior atuação foi no campo econômico (que é de onde vem a sua característica neoliberal). Entretanto, no plano social algumas mudanças do governo federal chamaram a atenção, pode-se mencionar: a) não contestação de medidas flexibilizadoras de jornada de trabalho – já feitas por governos anteriores de Lula e Fernando Henrique Cardoso –; b) e ainda o plano de Previdência Social – instituído pela Emenda Constitucional 20 de 15 de dezembro de 1998 – visava basicamente instituir previdência complementar para o servidor público (DE MORAES, 2013); c) por fim, governo Dilma apostou excessivamente nas desonerações da folha de pagamentos – folha de salários – que retirou a cota patronal da previdência de 20% referente à remuneração do trabalho (CARLEIAL; DA FROTA, 2015).

Assim, Krein e Colombi (2019, p. 2) explicam que no governo Dilma a

> [...] em vez de cumprir a promessa de retomada do crescimento econômico e geração de emprego, vem entregando recessão econômica, desemprego e pobreza. A abertura desse novo ciclo de austeridade a partir de 2015 e o golpe parlamentar que destituiu a presidenta Dilma Rousseff representam, assim, um ponto de inflexão na trajetória política, econômica e social do país.

Com tantas complicações econômicas e a Operação Lava Jato denunciando práticas de corrupção vinculadas ao partido da presidente, Dilma Rousseff sofre processo de *impeachment* em agosto de 2016. Quem assume o cargo é o vice-presidente Michel Miguel Elias Temer Lulia.

Um ponto muito importante a se mencionar com o fim do governo Dilma e o início do governo Temer, é a retomada exacerbada do neoliberalismo. Após o *impeachment*, o cenário político do país tomou outra conjuntura. Além da insatisfação da classe trabalhadora e média com as políticas da era petista que resultaram em rombo aos cofres públicos de R$200 bilhões de reais (HERÉDIA, 2017), surge um discurso autoritário que se soma a intensificação de políticas neoliberais com o desejo de restaurar a ordem moral mais tradicional e a "segurança nacional" (LAVAL, 2018).

Nesse contexto, no governo Michel Temer, medidas flexibilizadoras importantíssimas são tomadas quase como resultado de anos de "sofrimento" do capital com política de governos que atuavam pouco na precarização social. A exemplo dessas modificações, tem-se a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que alterou 201 pontos da CLT e, com a Lei nº 13.429/2017, liberalizou a terceirização e ampliou o contrato temporário (KREIN; COLOMBI, 2019).

A Reforma Trabalhista apresenta características singulares quanto suas modificações se solidificando em basicamente três premissas principais:

> [...] a ampliação de dispositivos que permitem flexibilizar a utilização do tempo de trabalho, das formas de contratação e de remuneração em favor do empregador; a fragilização das instituições públicas e da organização sindical, estimulando a definição das regras de forma descentralizada e até individualizada; e a individualização dos riscos, avançando na lógica de incutir nos trabalhadores a noção de empregabilidade e responsabilização pelos riscos existentes na vida laboral (KREIN; COLOMBI, 2019, p. 4).

Atos que nada mais objetivam do que a precarização dos direitos sociais e trabalhistas, implicando diretamente na qualidade de vida dos cidadãos brasileiros (DE OLIVEIRA; COSTA, 2018). O ataque constante às organizações sindicais restou bastante evidente, acentuado pelas alterações legislativas, em especial a Reforma Trabalhista, que sustou a contribuição sindical (KREIN; COLOMBI, 2019).

Assim, os trabalhadores com pouca, ou melhor dizendo, nula assistência sindical ficam à mercê de contratações mais flexíveis as necessidades da empresa, tornando a remuneração objeto de instabilidade. Em outras palavras, isso significa que os dispositivos mais flexíveis, aliados a uma representação sindical fragilizada, joga sobre o indivíduo a responsabilidade de entrar, manter-se e angariar renda suficiente num mercado de trabalho instável, hostil e escasso (KREIN; COLOMBI, 2019). Ameaçado pelo desemprego, o assalariado se agarra a qualquer oportunidade que exista. Entretanto, isso não demonstra concordância a situação que fora exposto, pelo contrário, ressalta a escassez de garantias trabalhistas.

A grande questão é que a retomada do neoliberalismo pelo governo Michel Temer produziu efeitos absolutamente distintos para a organização da classe trabalhadora, tendo o período sido caracterizado por um declínio da luta do trabalhador urbano. Não obstante, a prometida recuperação econômica não ocorreu até o presente momento, entretanto o que se pode afirmar é o aumento de trabalho informal em proporção a precarização dos direitos trabalhistas (KREIN; COLOMBI, 2019).

Assim sendo, o que se observa então é a desconstrução de direitos sociais sob a justificativa do crescimento econômico que mesmo assim não atingiu patamar minimamente aceitável. Tendo como projetos que cada vez mais se assemelham a sobreposição do capital em detrimento das necessidades do povo, o governo optou por dar prioridade a agenda neoliberal mesmo sabendo que os índices de desigualdade brasileiro são incapazes de se adequar a tal política.

3.3 Governo Jair Messias Bolsonaro

Seguindo a tendência mundial de desprestígio de políticas sociais e formas coletivas de luta, com nomes como Donald Trump, nos Estados Unidos, Boris Johnson na Inglaterra e até mesmo Emmanuel Macron, na França, o Brasil elege em 2018 Jair Messias Bolsonaro que aparece como uma figura populista reproduzindo discursos de senso comum e oficializando o rompimento com a política social que foi o principal alvo de governos passados. Assim, Bolsonaro posiciona-se ideologicamente no contexto da luta de classes do lado do detentor do capital, seja por pertencer a esta classe ou por reproduzir e defender os anseios dela (DA ROCHA, 2019). Não obstante, ainda aparece como um *outsider* da política, prometendo aquilo que o cidadão brasileiro reivindicava na hora de clamar pelo *impeachment* de Dilma Rousself: a restauração da segurança nacional e dos valores morais perdidos durante os governos anteriores.

Muito embora na data de elaboração dessa pesquisa o governo Jair Bolsonaro tenha um pouco menos de dois anos, este vem demonstrando desde antes das eleições presidenciais uma administração polêmica. Isso porque a campanha foi toda pautada em políticas que tinham como fundamento o detrimento de direitos sociais como um todo.

No âmbito do trabalho, as políticas governamentais não são diferentes: seguem o modelo neoliberal, gerando uma política exacerbada de precarização do trabalho. Não só por força do presidente, mas também por seus ministros de governo, em especial Paulo Guedes, responsável pela pasta da economia que tem tomado uma figura protagonista com o discurso liberal clássico de que o Estado não pode ser empresário, deve se abster de intervir na economia no sentido de ter empresas e promover o desenvolvimento (GHIRALDELLI JUNIOR, 2019).

Assim, Dutra e Jesus (2020) esclarecem, inclusive, que a Reforma Trabalhista interposta pelo governo Bolsonaro se aparece como a continuação da já feita no governo Michel Temer:

> As diretrizes contidas na reforma trabalhista de 2017, que projetava uma perspectiva neoliberal, são radicalizadas a partir de 2019, com o novo governo, quando se concretiza, simbólica e materialmente, o desmonte da tela pública de proteção ao trabalho delineada pela Constituição de 1988, por meio da extinção do Ministério do Trabalho e de uma política ofensiva aos sindicatos e à participação da sociedade civil nas decisões políticas, assim como por um discurso público, compartilhado pelo Presidente da República, seus Ministros e parlamentares da base de apoio do governo, em favor da desconstrução dos 'excessos paternalistas' supostamente presentes, segundo os citados, na legislação trabalhista brasileira.

Embora ocorra um acirramento da conjuntura política na América Latina em relação às políticas neoliberais, o governo Jair Bolsonaro deu continuidade a duas de suas plataformas de campanha: a reforma previdenciária e a carteira de trabalho verde e amarela (DUTRA; JESUS, 2020). A segunda, implementada pela Medida Provisória 905/2019, aparece como uma forma exacerbada de restrição de direitos trabalhistas sob o pretexto desenvolvimentista e de crescimento econômico tendo em vista que seu principal objetivo é "facilitar" a empregabilidade de jovens entre 18 e 24 anos em detrimento dos seus direitos trabalhistas. Entretanto, na prática parece apenas confrontar com o viés

democrático e permitir o avanço das propostas neoliberais[4]. Nesse sentido, os doutrinadores afirmam que:

> Esse constante movimento de agarrar-se às oportunidades existentes, questionando cada vez menos as condições de trabalho e de contratação nelas embutidas, tende a acentuar-se caso a proposta de campanha do presidente eleito seja implementada: a chamada carteira de trabalho verde e amarela. Essa carteira substituiria a carteira de trabalho azul para os jovens ingressantes no mercado de trabalho. Nesse caso, o trabalhador negociaria individualmente todos os termos de sua contratação com o empregador (KREIN; COLOMBI, 2019, p. 6).

Além disso, no âmbito coletivo do direito do trabalho, a MP 873/19 aparece como uma forma de dificultar a associação sindical. Editada pelo governo Bolsonaro na véspera do carnaval de 2019, porém barrada pela falta de votação do Congresso Nacional (SENADO, 2019), o dispositivo legal visava obrigar o trabalhador a autorizar, individualmente e por escrito, o desconto de qualquer contribuição ao seu respectivo sindicato. Além disso, tornava proibido desconto em folha de pagamento e sugeria que a cobrança seja feita por boleto bancário. É uma alteração que afetaria todas as formas de financiamento, inclusive, a mensalidade associativa (GALVÃO, 2019).

A agenda neoliberal não parece se importar com a precarização e desigualdade que ela gera. Pelo contrário, deixa cada um a sua própria sorte. No que se refere ao Brasil, Paulo Guedes parece convencido de que o liberalismo ainda é hegemônico na medida que vivemos no capitalismo (GHIRALDELLI JUNIOR, 2019). Nesse sentido, o descaso pela social democracia instituída pela Constituição Federal de 1988 aparece como algo que merece ser superado e esquecido.

A crise do novo Coronavírus tem deixado o governo Bolsonaro na “corda bamba” assim como outros governos neoliberais supracitados espalhados pelo mundo. Todavia, ainda é difícil saber o rumo que a faixa presidencial tomará nos próximos anos quando passar esse período de turbulência. Pesquisas recentes demonstram a possível reeleição de Jair Bolsonaro (ARANHA, 2020), acarretando neste cenário, em oito anos de retrocesso e precarização nos direitos sociais brasileiros bem como no crescimento demasiado da desigualdade como consequência.

Assim, o que pode-se concluir ao final do exposto nesta seção é que, mesmo em governos que consideram-se protetores dos direitos sociais e do povo, o que se tem presenciado é uma evolução, em diferentes níveis, da política neoliberal em detrimento do direito fundamental ao trabalho. Iniciada no fim dos anos 1990, até os dias atuais o neoliberalismo chega ao Brasil como uma tendência que acarretará em retrocessos difíceis de mensurar ainda.

CONCLUSÃO

As políticas neoliberais se apresentaram como uma tendência mundial, aparecendo em governos de países desenvolvidos. O Brasil, embora não faça parte desse rol de países, tem adotado as mesmas ideologias. O que fora questionado com a presente pesquisa é exatamente a relação direta entre precarização das leis trabalhistas brasileiras com a adoção de políticas neoliberais no país nos últimos dez anos.

4. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Contínua demonstra que no segundo trimestre de 2019 a taxa do desemprego foi de 12%. Entre aqueles com idade de 18 a 24 anos, essa taxa foi de 31,6%. Isto é, o desemprego nesse segmento atinge 4,1 milhões de jovens de 18 a 24 anos de idade (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019).

Inicialmente foi analisado a teoria liberal na qual o neoliberalismo se baseia, abortando o papel do Estado em dois grandes autores: Adam Smith e Robert Nozick bem como a influência desses ideais na criação da política neoliberal. Em seguida, houve uma análise do surgimento do direito fundamental ao trabalho e seus desdobramentos frente as ondas de flexibilização que assolam o mundo de tempos em tempos. Por fim, fora examinado como essas políticas tem se desenvolvido no Brasil, em especial nos últimos dez anos, vez que o país presenciou tanto governos de cunho mais social como de ordem neoliberal.

O que foi possível averiguar com a presente pesquisa é que, por mais que o neoliberalismo se apresente como uma solução a crescente onda de desemprego e desigualdade, o que se tem visto é a implementação de formas de exploração do trabalho concomitantemente a exacerbada restrição dos direitos. Ainda, cumpre mencionar que o avanço dessas propostas em nada contribuem para a diminuição da desigualdade, vez que o número crescente de desempregos parece crescer a cada dia mais no Brasil.

Assim sendo, confirmou-se a hipótese inicial no sentido que a implementação das políticas neoliberais nos últimos dez anos no Brasil é o principal fator de precarização das normas trabalhistas. Embora apareça como um messias ao capital, a mesma coloca em detrimento direitos sociais básicos da população. Nesse sentido, as precarizações implementadas pelas políticas neoliberais ficam ainda mais evidentes em países em desenvolvimento, como o Brasil, onde os índices de desigualdade são ainda maiores.

Até um ano atrás poderia ser considerado que o rumo que o Brasil – e o mundo – assumirá nos próximos anos com a implementação do neoliberalismo e suas consequências, seria difícil mensurar. Todavia, com o advento do Coronavírus, o jogo político mudou. Foi possível presenciar a cada dia mais a necessidade de um Estado que valorize os direitos sociais e que, acima de tudo, cumpra seu papel no contrato social.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. Trabalho e desigualdade social na reestruturação capitalista: um balanço da “década neoliberal” no Brasil. **Revista de Políticas Públicas**, v. 7, n. 2, p. 7-38, 2015. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3736. Acesso em: 20 abr. 2020

ARANHA, Carla. **Exame/IDEIA: Bolsonaro é reeleito em 2022 em todos os cenários eleitorais**. 2020. Disponível em: https://exame.com/brasil/exame-ideia-bolsonaro-e-reeleito-em-2022-em-todos-os-cenarios-eleitorais/. Acesso em: 05 set. 2020.

BALERA, José Eduardo Ribeiro. Robert Nozick e sua teoria política: seria uma abordagem razoável para a sociedade contemporânea?. **Griot: Revista de Filosofia**, v. 12, n. 2, p. 101-121, 2015. Disponível em: https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/666. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 873**, de 01 de março de 2019. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 905**, de 11 de novembro de 2019**.** Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 nov. 2019. Edição 219, Seção 1, p. 5. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm . Acesso em: 21 set. 2020.

CARINHATO, Pedro Henrique. Neoliberalismo, reforma do Estado e políticas sociais nas últimas décadas do século XX no Brasil. **Revista Aurora**, v. 2, n. 1, 2008. Disponível em: http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/aurora/article/view/1192. Acesso em: 16 abr. 2020

CARLEIAL, LIANA; DA FROTA, MARIA. **Política econômica, mercado de trabalho e democracia:** o segundo governo Dilma Rousseff. Estudos avançados, v. 29, n. 85, p. 201-214, 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142015000300014&script=sci_arttext&tlng=pt; Acesso em: 24 de Abr. 2020

DA ROCHA, André Luis Guimarães. ANÁLISE DISCURSIVA DOS SILENCIAMENTOS NAS PROPOSTAS DO GOVERNO BOLSONARO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS TRABALHISTAS. **Revista Interfaces**, v. 10, n. 3, p. 105-118, 2019.

DE MORAES, Wallace dos Santos. **Regulação trabalhista no Brasil-governo Dilma segue a tendência de Lula ou de Fernando Henrique?**. 2013. Disponível em: https://alacip.org/?todasponencias=regulacao-trabalhista-no-brasil-governo-dilma. Acesso em: 21 abr. 2020

DE OLIVEIRA, Gustavo Moura; COSTA, Samuel Nogueira. Trabalho precarizado no Brasil pós-2016: diagnóstico e alternativas. **Novos Rumos Sociológicos**, v. 6, n. 9, p. 376-406.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

DRAIBE, Sonia M. As políticas sociais e o neoliberalismo-reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas. **revista USP**, n. 17, p. 86-101, 1993. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25959. Acesso em: 19 abr. 2020

_____. HENRIQUE, Wilnês. Welfare State, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional**. Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 3, n. 6, p. 53-78, 1988.

DUTRA, Renata Q.; JESUS, Selma C. S. Medida provisória nº 905/2019 Programa Verde Amarelo: a reforma dentro da reforma trabalhista**. Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, 2020, e0026899. DOI: 10.1590/1981-7746-sol00268.

FELDER, Ruth; PATRONI, Viviani. Austerity and its aftermath: Neoliberalism and labour in Argentina. **Socialist Studies/Études Socialistes**, v. 7, n. 1/2, 2011. Disponível em: https://www.socialiststudies.com/index.php/sss/article/download/23619/17503. Acesso em: 16 abr. 2020.

FREITAS JR, Antonio Rodrigues de. **O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade**. estudos avançados, v. 28, n. 81, p. 69-93, 2014.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ltc, 2014.

FONSECA, Maria Fernanda Soares; FERREIRA, Maria da Luz Alves. As Teorias da Justiça: um contraponto entre as concepções de John Rawls e Robert Nozick. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 601-617, 2016. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21015. Acesso em: 16 abr. 2020.

GALVÃO, Andréia *et al*. REFORMA TRABALHISTA: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. **Caderno CRH**, v. 32, n. 86, p. 253-270, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 1964.

GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **A filosofia explica Bolsonaro**. São Paulo: Leya, 2019. 128 p.

GIANNOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. Mauad Editora Ltda, 2007.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. **Novos estudos CEBRAP**, v. 18, p. 103-14, 1987. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-18/> Acesso em: 07 set. 2020.

HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HERÉDIA, Thais. **Rombo nas contas públicas é de R$ 200 bi.** 2017. Disponível em: < http://g1.globo.com/economia/blog/thais-heredia/post/rombo-nas-contas-publicas-e-de-r-200-bi.html. > Acesso em: 22 Abr. 2020.

IANNI, Octavio. Globalização e neoliberalismo. **São Paulo em perspectiva**, v. 12, n. 2, p. 27-44, 1998. Disponível em: http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v12n02/v12n02_03.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indicadores IBGE: pesquisa nacional por amostra de domicílio contínua: segundo trimestre de 2019**: abr./jun. 2019. Disponível em: < https://biblioteca.ibge. gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_2tri.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

KREIN, José Dari. **Debates Contemporâneos economia social e do trabalho, 8**: as relações de trabalho na era do neoliberalismo no brasil. São Paulo: Ltr, 2013. Disponível

em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792013000200005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. COLOMBI, Ana Paula Fregnani. A reforma trabalhista em foco: desconstrução da proteção social em tempos de neoliberalismo autoritário. **Educação & Sociedade**, v. 40, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302019000100209&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. SANTOS, Anselmo Luis dos; NUNES, Bartira Tardelli. Trabalho no governo Lula: avanços e contradições. **Texto para discussão**, v. 201, 2012. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/15599. Acesso em: 21 abr. 2020

LAVAL, C. **Bolsonaro e o momento hiperautoritário do neoliberalismo.** Blog da Boitempo, São Paulo, 29 out. 2018. Disponível em: https://blogdaboitempo.com.br/2018/10/29/o-momento-hiperautoritario-do-neoliberalismo/. Acesso em: 22 Abr. 2020.

MARCONSIN, Cleier; FORTI, Valeria; MARCONSIN, Adauto F. Neoliberalismo e reestruturação produtiva: debatendo a flexibilização dos direitos trabalhistas no Brasil. **Serviço Social em Revista**, v. 14, n. 2, p. 23-46, 2012. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/11614. Acesso em: 20 abr. 2020

MARTINS, Heloísa de Souza; RODRIGUES, Iram Jácome. O sindicalismo brasileiro na segunda metade dos anos 90. **Tempo Social**, v. 11, n. 2, p. 155-182, 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20701999000200009&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 20 abr. 2020

MCCARTHY, James; PRUDHAM, Scott. Neoliberal nature and the nature of neoliberalism. **Geoforum**, v. 35, n. 3, p. 275-283, 2004. Disponível em: https://we.riseup.net/assets/311690/j.geoforum.2003.07.003%5D+James+McCarthy%3B+Scott+Prudham+Neoliberal+nature+and+the+nature+of+neoliberalism.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. São Paulo: É Realizações, 2016.

MORRESI, Sergio D. **Robert Nozick e o liberalismo fora do esquadro**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 55-56, p. 285-296, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452002000100014&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 abr. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1560 p. ISBN 978-85-020-06861-2.

NOZICK, Robert**. Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1974.

PEREIRA, William Eufrásio Nunes. Do Estado liberal ao neoliberal. **Interface**, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/josesantos/disciplinas-2012.2/fundamentos-sociopoliticos-e-economicos-da-educacao-para-licqui2n/do-liberal-ao-neoliberal-1. Acesso em: 19 abr. 2020

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SENADO, Agencia. **MP que impede desconto de contribuição sindical em folha perde validade**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/28/mp-que-impede-desconto-de-contribuicao-sindical-em-folha-perde-validade. Acesso em: 15 set. 2019.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

VIEIRA JR, Dicesar Beches. THE CHANGES OF THE (RIGHTS FOR) WORK UNDER THE SIGHT OF THE LIBERAL AND NEOLIBERAL/AS TRANSFORMACOES DO (DIREITO DO) TRABALHO SOB A OTICA DO ESTADO LIBERAL E O ESTADO NEOLIBERAL. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 26, 2014.

VON MISES, Ludwig. **As Seis Lições**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

DIREITO SISTÊMICO NAS ACADEMIAS

Marcelle Stahellin[1]
Terezinha de Fátima Juraczky Sczciminski[2]
Cleópatra Regina Teixeira Xavier Costa[3]

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a necessidade e a possibilidade da inserção da disciplina de Direito Sistêmico no currículo dos cursos de direito. 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 a possibilidade da inclusão do ensino do Direito Sistêmico como disciplina nos cursos de direito. Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: "De que forma o Direito Sistêmico poderia ser inserido como disciplina acadêmica no curso de direito?". A hipótese de inserção do ensino do direito Sistêmico como disciplina do curso de direito foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento. A relevância acadêmico-científico-social se dá por se tratar da possibilidade de ensinar aos estudantes de direito um novo olhar sobre o conflito e uma nova forma de atuar, possibilitando a mudança da postura do futuro profissional do direito.

Palavras-chave: Visão Sistêmica; Leis Sistêmicas; Direito Sistêmico; Universidades. Ensino Sistêmico.

INTRODUÇÃO

Falar sobre "Direito Sistêmico", em um primeiro momento, pode causar certa estranheza e fazer florescer inúmeros questionamentos, o que é perfeitamente compreensível. O novo, o diferente, tende a causar esse desconforto e não necessariamente isso é algo negativo. Afinal, se não fossem os questionamento e se não fosse a curiosidade, não estaríamos em constante evolução. Com o Direito não é diferente: a evolução jurídica caminha lado a lado com o desenvolvimento humano.

Sabe-se que os conflitos, em sua extensão, acompanham a humanidade desde os primórdios das civilizações, sendo fator intrinsecamente interligado com o convívio social. A vida em sociedade trouxe à baila a necessidade de imposição de um conjunto de regramentos capazes de limitar a ação humana. Tal fenômeno marcou o nascimento do Direito Positivo, essencial à existência e sobrevivência de uma sociedade, e que se desenvolveu quase que simultaneamente com o crescimento das civilizações (DE LUCENA, MAGALHÃES, 2013).

Passou o Estado, então, a assumir a atividade jurisdicional na ânsia de pacificar os conflitos oriundos da vida em conjunto, de modo que trouxe para si tanto a responsabilidade de dizer o Direito, como também as ferramentas para assegurar que esse Direito seja efetivado. A civilização estava diante do nascimento do Direito Processual. Contudo, muito embora seja possível observar a intenção pacificadora do Estado ao atrair a resolução de conflitos para si, a idealização ficou presa em um mundo hipotético, uma vez que o aspecto paternalista propiciou a instauração de uma cultura de litigância, de modo que passaram a ser encaminhadas ao crivo judicial até mesmo os mais singelos conflitos (DE LUCENA, MAGALHÃES, 2013).

1. Advogada; pós-graduanda em Direito Sistêmico pela Hellinger Schule da Alemanha em convênio com a Faculdade Innovare; especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola do Ministério Público de SC em convênio com a Univille; graduada em Direito pela Univille (2004); e-mail: marcelle@marcelle.adv.br.
2. Advogada, Pedagoga, Cientista da Religião, Mestra em Educação pela Uniplac, e Mestra em Desenvolvimento Regional pela UnC, e-mail: sczimi@gmail.com.
3. Advogada, pós-graduanda em Direito Digital, Inovação e Novas Tecnologias e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina (2019), e-mail: cleopatrra.costa@gmail.com.

Criou-se, então, uma cultura de sentença, isto é, a necessidade de o Estado dizer o direito (e a solução) das relações humanas do nascer de qualquer forma de conflito. É uma fórmula que tem sua importância e necessidade, no entanto não deve ser aplicada de forma generalizada, sob o risco de fortalecer a morosidade e a extrema litigância que hoje são características do Poder Judiciário brasileiro, assoberbado por demandas que poderiam ter sido evitadas ou mesmo solucionadas de forma menos agressiva.

Em um mundo em que as relações humanas e as demandas provenientes dessas relações foram objetificadas, repensa-se o caminho até então idealizado. É nesse momento de grande reflexão que nasce o Direito Sistêmico. Esse novo campo de estudo, desenhado pelo Juiz de Direito Sami Storch, tem como objetivo a ampliação da percepção sobre os conflitos, por meio da integração das ordens filosófico-relacionais introduzidas pelo filósofo Bert Hellinger aos estudos jurídicos (STORCH, 2018).

1. LEIS SISTÊMICAS

Bert Hellinger percebeu ao longo de quase cinquenta décadas de trabalho com as Constelações Familiares (em alemão, *Familienstellen*) que há três leis sistêmicas que regem as relações humanas, também denominadas "ordens do amor", que são os princípios básicos da vida. São eles o pertencimento, a hierarquia e o equilíbrio entre dar e tomar. É uma demonstração do casamento de diversas áreas do saber, especialmente entre a fenomenologia filosófica[4] e a fenomenologia psicoterapêutica[5], em que se busca demonstrar a diferença entre consciência sentida e consciência oculta e como sua inter relação pode direcionar ao conflito: "embora a primeira nos declare inocentes, a segunda pune esse ato como culpa". (HELLINGER, 2001, p. 12)

O primeiro princípio é o Direito ao 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, que ela não se desenvolva ou, ainda, que venha a sera abortada, nada disso exclui seu pertencimento. A consciência coletiva ou de clã é uma consciência de grupo que considera a família como um todo: “com nossos pais também partilhamos seus clãs e passamos a pertencer a um clã, no qual os do pai e da mãe se uniram”. De acordo com a primeira ordem do amor: “todo membro da família tem igual direito de pertencimento” (HELLINGER, 2020. p. 144-145).

Bert Hellinger observou que, 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, filhos que apresentam doenças ou comportamentos “difíceis” por conta do divórcio mal resolvido dos pais são alguns exemplos.

A segunda lei sistêmica é a da Hierarquia e diz respeito à ordem e à precedência: o que vem primeiro. Para Bert Hellinger, “quem já foi membro da família tem preferência em relação aos que vêm depois” (HELLINGER, 2020. p. 152).

Em uma família, por exemplo, observa-se a hierarquia entre os ascendentes e descendentes (bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos), bem como entre os irmãos, do

4. Na fenomenologia filosófica, busca-se perceber as características essenciais dentre uma variedade de fenômenos, na medida em que o agente está totalmente exposto a eles. Esses essenciais ultrapassam os limites do que se poderia deduzir logicamente a partir de premissas ou de conceitos. (HELLINGER, 2001)
5. Hellinger entende como sendo uma forma de “saber por participação”, em uma referência às constelações. (HELLINGER, 2001)

mais velho para o mais novo (incluindo-se abortos e natimortos). Entre casais, por sua vez, não há hierarquia, pois ambos os cônjuges se encontram lado a lado, um em relação ao outro, uma vez que chegaram ao mesmo momento naquela relação conjugal.

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.

A última lei é a do Equilíbrio entre dar e tomar e refere-se à compensação. Bert explica que “quando tomamos ou recebemos alguma coisa de alguém, sentimo-nos obrigados a compensá-lo de maneira correspondente. Somente depois que fazemos isso é que nos sentimos livres novamente”. Porém, quando não é suficiente o que se dá em troca, a relação continua a existir em duplo sentido: quem deu espera algo e o beneficiário sente-se em dívida (HELLINGER, 2020. p. 15).

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.

Na relação entre pais e filhos ocorre a anulação da compensação entre dar e tomar. Isso porque não é possível para os filhos compensarem o que os pais lhes dão, porque o maior presente que receberam de seus pais foi a vida.

A desordem, nesse sentido, ocorre quando uma pessoa dá mais do que a outra pode restituir, desequilibrando a relação. Consequentemente, aquele que recebeu demais se aborrece e deixa a relação.

Assim, dessa breve explicação acerca das três leis sistêmicas já é possível perceber a origem dos conflitos, sejam eles familiares, interpessoais, negociais ou empresariais.

No âmbito judicial, a ideia da aproximação dessas leis sistêmicas com o universo jurídico nasceu da observância realizada pelo juiz Sami Storch da realidade dos processos e suas consequências nas relações humanas: A tradicional forma de lidar com conflitos no Judiciário já não é vista como a mais eficiente. Uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre gera inconformismo e não raro desagrada a ambas as partes. Em muitos casos, enseja a interposição de recursos e manobras processuais ou extraprocessuais que dificultam a execução. Como consequência, a pendência tende a se prolongar, gerando custos ao Estado e incerteza e sofrimento para as partes (STORCH, 2018).

Na prática, o profissional assume o lugar de agente atuante na construção da melhor solução, acolhendo as leis sistêmicas, que atuam nas relações humanas como ampliadoras da compreensão da origem do conflito.

> Com efeito, o papel do(a) advogado(a) vai muito além do encaminhamento de processos ao judiciário. No contexto do Direito Sistêmico, ele assume o lugar de agente atuante na construção da melhor solução, acolhendo as leis universais, que atuam nas relações humanas, ampliando a compreensão da origem do conflito.
> Considerando que o Direito Sistêmico traz uma releitura do conflito e sua abordagem é transformava, todas as áreas podem ser contempladas sob esse olhar que nos permite alcançar uma nova consciência jurídica (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2018).

Uma vez atento a essas três leis universais, o profissional transforma a sua atuação, ao utilizar de ferramentas que apontam para o respeito à hierarquia e à ordem de todos os sistemas envolvidos no conflito em estudo, incluindo o seu próprio; de modo

que, ainda que utilize um olhar humanizado e empático, blinda-se em sua posição de advogado, não se emaranhando, assim, no conflito que lhe foi apresentado.

2. ORDENS DA AJUDA

Em seu trabalho com as Constelações Familiares, Bert Hellinger (2013) observou cinco ordens que atuam nas relações entre os profissionais da ajuda e seus clientes e as chamou de “ordens da ajuda”.

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.

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.

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.

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.

Nesse caso, a desordem da ajuda ocorreria 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).

3. DIREITO SISTÊMICO

A expressão Direito Sistêmico foi introduzida pelo juiz Sami Storch em 2010, quando da publicação do primeiro artigo pelo tema em seu blog (STORCH; MIGLIARI, 2020. p. 106).

O juiz iniciou seus trabalhos em 2006, na Comarca de Itabuna, na Bahia, quando ingressou na magistratura. No início, utilizou-se de frases "sistêmicas" e percebeu como resultado de seus esforços a sensibilização das partes envolvidas no conflito, levando-as a olhar para um contexto maior.

Para o 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. Hoje, Sami entende que "o Direito Sistêmico inclui a constelação, mas também é uma visão do próprio Direito. Não se trata apenas de um método, de uma abordagem para a resolução de conflitos" (STORCH; MIGLIARI, 2020. p. 107).

Importante observar que não se trata apenas de uma técnica e sim de uma postura, um modo de agir sistêmico, em que o juiz, ou qualquer operador do Direito, é ainda mais imparcial quando consegue perceber o que está por detrás do conflito.

O que seria considerado 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.

No que toca à previsão legal para a adoção da postura sistêmica, bem como para a utilização da técnica das constelações familiares no Judiciário, prevê o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º que:

> Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No mesmo sentido, dispõe a Resolução n° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário:

> Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.
> Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Ainda no que tange à nomenclatura utilizada, Caroline Vieira Ruschel, em sua tese de doutorado, observou que estão sendo utilizadas terminologias 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).

Segundo Sami Storch:

> o Direito Sistêmico do qual eu falo e com o qual trabalho tem uma base. As cosntelações familiares em sua raiz, sua origem, segundo Bert Hellinger, estão presentes nele. Também a filosofia de Bert Hellinger está contida nele. E isso precisa ser respeitado (STORCH; MIGLIARI 2020, p. 109).

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 atue sempre com autorresponsabilidade. “O Direito sistêmico não é uma teoria. Quem fala nele e não o pratica não entendeu nada” (STORCH; MIGLIARI, 2020. p. 117).

4. EDUCAÇÃO JURÍDICA

Muito embora as Universidades tenham relativa autonomia universitária, regulamentada pela Constituição Federal e pelas Diretrizes Curriculares Nacionais, a modernização da Matriz Curricular é um dever das universidades e um direito do aluno. As atualizações das matrizes curriculares necessariamente interfere diretamente na qualidade do curso e impacta fortemente na vida profissional do egresso.

Neste sentido, refletir em torno da inserção do Direito Sistêmico na grade curricular e/ou inserção nas ementas das disciplinas se justifica pela relevância que o tema tem sido desenvolvido com soluções de conflitos em todas as áreas, como já dito, direito de família, criança e adolescente, direito do trabalho, empresarial, entre outros.

A educação jurídica, como outras áreas de conhecimento, encontra-se em permanente transformação. Os cursos deverão, portanto, privilegiar o que é essencial e estrutural na formação dos alunos, tornando os currículos ampla e com solidez na formação, pois expressem o núcleo epistemológico teóricos e práticos para a solução de conflitos.

Sendo assim, as diretrizes curriculares sinalizam para a necessária flexibilização que permita o favorecimento à elevação da qualidade na permanente formação

humanística, técnico jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais.

Após essas considerações, entendemos que uma reflexão sobre uma educação integral na universidade, se faz necessário intensificar o conhecimento sistêmico, intencionando articular nas várias disciplinas acadêmicas. Esse seria então o desafio da reforma do pensamento para a qual os diferentes saberes articulados ampliam a formação do cidadão. Essa articulação é necessária ao exercício pleno da cidadania, que também demanda uma mudança de paradigma capaz de estimular a reflexão e a ação na prática em todas as áreas da vida humana.

Assim, as escolas e as universidades desde os primórdios vêm fragmentando o conhecimento a qual deveria integrá-lo. Pozatti (2012), médico e doutor em Educação, vem discutindo a educação para a inteireza do ser e alerta que a humanidade se encontra em risco, tanto física, quanto psíquica, social, cultural, ambiental e espiritual, por ter essas dimensões dissociadas entre si. A educação e as práticas do cuidado destacam o autor, também refletem a dissociação e nos afastam da formação do humano integral, focando cada vez mais numa visão de mundo reducionista.

Em meio a essa problemática, pareceu-nos importante realizar um estudo sobre o direito sistêmico. Afinal, que processo de conscientização daria conta de educar para o Direito Sistêmico? Quando começar essa problematização?

Nesse sentido, nomeia-se a questão que norteará esse artigo: Quais as possibilidades do Direito Sistêmico ser implantada nos currículos das universidades?

O que se almeja com o conhecimento sistêmico é a aproximação do direito à verdade, seja oferecido na grade curricular, ou, na ementa das diferentes disciplinas. Esta possibilidade é permitida na Resolução 125 do CNJ que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos conflitos aliada a diversos dispositivos legais tais como, art. 29 da Lei Maria da Penha, art. 19, parágrafo. 1º, e em todo o eixo principal do Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, e demais legislações que contemplam o tratamento multidisciplinar do conflito. Esses dispositivos legitimam a aplicação das leis sistêmicas como forma de tratamento adequado na resolução de conflitos.

E ainda, como base legal pode-se citar a autocomposição a que se refere o Código de Processo Civil artigo 3º parágrafo 2º e 3º. O Código de Ética e Disciplina da OAB em seu artigo 2ª inciso VI que assim descreve - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios. O artigo 694 Código Civil, que trata do rol das ações de família, são pilares no uso de ferramentas para tratar dos litígios, se valendo do auxílio de todas as ferramentas: “Todos os esforços serão empreendidos”. Em última análise, a legislação brasileira flexibiliza em seus dispositivos a atuação de mecanismos que possibilitem intervenção para cessar os conflitos e construir a cultura da paz social.

Como objeto o Direito Sistêmico demanda a reforma do pensamento dos professores e dos operadores do direito para enfrentar o desafio de pensar a complexidade da religação de saberes interdisciplinares. Para tanto, os subsídios da teoria da complexidade descrita por Edgar Morin:

> [...] o Destino multifacetado do humano: o destino da espécie humana, o destino individual, o destino social, o destino histórico, todos entrelaçados e inseparáveis. Assim, uma das vocações essenciais da educação do futuro será o exame e o estudo da complexidade. Conduziria à tomada de conhecimento, por conseguinte, de consciência, da condição comum a todos os humanos e dá muito rica e

> necessária diversidade dos indivíduos, dos povos, das culturas, sobre nosso enraizamento como cidadãos da Terra... (MORIN, 2002. p. 61).

Conhecer e educar para o Direito Sistêmico auxilia a enfrentar as incertezas da Condição Humana. “Ensinar a condição humana” (Morin, 2000), deveria ser o objeto essencial a qualquer sistema de ensino. Considerando que o Poder Judiciário pós-moderno transcende a mera aplicação da lei, ela objetiva a estabilização das relações sociais, a realização da justiça social e a promoção do bem comum e da paz. Este conhecimento produzirá efeito social pertinente.

Morin, afirma que:

> O conhecimento dos problemas-chave, das informações chave relativas ao mundo, por mais aleatório e difícil que seja, deve ser tentado sob pena de imperfeição cognitiva, mais ainda quando o contexto atual de qualquer conhecimento político, econômico, antropológico, ecológico [...] É o próprio mundo. A era planetária necessita situar tudo no contexto e no complexo planetário. O conhecimento do mundo como mundo é necessidade ao mesmo tempo intelectual e vital. É o problema universal de todo cidadão do novo milênio: como ter acesso às informações sobre o mundo e como ter a possibilidade de articulá-las e organizá-las? Como perceber e conceber o Contexto, o Global (a relação todo/partes), o Multidimensional, o Complexo? Para articular e organizar os conhecimentos e assim reconhecer e conhecer o problema do mundo é necessário a reforma do pensamento. Entretanto, esta reforma é paradigmática e, não, programática: é a questão fundamental da educação, já que se refere à nossa aptidão para organizar o conhecimento. (MORIN, 2002, p. 35).

O juiz Sami Storch afirma que o Direito Sistêmico é o próprio direito. Ele é, na verdade, um meio, é um novo campo de transição que olha para onde tem que olhar e, assim, cumpre seu papel de levar o direito tradicional de voltar à sua origem e à sua missão primordial que é a de estar a serviço da reconciliação e da paz social.

A desembargadora Sueli Pereira Pini (TJAP) descreveu brilhantemente que no direito sistêmico:

> A técnica é inovadora e já se mostra essencial para a construção de um Judiciário realmente eficiente. Isso porque, pelo modelo atual, que instiga o litígio, as adversidades tendem a crescer, tornando o sistema “esquizofrênico”. O caminho, é a busca pela conciliação, que nem sempre precisa terminar em acordo. Os efeitos podem vir muito depois, porque as pessoas param para pensar, ficam instigadas à análise. Estamos fazendo assim uma Justiça ‘quântica (PINI, 2018).

Nesse sentido, o jurista Norberto Bobbio também argumenta que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas [...]” (BOBBIO, 1992. p.05).

“Lutas” podem ser interpretadas nas mudanças do currículo universitário, com novas “visões de mundo”, técnicas utilizadas e consolidadas por profissionais da área jurídicas, as quais auxiliam para apaziguar conflitos:

> Uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. (BOBBIO, 1992.p. 10).

É conciso, além de reconhecer, efetivar o direito. Bobbio afirma que, na contemporaneidade, é a garantia e não os fundamentos dos direitos que precisam ser assegurados/protegidos. “O importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. [...] O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos” (BOBBIO, 1992. p. 10).

5. DIREITO SISTÊMICO NAS UNIVERSIDADES

Desde 2018, o Direito Sistêmico vem sendo apresentado aos estudantes de direito da cidade de Joinville/SC, através de palestras realizadas pela então presidente da Comissão de Direito Sistêmico, a advogada Marcelle Stähelin, nas seguintes instituições de ensino: UNIVILLE - Universidade da Região de Joinville, ACE - Associação Catarinense de Ensino, FCJ (Faculdade Cenecista de Joinville), Unisociec, e Católica de Santa Catarina.

A advogada observou o interesse dos estudantes pelo tema, sendo que, em diversas oportunidades, após as palestras, recebera como sugestão a inclusão do Direito Sistêmico como matéria de ensino no curso Direito.

Importante ressaltar que Direito Sistêmico não é um novo ramo do Direito, mas sim uma nova forma de atuar enquanto profissional do Direito a partir de um novo olhar para o conflito e para o cliente. Tampouco Direito Sistêmico é a utilização das constelações familiares no judiciário, conforme explicado anteriormente.

Assim, denota-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: não julgamento, estado de presença, escuta ativa (percepção do essencial), percepção fenomenológica, comunicação não-violenta e autorresponsabilidade, sem intenção de salvar ou vingar a parte.

De que forma, então, o Direito Sistêmico poderia ser inserido como disciplina acadêmica?

Atualmente, o Direito Sistêmico vem sendo apresentado aos alunos em formato de minicurso em eventos, tais como na Semana Acadêmica de Direito da Univille, e através de palestras ministradas nas disciplinas de Meios Adequados de Solução de Conflitos e Direito de Família.

Ocorre que essa visão sistêmica do direito é algo que pode ser utilizada em todas as áreas do Direito, pois partindo-se do princípio de que as leis sistêmicas podem ser observadas em todas as relações humanas, e o direito trata de relações humanas em todas as suas áreas, logo, o Direito Sistêmico é inerente ao próprio direito

É justamente pelo fato de se poder ter um olhar sistêmico no Direito Penal, Direito do Trabalho, Empresarial, da Criança e do Adolescente, Direito de Família e Sucessões, Direito Ambiental, dos Animais, até mesmo no Direito Tributário ou Imobiliário, enfim, em todas as áreas, é que seria interessante que se tratasse de uma disciplina autônoma, e não apenas uma aula dentro de cada disciplina já existente.

Neste artigo não cabe explicar como seria um olhar sistêmico dentro de cada área do Direito. Inúmeros artigos já foram publicados sobre diversos temas em várias áreas do Direito, inclusive como teses de mestrado e doutorado, a exemplo da tese da Dra. Caroline Ruschel, já citada anteriormente e que consta nas referências do presente.

Ademais, conforme dito anteriormente acerca das ordens da ajuda, sugere-se que elas sejam observadas pelos profissionais da ajuda, como é o caso dos profissionais que lidam com o direito: advogados, policiais, juízes, promotores, mediadores, e tantos outros, independentemente do cargo ocupado.

Seria interessante que essa possibilidade de adoção e uma nova postura pelo profissional do direito também fosse ensinado na disciplina de Direito Sistêmico, para que depois pudesse ser praticado nas aulas de Práticas Jurídicas, no Escritório Modelo da faculdade, por exemplo.

É improtante ensinar o aluno a ouvir sem julgar, a ajudar do seu lugar, mas sem querer salvar, a aceitar o destino do cliente, e ver que ele tem condições de passar por aquela dificuldade, mas que precisar de um profissional conhecedor das leis, da técnica jurídica para auxiliá-lo. Quando o profissional do direito se dá conta de que não tem como resolver o problema pelo cliente, mas sim auxiliá-lo a construir uma solução de forma conjunta, se possível, com a outra parte, seu trabalho se torna mais leve.

É importante ensinar o estudante de direito a “escutatória” (ALVES, 1999) - a arte de saber ouvir o cliente sem julgamento, sem medo, sem intenção de salvar. Sem achar que sabe mais do que o cliente sobre a sua história. Sem interromper, sem ficar pensando na melhor estratégia jurídica, mas sim ensiná-lo a estar ali, no presente, ouvindo o cliente, o que ele tem a dizer, o que não está sendo dito; ou seja: ouvir o que está por trás daquela fala, quem o cliente exclui, quais as leis sistêmicas que estão em desordem. E depois, claro, construir a solução jurídica mais adequada, junto com o cliente.Tudo isso pode ser ensinado para o estudante ainda na faculdade.

O Direito Sistêmico poderia ser apresentado como disciplina optativa, num primeiro momento, ou como curso de extensão universitária. Para que depois, gradualmente, seja conhecido no meio acadêmico, até que venha a ser reconhecida a necessidade de fazer parte da grade curricular como disciplina da grade curricular. Uma sugestão de ementa de disciplina encontra-se ao final deste artigo, apenas de modo exemplificativo.

CONCLUSÃO

Embora, em um primeiro momento, o termo possa causar estranheza, Direito Sistêmico nada mais é do que um novo olhar sobre os conflitos, que tem por base as ordens superiores que regem as relações humanas, seguindo a ciência das constelações sistêmicas (*Hellinger Sciencia*) e as leis sistêmicas introduzidas por Bert Hellinger (HELLINGER, 2017).

A atenção a essas leis, como bem demonstrado no decorrer deste trabalho, fornece ao operador do direito ferramentas que garantem não só um atendimento e uma atuação humanizada e empática, como também apresenta novos caminhos de solução de controvérsias, ao mesmo tempo que blinda o profissional de se emaranhar no conflito em análise.

Trata-se, pois, de um campo do saber intimamente interligado com os saberes jurídicos, podendo, em muito, contribuir para a atuação cotidiana do operador do direito. Ressalta-se que não se pretende, com este artigo, atropelar o ensino tradicional do direito, e sim complementá-lo com esse novo campo de estudo, de modo a integrar a caixa de ferramentas do profissional, deixando, a cargo deste, a escolha de qual caminho seguir diante de um conflito.

Desta feita, a inclusão do Direito Sistêmico na grade curricular das Academias de Direito faz-se imprescindível em um momento em que olhar para o ser humano é

imperativo, ante a crescente litigiosidade que vive o judiciário brasileiro; sendo sua amplitude um dos maiores pontos positivos, vez que pode trazer impactos relevantes, como já esclarecido, nas diversas áreas do direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **O amor que acende a lua**. 15ª. ed. Campinas: Papirus, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 125 de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Brasília, DF: 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Lei n° 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 09 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: 07 dez.

_____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. MEC. Diretrizes Curriculares do Curso de Direito. http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/dir_dire.pdf. Acesso em 02/04/2021.
_____. Ordem Dos Advogados do Brasil. Resolução n° 02 de 19 de outubro de 2015. **Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf.
Acesso em: 09 out. 2019. 2018.

DE LUCENA, Kylze Carolyne Prata; MAGALHÃES, Lícia Vitória de Aquino. CONFLITOLOGIA: ASPECTOS TEÓRICOS PARA O ESTUDO DA LITIGÂNCIA. **Revista Fides: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Natal, v.4 , n. 2, p. 172, jul./dez. 2013.

HELLINGER. **As Ordens do Amor.** São Paulo: Cultrix, 2017.

_____. **Meu trabalho. Minha vida.** A autobiografia do criador da Constelação Familiar. São Paulo: Cultrix, 2020.

_____. **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.
MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000a.

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.

PINI, Sueli Pereira. **Workshop Inovações na Justiça: O Direito Sistêmico como meio de Solução Pacífica de Conflitos.** 2018. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/eventos/eventos-cej/2018/workshop-direito-sistemico. Acesso em: 10/05/2021.

POZATTI, Mauro Luiz. Educação para a Inteireza do Ser – uma caminhada Revista Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 37, n.1, p, 143-159, jan./abr. 2012. Disponível em http://www.ufrgs.br/edu_realidade . Acesso em 02/04/2021.
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; MIGLIARI, Daniela. **A origem do direito sistêmico.** Brasília, DF: Tagore Editora, 2020.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos. Acesso em 06 abril 2021.

_____, Sami. **Direito sistêmico**: primeiras experiências com constelações no judiciário. Revista Brasileira de Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015, p.56-62.
VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação Sistêmica no Judiciário.** Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

ANEXO

PROJETO DISCIPLINA DE DIREITO SISTÊMICO
Curso de Extensão ou Disciplina Optativa

1. PROPONENTE
Marcelle Stähelin

2. TEMA
Direito Sistêmico.

3. OBJETIVOS
Objetivo geral: Disseminar o conhecimento acerca do que é Direito Sistêmico.

Objetivos específicos: Desenvolver a postura sistêmica enquanto profissionais do Direito. Apresentar os princípios sistêmicos do Pertencimento, Hierarquia, Equilíbrio entre Dar e Tomar, bem como das Ordens da Ajuda, de Bert Hellinger. Refletir acerca de uma forma mais humana de trabalhar o Direito.

4. CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

- **Fundamentos de Direito Sistêmico**
- Definição de Direito Sistêmico
- Conceitos básicos: constelação familiar e direito sistêmico
- Quem foi Bert Hellinger
- Como Surgiu o Direito Sistêmico
- Princípios Sistêmicos
- Níveis de consciência

- **Ordens da Ajuda**
- Postura Sistêmica do Profissional do Direito
- Não julgamento
- Estado de presença
- Escuta ativa – percepção do essencial
- Percepção fenomenológica
- Comunicação não violenta
- Autorresponsabilidade
- O Triângulo de Karpman

- **Direito de família e sucessões**
- Casamento
- Relação de casal
- Relacionamentos anteriores
- Relação entre pais e filhos
- Alienação parental
- Abortos
- Fertilização assistida
- Divórcios

- Herança e sucessões
- Adoção
- Destituição do Poder Familiar

- **Direito Penal**
- Dinâmicas entre agressor, vítima e acusador
- Como ocorre o ciclo da violência
- Violência doméstica (contra criança, idoso e mulher)
- Lesão corporal/homicídio
- Crimes sexuais

- **Direito Empresarial e Trabalhista**
- Conflitos empresariais, entre sócios e com empregados
- Leis sistêmicas nas organizações
- Empresas familiares
- Sucessões empresariais

- **Atendimento Sistêmico**
- Treinamento da postura sistêmica entre os alunos

5. DURAÇÃO
Semestral.
Aula semanal ou quinzenal.

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A GARANTIA DA ENTREGA DA OBRA

Marli Maria Pelisser Nicolao[1]
Claudio Melquiades Medeiros[2]

Resumo: O presente estudo trata da opção pelo Patrimônio de Afetação nas incorporações imobiliárias. O tema é importante em razão dos benefícios para o incorporador e os adquirentes de imóveis. O objetivo é avaliar a importância da utilização do Patrimônio de Afetação como fator de garantia de entrega da obra. A metodologia se dá por abordagem qualitativa do tipo bibliográfico e documental, o método dedutivo e o aprofundamento da pesquisa é explicativo (análise). Os resultados encontrados foi que realmente o instituto oferece uma segurança aparente ao adquirente, porém a possível inobservância a legislação por ser esta uma opção do incorporador, que representa a parte de maior poder econômico e hipersuficiente perante os adquirentes dos imóveis na planta. A legislação necessita de melhoramentos referente a obrigatoriedade dos preceitos e fiscalização.

Palavras-chave: Patrimônio de Afetação; Incorporação; Construção Civil; Mercado Imobiliário.

INTRODUÇÃO

O Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária, tema deste artigo, consiste na proteção ao adquirente de um imóvel em construção, no sentido de desvincular do patrimônio do incorporador os recursos financeiros, bens e materiais, a serem aplicados no referido imóvel.

Assim, apresenta grande relevância por estar diretamente ligado à indústria da construção civil, um segmento que envolve movimentações de recursos e valores expressivos na economia do país, mormente porque envolve uma cadeia de fornecedores, indústrias e operadores, buscando realizar o sonho das pessoas de adquirir a casa própria, amenizando as diferenças sociais da população.

A Incorporação Imobiliária com a garantia do Patrimônio de Afetação objetiva a segurança ao adquirente que investe antecipadamente para a aquisição do imóvel, em contrapartida financia a construção civil de forma direta, auxiliando o empresário a viabilizar seu negócio com produção de imóveis e geração de empregos. Também gera uma parceria bilateral que precisa estar calçada em negócios jurídicos com garantias instituídas.

Verifica-se na história dos institutos a posse e propriedade, apesar de a doutrina divergir com relação a regiões e datas de origem, converge na informação que o surgimento da posse foi natural. A partir das mudanças de comportamento dos diversos grupos sociais primitivos, que migrando da vida nômade para a convivência em pequenas vilas, fixaram-se em determinadas regiões gerando-se a necessidade de delimitação de espaços, iniciando-se, assim, a posse de terras e o direito daqueles que a exercem (DINIZ 2020, 118-120 p).

Contudo, somente a posse não garantia os plenos direitos sobre o bem imóvel, sendo necessária a criação de direito que a garantisse, surgindo então a propriedade. É possível constatar que o código de Hamurabi, escrito no Século XXI A.C. já possuía dispositivos que visavam proteger a propriedade individual. O conceito de proteção evoluiu com as gerações e com o crescimento do capitalismo mundial em detrimento do socialismo. No Brasil a Constituição Federal de 1988 enfatizou em seu art. 5º o direito à

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.
2. Advogado, professor Doutor na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

propriedade e sua função social como direito fundamental do ser humano, garantindo a dignidade das famílias.

É por meio da propriedade que a pessoa se sente realizada financeiramente, principalmente quando tem um bem próprio para a sua residência. A morada da pessoa, segundo Tartuce (2014), é o local propício para a perpetuação da dignidade do ser humano e a ideia do patrimônio mínimo começa com a propriedade da casa própria e abrigo da família.

É importante ressaltar que a construção civil envolve uma cadeia produtiva que afeta diretamente a economia do país e sua instabilidade causa abalos nas áreas financeira, social e jurídica, afetando a credibilidade do setor. É, portanto, necessário que se evite o descrédito deste segmento produtivo, proporcionando segurança jurídica, haja vista que a construção civil contribui para a concretização dos anseios da sociedade brasileira tão carente de moradia.

Segundo os preceitos constitucionais é dever social do Estado auxiliar a aquisição da propriedade. Este deve priorizar com incentivos financeiros e garantias na alienação, disponibilizando institutos jurídicos que transmitam confiança aos setores envolvidos na cadeia produtiva, bem como os adquirentes das propriedades, preservando a segurança e confiabilidade do setor, elevando seu efeito multiplicador junto a sociedade.

Os problemas que os adquirentes têm enfrentado para a aquisição da propriedade imóvel são vários, porém, cabe destaque o que está se tornando mais comum: o atraso na entrega das obras. Os casos se repetem, e têm um passo a passo quase uniforme: compra do empreendimento na planta, previsão inicial de entrega, atraso, adiamento da entrega, paralisação das obras e total desinformação aos compradores sobre o futuro das empreitadas. Muitos ainda têm o diferencial de uma troca de construtora no meio do caminho para dar continuidade aos trabalhos, o que nem sempre é garantia de sucesso, (SINDUSCON, 2018).

A imprensa tem noticiado, de forma recorrente, muitas reclamações, mais precisamente denúncias como o caso de um grupo de pessoas que protestaram em frente à Construtora pelo atraso da entrega da obra do imóvel que terá 168 apartamentos e está sendo construído no Bairro Atiradores em Joinville. De acordo com os adquirentes, as chaves deveriam ter sido entregues em março de 2013, mais de um ano de atraso NSCTotal (2014); outro caso de grande repercussão investigado pela polícia, é o atraso na entrega de apartamentos em Joinville de uma empresa do Sul de Santa Catarina que tem oito empreendimentos na cidade e o Ministério Público aponta irregularidades com atrasos das obras e entrega dos imóveis NDTV(2014); em Mafra SC, o atraso das obras no Residencial Marselha, com 192 apartamentos, também tem causado revolta de muitos futuros moradores que aguardam definição a meses Click/Riomafra (2017).

Segundo a JUCESC (2018), em SC os atrasos levam a pedidos de recuperação judicial e falência, conforme levantamento os números saltaram de 322 para 639 solicitações de falências, no período de 2013 a 2016. Em 2017 e 2018 o setor apresentou um pouco mais de solidez segundo o SINDUSCON (2018). Nos casos relatados com atrasos acima do prazo de tolerância acordado, a legislação garante ao adquirente a rescisão contratual, indenizações, reembolso de aluguéis, mas isso nem sempre resolve o problema para o adquirente. A empresa que não consegue finalizar a obra no tempo certo, nem sempre consegue viabilizar a conclusão, ou o retorno do capital investido pelo adquirente.

O tema Patrimônio de Afetação remete a indagações como: sua instituição já no início da incorporação resolve o problema de atrasos ou somente garante a parte

financeira? O incentivo tributário motiva a construtora a aderir ao instituto? O que os dados estaduais têm demonstrado nestes dezesseis anos, pós legislação? Qual a atuação de fiscais da lei, exercida pelo Conselho de Representantes, estes tem exercido a sua função? A morosidade da justiça tem contribuído para o aumento dos custos da obra? Merece reflexão o entendimento defendido por Bortolan (2009), segundo o qual, o comportamento dos agentes financeiros tem ajudado a melhorar os prazos de entrega das obras, as posições dos tribunais em favor dos consumidores e em desfavor dos agentes financiadores aprofundaram a crise no setor imobiliário a tal ponto de prejudicar o desenvolvimento econômico do país.

O artigo discorre sobre a necessidade da utilização do patrimônio de afetação em toda a incorporação imobiliária. Explicita o método utilizado na segregação do capital, a tributação, exigências cartorárias, e a necessidade da abertura da Sociedade de Propósito Específico, além de discutir e apresentar as falhas de legislação, fiscalização e opção pelo Conselho de Representantes.

1. A NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

1.1 O que é a incorporação imobiliária

Trata-se de uma atividade empresarial regulada pela Lei 4591/1964, é exercida com o objetivo de promover a indústria da construção civil e dar garantias ao cidadão que almeja conquistar um dos direitos constitucionais básicos do ser humano, que é a moradia. O parágrafo único do artigo 28 da Lei 4591/1964 define: “para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações compostas de unidades autônomas”.

No entendimento de Rizzardo (2019), existe um bem, no caso da incorporação um terreno, onde se agregam elementos formando uma realidade diferente, que substitui a anterior existente. O terreno que pode ser de propriedade de pessoa física ou jurídica onde se constrói agregando ao referido bem unidades habitacionais autônomas. Podem ser agregadas unidades autônomas, pelo proprietário do bem, ou um terceiro, (construtor). Estas unidades agregadas, para serem autônomas e adquirirem o direito de serem alienadas individualmente precisam passar pelo processo da incorporação.

A atividade exercida pelo incorporador definida no artigo 29 da Lei 04591/1964 como:

> Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Na interpretação do artigo 29 da referida lei, Rizzardo (2019) orienta que o processo da incorporação consiste na divisão do terreno antes único, em posterior frações ideais de terrenos, pertencentes a cada unidade autônoma construída, seja ela casa, apartamento, sala comercial ou garagem. A autonomia da unidade se concretiza com o

registro e arquivamento em cartório, onde é efetuado o desmembramento de uma matrícula de imóvel única, para várias outras matrículas, desta originadas. O art. 29 da lei 4591/64, diz ainda que é permitido exercer a incorporação tanto por pessoa física como jurídica, para que após identificar a titularidade do bem imóvel possa efetivar propostas de compra e venda das partes ideais do terreno onde serão construídas as unidades autônomas. Na interpretação da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019) o incorporador é toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edifício composto de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação.

Dando continuidade, Rizzardo (2019) alega ser comum o incorporador entregar a construção para um terceiro contratado (construtor), que não deve ser confundido com o incorporador, este é responsável pela administração, elaboração de projetos, registro em cartório, vendas e gestão dos recursos, aquele, não fica vinculado as vendas e nem aos adquirentes, é responsável pela execução e qualidade da obra. Responde solidariamente com o incorporador em caso de vícios de construção, tem o incorporador o direito de mover ação de regresso quando acionado juridicamente. É permitido acumular a função de incorporar e construir em um único sujeito de direito.

A Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019) descreve o ato da incorporação com o devido arquivo de documentação em cartório, como: projetos da construção, orçamentos, memorial descritivo, convenção do condomínio, certidões judiciais e fiscais do incorporador, como exigências cartorárias que buscam agregar segurança ao adquirente. Segurança esta que não elimina os riscos: “Fatores imprevisíveis podem afetar o curso normal do andamento dos trabalhos, prejudicando, sobremaneira a incorporação” (CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, 2019, p. 290). Sobre o tema alega que fatores imprevisíveis buscam se adaptar com a dinâmica das incorporações, que é de longo prazo. A economia com variações constantes, agregadas com a insegurança jurídica, altos tributos e falta de políticas públicas regulares para moradia popular, realidade brasileira, estão entre os fatores que contribuem com a fragilidade da operação e seu desenvolvimento sustentável.

Ainda, sobre riscos Bortolon (2009, n. p) destaca a insegurança jurídica, a saber, “um dos fatores considerados como crítico ao seu desenvolvimento sustentável que é a segurança jurídica”. Por ser a atividade de incorporar uma atividade dinâmica e complexa, o incorporador de boa-fé deve atuar com responsabilidade, tomando alguns cuidados para proteger o futuro proprietário. O inadimplemento na entrega da obra, sujeita o incorporador ao ordenamento jurídico brasileiro que protege o adquirente, principalmente o Código de Defesa do Consumidor.

A incorporação imobiliária é condição para o investimento em imóveis, sobre este tema escreve Macieira (2015, n. p): “A Incorporação Imobiliária é um meio de se investir em um imóvel antes mesmo de ser construído. Mas é necessário aos adquirentes e investidores algo que dê a eles confiança de que o empreendimento é seguro”. Buscando passar a segurança ao adquirente, descrita acima, pelos autores, o Congresso Nacional aprovou em 2004 lei 10.531, que regulamenta o Patrimônio de Afetação.

1.2 O que é Patrimônio de Afetação

Patrimônio de Afetação é um processo para segregar o capital destinado a um objetivo específico, ou seja, separar do capital total da empresa a parte necessária para a concretização do projeto imobiliário.

Conforme conceitua a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019, p. 34):

> Afetar o patrimônio significa separar determinados bens em um núcleo patrimonial diferente do patrimônio total da empresa, e vinculá-lo ao empreendimento que será construído. Dessa forma, garante-se que os valores confiados pelos adquirentes ao incorporador sejam realmente destinados ao empreendimento, tanto para a construção em si, como para os gastos acessórios. Os bens continuam sendo de propriedade do incorporador, mas estão afetados para um propósito específico, que é a realização e conclusão do empreendimento.

A segregação aqui tratada impede que o incorporador utilize os recursos destinados ao empreendimento escolhido pela segregação, em outros empreendimentos em andamento, ou até mesmo, atividades estranhas ao objeto da incorporadora. Torna o acervo da incorporação imune de credores cujos créditos são de origem desvinculada do empreendimento. Condicionando o patrimônio para uso exclusivo da consecução da incorporação destinada.

Sobre a segregação comenta Rizzardo (2019, p.393):

> Os bens que integram o conjunto da afetação têm, no seu tratamento, como que quase uma personalidade própria, formando um mundo destacado, com um tratamento próprio, uma contabilidade individual e diferente daquela da empresa incorporadora, que perdura enquanto destinado ao cumprimento da função de garantia e segurança que a lei incumbiu. Tanto isto que o controle e fiscalização são individuais e distintas, em conta corrente bancária separada das demais contas do incorporador.

Na composição dos itens para o registro do Patrimônio de Afetação, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019) relaciona: o terreno onde será construído o empreendimento e acessões, os equipamentos e materiais de construção, recebíveis e créditos referente à alienação das unidades, valores e créditos relativos a financiamentos dos adquirentes. Todas as receitas advindas das vendas incorporam-se ao patrimônio afetado, excluindo-se a parte relacionada ao lucro do incorporador, ou seja, o valor que exceda ao custo necessário a execução e os valores relativos ao pagamento do terreno, quando este já se apresenta quitado quando do início da obra. O restante permanece afetado sendo os bens inalienáveis e insuscetíveis a gravames. Em caso de atrasos de obras, recuperação judicial, ou mesmo falência do incorporador, o Conselho de Representantes assume a administração do empreendimento incorporado, com poderes de gerir o acervo de bens e valores, que ficam intangíveis em relação as obrigações do incorporador, como determina o art. 43 da lei 4591/64.

Bancos públicos e privados atuantes em financiamentos as construtoras direcionadas ao mercado imobiliário, na busca pela segurança das operações de crédito, têm colocado o Patrimônio de Afetação como pré-requisito para financiar empreendimentos. “Considere-se uma garantia em favor dos credores, sobretudo dos adquirentes, que ficarão protegidos por uma tutela especial” (RIZZARDO, 2019, p. 392).

Não se trata de um procedimento obrigatório e sim facultativo, “a critério do incorporador, poderá a incorporação ser submetida ao regime de afetação a qualquer tempo até o final da incorporação, não sendo requisito que ocorra quando do seu registro” (SERRA, 2018, p.123). Explica ainda, que o incorporador poderá dar andamento a obra somente com a incorporação do empreendimento e efetivar o Patrimônio de Afetação quando surgirem exigências dos adquirentes ou financiadores. Trata-se de um

procedimento temporário, que é finalizado quando o objetivo especifico que motivou a afetação for concluído.

1.3 Histórico legislativo

Segundo o levantamento histórico de Petrechen (2016), a legislação brasileira sobre incorporações iniciou-se com o Decreto Lei 5481/1928, que regulamentava prédios com mais de 5 andares, construídos com cimento armado, que já permitia a alienação de peças isoladas para escritórios. Teve alterações em 1943 com o Decreto lei 5243 e em 1945 com a Lei 285. Em 1964, com a crescente urbanização do país, o governo militar buscou ordenar o mercado imobiliário com a Lei 4591/1964 e em seguida a Lei 4891/1965, criando a atividade empresarial de incorporação imobiliária.

A evolução legislativa em consequência da crescente urbanização é descrita por Rizzardo (2019, p. 258-259):

> O acelerado processo de urbanização, que se propaga em níveis sempre mais crescente na medida em que se aperfeiçoa a evolução industrial e se aprofunda a informatização em todos os setores da atividade econômica, impõe cada vez mais a estruturação de locais de moradia e de práticas econômicas em conjunto de unidades imobiliárias em planos horizontais. Vai ficando de lado o hábito da construção de uma única moradia em um espaço delimitado de terreno, para erguerem-se prédios com unidades superpostas, formando-se edifícios com certos números de pavimentos.

A urbanização continuou crescente e o número de incorporadoras também evoluíram, porém, a história mostra que as fraudes mantiveram se frequentes. “Os investidores ficavam sem garantias e não tinham onde buscar ressarcimento” (RIZZARDO, 2018, p .394). O caso com mais repercussão aconteceu na década de 1990, onde a falência da empresa ENCOL S/A Engenharia, Indústria e Comércio, no ano de 1999, trouxe inúmeros prejuízos sociais e econômicos ao país. “A companhia goiana deixou como legado 710 obras pelo Brasil, 23 mil funcionários desempregados e 42 mil clientes sem dinheiro e sem os imóveis que haviam comprado” conforme descreve, BASILIO (2014 *apud* PETRECHEN 2016). O caso ENCOL, mexeu com a sociedade e lideres sociais dos setores envolvidos, que pressionaram o governo para dar uma resposta que evitasse futuros casos. A opção governamental foi por aprimorar a Lei 4591 editando a Medida Provisória 2221 em 2001, convertida na Lei 10931/2004, que incluiu e regulamentou a incorporação imobiliária dando opção ao incorporador de agregar o Patrimônio de Afetação em qualquer momento da obra, com o objetivo de garantir maior segurança ao setor imobiliário.

2. O MÉTODO UTILIZADO NA SEGREGAÇÃO DO CAPITAL, EXIGÊNCIAS CARTORÁRIAS E A VANTAGEM DA TRIBUTAÇÃO

2.1 Segregação do capital

A lei 4591/64 não obriga o incorporador a instituir o Patrimônio de Afetação na incorporação imobiliária, uma vez instituído torna-se irretratável. A segregação do capital é normatizada determinando a separação do patrimônio afetado dos demais ativos e obrigações contraídas pelo incorporador, a lei determina uma contabilidade própria e uma

conta bancária autônoma. Os bens afetados tornam se incomunicáveis de acordo com o §1º do art. 31- A da Lei 4591/64:

> §1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

As informações fiscais, financeiras e contábeis deverão estar organizadas para consulta dos adquirentes interessados e Comissão de Representantes. Também segundo o art. 31-D da referida lei, é obrigação do incorporador fornecer trimestralmente ao Conselho de Representantes e adquirentes relatórios informando o andamento da obra e condições financeiras do empreendimento.

A abertura de Sociedade com Propósito Específico (SPE) para gerenciar o patrimônio apartado é opcional, utilizado quando grandes empreendimentos onde há a participação de várias empresas como investidoras.

2.2 Exigências da lei e cartorária

A instituição do Patrimônio de Afetação é efetuada no Cartório de Registro de Imóveis, concomitante com a incorporação ou em qualquer momento posterior, exigindo-se para o procedimento um termo requerendo o registro de afetação assinado pelo incorporador, instrumento que pode ser particular com firma reconhecida. Devem também assinar o termo os envolvidos que possuam compromisso de compra e venda do terreno a seu favor, registrado na matrícula do imóvel, proprietários do terreno caso não seja incorporadores e eventuais adquirentes das unidades autônomas com contratos registrados no Registro de Imóveis. Quando do registro da Afetação, com data posterior ao registro das incorporações, são renovadas as certidões fiscais, de protesto e ações civis e criminais, apresentadas no momento da incorporação, conforme art. 32 da lei 4591/64.

A existência de ônus sobre o terreno não impede a averbação do Patrimônio de Afetação, desde que o ônus seja relacionado a realização do empreendimento. Vedado a averbação caso o ônus seja referente contratos não relacionados ao empreendimento, conforme Parágrafo Único do art. 31-B da Lei 4591/64.

> Parágrafo único. A averbação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento.

Sobre hipoteca bancária diz a Súmula 308 do STJ: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. A Súmula confirma a independência dos adquirentes, excluindo a eficácia do ônus sobre a promessa de compra e venda.

A lei 4591/64 permite que quando grandes empreendimentos, planejado com construção, término e entrega aos adquirentes por etapas, o Patrimônio de Afetação também possa ser feito de forma fracionada, abrangendo somente a parte que será entregue de acordo com a programação. Na conclusão de cada fase programada

extinguem-se as obrigações do incorporador, como também, o Patrimônio de Afetação que será extinto de acordo com a lei 4591/64.

> Art. 31-E. O patrimônio de afetação extinguir-se-á pela: I - averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento; II - revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art. 36), ou de outras hipóteses previstas em lei; e III - liquidação deliberada pela Assembleia geral nos termos do art. 31-F, § 1º.

A extinção ocorre pelo registro dos títulos dos adquirentes e a quitação do incorporador a instituição financeira, pela revogação em razão de denúncia, ou outras hipóteses quando houver restituições dos valores aos adquirentes e pela liquidação por Assembleia Geral, em caso de falência.

2.3 Vantagem tributária

Após a averbação do Patrimônio de Afetação no Cartório de Registro de Imóveis poderá ser feita a opção pelo Regime Especial de Tributação (RET) junto a Secretaria da Receita Federal.

A Lei 10931/04 instituiu o Regime Especial Tributário (RET), que permite um sistema de recolhimento simplificado e com alíquota menor para as incorporações imobiliárias que adotem o regime de Patrimônio de Afetação.

Segundo o art.4º da referida Lei o RET concede uma alíquota única para os impostos federais de 4% unificando IRPJ (Imposto de renda pessoa jurídica), COFINS (Contribuição para financiamento da seguridade social); PIS/PASEP (Contribuição para o programa de contribuição social e formação do patrimônio do servidor público); CSLL (contribuição social para o lucro líquido).

O patrimônio afetado responderá somente pelas dívidas fiscais decorrentes da incorporação afetada, enquanto as demais dívidas tributárias não relacionadas à incorporação serão cobertas pelo patrimônio da empresa (Instrução Normativa RFB 1.435/13, art. 4).

Os créditos tributários devidos pela incorporadora referente ao RET não poderão ser parcelados, devendo ser pagos todos de uma vez e serão considerados definitivos não gerando direito a restituição ou compensação com o que for apurado pelo incorporador, conforme Art. 6º e 4º § 2º da Lei 10931/04.

Com o RET é estabelecido que cada empreendimento da incorporadora terá seu próprio CNPJ e atuará como um estabelecimento filial. Esse CNPJ continuará ativo até o fim das obras. O CNPJ de filial facilita o controle contábil e tributário, quando não utilizado SPE (Sociedade de Propósitos Específicos).

O RET não se trata de um benefício fiscal às incorporadoras, é sim um incentivo à atividade imobiliária, buscando proporcionar o aumento da eficiência e segurança do setor, garantindo ao adquirente que busca o direito de moradia e a dignidade humana.

Um estudo de caso efetuado por contadores em Londrina Paraná concluiu que o RET é vantajoso para algumas empresas. O artigo foi publicado na Revista de Estudos Contábeis, (2013, p. 16-17).

> Uma boa saída para diminuir a carga tributária principalmente por conta do IRPJ e CSLL, impostos estes que possuem uma relação direta com os custos

> apropriados, quanto maior o custo menor o valor dos impostos. Desta forma para a incorporadora estudada o regime do Lucro Real acaba se tornando inviável, uma vez que, custos menores não representam uma boa saída para diminuir carga tributária.

O Estudo baseou-se na análise de empreendimentos de um único incorporador o que não representa uma conclusão definitiva. Já a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019) considera o RET um bom incentivo para as empresas que são optantes ao Regime Lucro Presumido, não citando as empresas optantes do Lucro Real, por exigirem um estudo mais aprofundado de cada caso.

3. A OPÇÃO PELO CONSELHO DE REPRESENTANTES, A FISCALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO AOS ADQUIRENTES

3.1 Conselho de representantes

Formada por uma comissão de no mínimo três membros do condomínio, eleita em assembleia geral ou escolhidos através de contrato de incorporação, com a finalidade de representar os condôminos em todas as etapas da construção, exercendo acompanhamento, fiscalização e interferências quando necessário, como no caso de inadimplência ou insolvência do incorporador. A assembleia geral por maioria absoluta estipulará prazos do mandato dos conselheiros, alterará os membros e revogará seus atos se necessário, conforme regulamenta o art. 50 da lei 4591/64.

> Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F.

A função do Conselho de Representantes destina-se a preservar o Patrimônio de Afetação, buscando uma fiscalização preventiva. A existência da comissão não retira a responsabilidade do construtor sobre a qualidade da obra, prazos de entrega do imóvel ou outras obrigações que a lei atribui ao construtor, conforme § 1º do artigo 31-C da lei 4591/64.

> § 1º A nomeação a que se refere o caput não transfere para o nomeante qualquer responsabilidade pela qualidade da obra, pelo prazo de entrega do imóvel ou por qualquer outra obrigação decorrente da responsabilidade do incorporador ou do construtor, seja legal ou a oriunda dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, de construção e de outros contratos eventualmente vinculados à incorporação.

No caso de falência do incorporador, cabe ao Conselho de Representantes assumir a administração da obra. A decisão de deliberar sobre a continuação da obra com a contratação de outra construtora, ou extinção do patrimônio de afetação, cabe a assembleia geral que deverá ser convocada no prazo de sessenta dias, com quórum de dois terços, para decidir sobre as medidas a serem adotadas conforme art. 31-F § 1º da lei 4591/64.

3.2 Fiscalização

A fiscalização deve ser efetuada pelo Conselho de Representantes, mas isso não impede que os demais condôminos participem. As atividades do Conselho de Representantes importam em examinar documentação, lançamentos contábeis, cumprimento das obrigações tributárias ou mesmo materiais adquiridos. O incorporador tem o compromisso de enviar relatórios trimestrais ao Conselho de Representantes, constando a etapa da obra detalhada em porcentagens, adequação ao cronograma e os gastos financeiros condizente com a obra realizada, relatório firmado por profissional competente de acordo com o art. 31-D Inciso IV, da lei 4691/64. Cabe ao Conselho repassar as desconformidades que porventura encontrarem aos demais condôminos para discussão e providências.

O art. 31-C da lei 4591/64 autoriza a Comissão de Representantes ou Entidade Financiadora a nomear pessoa física ou jurídica para auxiliar na fiscalização do Patrimônio de Afetação, os custos neste caso são do contratante. No caso de a nomeação ser da Entidade Financiadora esta deverá repassar os relatórios a Comissão de Representantes. Em qualquer dos casos, a existência de um terceiro na fiscalização não transfere a responsabilidade do construtor sobre a qualidade da obra, prazo de entrega, ou qualquer outra obrigação do incorporador/construtor, nem retira o poder do ente que nomeou o terceiro de exercer o poder de fiscalizar.

A fiscalização do empreendimento por um Conselho de Representantes que atue na forma eficaz e preventiva, evita os desvios, fraudes, aumento de custos, futuros litígios por dilapidação do patrimônio afetado pelo incorporador em dificuldades financeiras.

Rizzardo (2019, p. 413) traduz:

> A falta de arrojo ou independência deixada pelo Legislador, que capitaneou perante o qual comanda o poder econômico. Em se mantendo a faculdade de decisão nas mãos do incorporador, retira-se a perspectiva de sucesso e eficiência do instituto.

A lei dita as regras para atuação do Conselho de Representantes, mas não há uma cobrança e fiscalização sobre a atuação e nem mesmo sobre a formação do Conselho. Há uma inversão de coerência já que a lei transfere ao devedor (incorporador) a decisão de constituir garantias patrimoniais. Tanto a formação do Instituto do Patrimônio de Afetação, como a formação do Conselho de Representantes fica a cargo do incorporador, que não fiscalizado, utiliza a lei a seu favor, como jogada de marketing, ou para atender exigências bancárias.

3.3 Proteção dos adquirentes

A proteção dos adquirentes e seu patrimônio somente se constata a eficácia, ou não, no momento que iniciarem os imprevistos e a obra começar a apresentar atrasos e sinais de má administração. Neste momento testa-se a efetividade da fiscalização tempestiva.

Na ocorrência de insolvência ou falência do incorporador o patrimônio afetado continuará preservado conforme art.31-F da Lei 4691/64.

> Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando

> a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

No entendimento de Rizzardo (2019), se os bens não bastarem para cobrir as obrigações o saldo ingressará como crédito privilegiado na falência. Se os produtos da venda dos imóveis remanescente não forem suficientes para cobrir as obrigações e os créditos dos adquirentes, justamente no que tange a diferença não reembolsada, os mesmos adquirentes se tornarão credores privilegiados, sendo que os bens particulares do incorporador respondem subsidiariamente.

A lei 11101/2005 regulamenta no art.119, inciso IX, a reserva do Patrimônio de Afetação até o cumprimento da sua finalidade específica, no momento que o administrador judicial arrecadará o saldo residual a favor da massa falida, ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

A decretação da falência atribui aos adquirentes a decisão sobre a continuação da obra ou a liquidação do patrimônio conforme consta no art. 31 da lei 4691/64.

> § 1º Nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembleia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.

Explica Rizzardo (2019) que a decisão dos condôminos em assembleia por dar continuidade da obra pode representar condições pesadas aos adquirentes. A tentativa de proteger o capital investido viabilizando a continuação do empreendimento, quando elevada as dívidas, poderão necessitar de novos aportes de capital, superiores ao contrato assinado. Considerando que a continuação da obra depende do pagamento de obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas vinculados ao patrimônio afetado, que tenham ocorrido até a data da decretação da falência. Esta condição quando não satisfeita obriga os adquirentes a liquidar o patrimônio de afetação e cada condômino é responsável solidário com a obrigação, na proporção de sua parte ideal. Ficarão sob rogados também nos direitos encargos e obrigações relativos a incorporação, inclusive as relacionadas ao contrato de financiamento da obra, se houver.

As unidades em estoque, no nome do incorporador do empreendimento, quando optado pela continuidade da obra poderá ser realizado a venda através de leilão público, conforme procede o art. 63 da lei 4691/64. O valor arrecadado faz parte do patrimônio afetado.

Em situação de quebra do incorporador é comum ocorrências adversas, como desvios e mau emprego de valores, ou dimensionamento de custos inferiores ao real, dificilmente livrando os adquirentes de mais aportes. A ocorrência de saldos positivos é quase impossível, mas ocorrendo devem ser entregue a massa falida de acordo com o art. 31-F, §13, da lei 4691/64.

O Patrimônio de Afetação reduz os riscos em comparação com outras formas de aquisição de bens imóveis adquiridos na planta, mas não zera o risco, como verificado nos casos a seguir ocorridos na região, que ocasionaram prejuízos aos adquirentes:

A Construtora Criciúma quando da ocorrência da Recuperação Judicial tinha oito edifícios lançados e a vendas na cidade de Joinville, destes, dois estavam em andamento com mais de 50% concluídos. Os demais ainda não tinham iniciados as obras e os compradores foram incluídos na Relação de Credores no processo de Recuperação Judicial. Consta que os dois empreendimentos em andamento na época, foram concluídos pelos condôminos depois de dois anos de espera com a obra paralisada. Ambos tiveram aporte de capital pelos condôminos e ainda tiveram que arcar com as despesas de moradia durante todo este período NDTV (2014). Dos 87 empreendimentos abandonados em SC, em 2014 pela construtora 33% foram concluídos pelos moradores que contrataram construtoras e aportaram recursos 30% estão em processo visando o acerto e o restante estão pendentes CAGNINI (2017).

A Construtora FMM Engenharia e o Residencial Marselha em Mafra –SC iniciou com alvará de construção em 2014 para construir 192 apartamentos financiados pela Caixa Econômica Federal, programa Minha Casa Minha Vida, para entrega em 2016. Em 2017 com obra já apresentando atrasos a construtora pediu Recuperação Judicial. As obras estavam com 87% concluídas. A Caixa Econômica Federal e o Seguro Garantia, contratação obrigatória nos financiamentos de empreendimentos, selecionaram outra construtora para término do empreendimento que somente finalizou em 2019. A obra foi entregue em 2020. A Caixa Econômica Federal e o Seguro Garantia assumiram os custos residuais Click/Riomafra (2020). Os adquirentes que arcaram com aluguéis durante o atraso da obra deflagraram ações judiciais contra a Caixa Econômica Federal e obtiveram êxito. O Conselho de Representantes não foi considerado ativo.

Na opinião de Melo (2018) há falhas na fiscalização, o fator que merece destaque é a falta da imposição de sanção aos incorporadores que desviarem os recursos do patrimônio de afetação, visto que não existe um órgão fiscalizador específico para realizar as vistorias necessárias e aplicar as limitadas penalidades descritas na Lei do Condomínio e Incorporações. Outros profissionais possuem conselhos e códigos de ética correspondentes à sua profissão, faz-se imprescindível a criação de um órgão que regulamente e registre o número de inscrições dos incorporadores e faça o acompanhamento dos profissionais que desenvolvem a atividade de incorporação.

Sobre o Conselho de Representantes, mesmo com os poderes atribuídos pelo art. 61 da lei 4691/64, não executa um trabalho atuante conforme Aghiarian (2015. p. 290).

> Infelizmente, a par de tantos mecanismos facultados pela lei insuficientes, é verdade, não se vê outra coisa senão a administração unilateral, impositiva e exclusiva dos incorporadores, ditando regras e impondo sua
> pessoal atuação na manipulação dos recursos e da contratação de bens e serviços, fazendo crer, aos promissários adquirentes, constituir-se um verdadeiro favor sua atuação. Verdadeira simulação de administração por condomínio, resultando em incorporação clássica, por empreitada.

Eventuais negligências dos representantes nomeados, por desconhecimento de seus deveres, omissão, ou mesmo conluio com os incorporadores, deixando a desejar no exercício de uma fiscalização eficaz, não tem se destacado como parte relevante nos litígios. Não há histórico, nos julgados, de inclusão do Conselho de Representantes nos polos passivos dos adquirentes, mesmo quando há vestígios de possíveis responsabilizações, principalmente por omissão.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A carreira profissional com atuação junto as construtoras e adquirentes motivou a pesquisa. A percepção das dificuldades dos empresários do ramo em empreender na construção civil, administrando a escassez de recursos financeiros, exigências em cumprir prazos, lidando muitas vezes com faltas de insumos, aumentos exagerados em outros vinculados a monopólios, além de intempéries climáticas, decisões judiciais gerando custos não planejados, mão de obra nem sempre especializada. As informações desencontradas envolvendo as partes no processo fez despertar o desejo de propor alterações. O desejo cria a necessidade de socializar apontamentos buscando mitigar os problemas.

A metodologia utilizada é qualitativa, do tipo bibliográfica e documental. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo e explicativo. A abordagem qualitativa, se apropria de métodos e técnicas para o estudo do objeto analisando primeiramente o seu histórico em comparação com a realidade atual criando um processo de reflexão e análise da evolução do tema, segundo (OLIVEIRA, 2017). Criando um processo de reflexão e interpretação de variáveis.

A bibliografia consiste em estudar literaturas existentes, mantendo-se nas mais recentes e atualizadas. Aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica evitando doutrinas de juristas com edições sobre legislações já revogadas. O estado de arte na pesquisa indica a atenção que os pesquisadores dão à temática a ser trabalhada, ao tema, subtemas e conteúdos priorizados (ROMANOWSKI, 2006). Consiste em procurar por obras a partir de conceitos jurídico eleitos, incluindo buscas de livros a partir de certas palavras escolhidas previamente, bem como de outras que surgirão dessa própria busca, focar a atenção no tema.

Ainda, a pesquisa é documental, ao acrescentar documentos jurídicos disseminados através de materiais bibliográficos, súmulas e julgados em formato eletrônico. Explica Gil (2019) que o meio eletrônico vem assumindo uma maior importância para a revisão da literatura a pesquisa feita em bibliotecas digitais, periódicos científicos, simpósios palestras em eventos, são apresentados atualmente apenas em versão digital. No momento atual os julgados e súmulas estão disponíveis para consultas na internet e nas Revistas dos Tribunais no formato digital.

O método dedutivo busca produzir um resultado que pode confirmar ou negar as hipóteses lançadas. Gil (2019 p.12) afirma “acordo com a acepção clássica, é o método que parte do geral para o particular. Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal”. Utiliza a razão na análise de várias premissas na busca da conclusão mais lógica.

A pesquisa é descritiva e explicativa, a primeira busca explicar a verdade, descrevendo características e variáveis, já a segunda procura explicitar a verdade com identificação dos fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Conforme Gil (2019, p. 25) “algumas pesquisas descritivas vão além da simples identificação da existência de relações entre variáveis, pretendendo determinar a natureza dessa relação. Neste caso, tem-se uma pesquisa descritiva que se aproxima da explicativa”. As pesquisas descritivas são utilizadas habitualmente para realizar pesquisas sociais visando a atuação prática. A pesquisa explicativa, quando mantido o grau de controle sobre as variáveis, atende o objetivo geral da pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Patrimônio de Afetação instituído pela Lei 10931/04 certamente trouxe mais segurança aos adquirentes, principalmente quanto à possibilidade de o Conselho de Representantes assumir a administração da obra quando da falência do incorporador, protegendo o patrimônio afetado. No entanto, muitas vezes a falência vem acompanhada de descapitalização do patrimônio afetado e, também, do incorporador, ocasionado por desvios, atrasos com aumentos de encargos, aumento dos custos por tempo de espera nos trâmites de pedidos e da aprovação da Recuperação Judicial, a qual não sendo exitosa acarretará posterior decretação de falência. Observa-se que são raros os casos de autorização judicial para que o Conselho de Representantes assuma a obra durante a Recuperação Judicial, haja vista que na concepção do magistrado a melhor alternativa é a continuidade da empresa, o que vai ao encontro do objetivo da Lei de Falências.

Cabe salientar que o término da obra sob administração do Conselho de Representantes também é dificultado pela obrigatoriedade de os condôminos colocar em dia os encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários relacionados ao empreendimento. Outro ponto que cabe evidência é que o não pagamento das obrigações fiscais inviabiliza que o Conselho administre a continuidade da obra. Como nem sempre o patrimônio afetado comporta tais encargos, mais o término da obra, resta aos condôminos a obrigação de aportar recursos ou sujeitar-se a receber os valores já investidos como credores preferenciais, no rol de credores da massa falida.

Estas dificuldades poderiam ser evitadas se fosse realizada uma fiscalização efetiva desde o início do empreendimento, porém o que ocorre é que apesar de prevista na legislação, não é obrigatória e a parte economicamente majoritária não a incentiva. Os adquirentes por sua vez, sendo hipossuficientes e mais vulneráveis não se impõem.

O incorporador utiliza o instituto como meio para captar recursos bancários, e, também, como argumento de marketing para incremento de venda dos imóveis com promessas de mais garantias, barateando os seus custos com financiamentos dos adquirentes. A responsabilização do Conselho de Representantes pela falta de fiscalização não é citada em julgados, nem sequer é cogitada a sua formação, considerado o rótulo de hipossuficiente e o caráter opcional da legislação.

O legislador necessita tornar itens hoje opcionais como compulsórios, a exemplo da própria opção pela instituição do Patrimônio de Afetação e a fiscalização do Conselho de Representantes. Falta também uma fiscalização sobre a efetivação do Patrimônio afetado e até mesmo pela sua segregação física. Não há fiscalização estatal ou dos condôminos e, quando existente, é precária.

Os bancos, por sua vez, têm exigido a instituição do Patrimônio de Afetação quando do financiamento do empreendimento, fazendo um controle paralelo do andamento da obra e liberação de recursos. Buscam captar do patrimônio segregado o valor em moeda corrente em seu favor, controlando a liberação deste de acordo com o andamento da obra. Evitar o atraso da obra influencia no retorno dos valores investidos. Substituem em parte o Conselho de Representantes. Este acompanhamento feito pelos bancos vem em defesa das responsabilizações sofridas pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando do atraso das obras, que responsabiliza o banco financiador pela ocorrência, condenando inclusive ao reembolso dos alugueis pagos pelos adquirentes durante o período de atraso da obra.

Quanto à vantagem tributária ocasionada pelo RET (Regime Especial de Tributação), as empresas que utilizam o sistema de declaração pelo lucro presumido consideram um excelente benefício fiscal.

Apesar de a legislação se apresentar carente de obrigatoriedades, resta aos envolvidos a atuação dentro dos princípios da boa-fé, haja vista que o incorporador ao lançar uma oferta pública de imóveis está se comprometendo com a economia popular, merecedora de tutela especial.

Evitar a lesão de direitos dos envolvidos deve ser um compromisso do empresário do ramo e fiscalizar os investimentos é um dever do investidor minoritário, no caso, o adquirente. Enquanto os itens elencados não forem supridos pela legislação, tornando-os obrigatórios, permanecem casos como os descritos pela imprensa, onde as partes sujeitam-se às manifestações públicas na busca de direitos desrespeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 315 p.

BORTOLON, Roberto Cavarra. **Os novos paradigmas contratuais e o regime de patrimônio de afetação.** Conteúdo jurídico, Brasília – DF. 2009. Não paginado. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16868/os-novos-paradigmas-contratuais-e-o-regime-de-patrimonio-de-afetacao. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 4591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário. Disponível em; http: //www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior da Justiça. **Súmula nº 308.** A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Disponível em: https://www.scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20BANC%C1RIO%27.mat. Acesso em 28.abr.2021.

CÂMARA BRASILEIRA DA IN DÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Desmistificando a incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação.** Brasília-DF, maio de 2019. 96 p. Disponível no site www.cbic.org.br/juridico. Acesso em: 09 set. 2020.

CAGNINI, Lariane. Um terço das obras paradas após crise é regularizado **REVISTA TMO BRASI**L; São Paulo - SP; 2017. Disponível em: https://www.tmabrasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/um-terco-das-obras-paradas-apos-crise-de-construtora-e. Acesso em 07 mar. 2020.

CLICKRiomafra. Mafra.26 jan.2017. Disponível em: https://www.clickriomafra.com.br/noticias/mafra/atraso-nas-obras-do-residencial-marselha-preocupa-compradores/. Acesso em 30 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena, **Direito em debate**, vol. 2, São Paulo, Almedina Brasil, 2020. 476 p.

EHARA, Aline Ochiro; KIMURA, Erika Tieme; FELIPE, Gessica Benicio; ALMEIDA Keli Gislaine; NOGUEIRA, Daniel Ramos; A adoção do patrimônio de afetação nas empresas de incorporação imobiliária: um estudo de caso em uma incorporadora da cidade de Londrina; **REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS,** V. 4, N. 7, P. 3-19, Londrina JUL./DEZ 2013. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rec/article/view/18330 Acesso em: 25 Mar 2021.

FONTELLES, Mauro José , Marilda Garcia Simões, Samantha Hasegawa Farias e Renata Garcia Simões Fontelles. **Scientific research methodology**: Guidelines for elaboration of a research protocol. Revista Paraense de Medicina, 23 (3), 2009

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 230 p.

LAZARE, Caio Cesar, et al. Patrimônio de Afetação: o caso Encol. **JUS BRASIL.** 2016. Não paginado. Disponível em: fttps://jus.com.br/artigos/47503/patrimonio-de-afetacao-o-caso-encol. Acesso em 12 set. 2020.

MACIEIRA, Hellen. O registro da incorporação imobiliária e seus aspectos seguros com o regime de afetação. Um estudo de caso da empresa Encol S.A. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n.4229, 29 jan. 2015. Não paginado. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/30940. Acesso em: 09 set. 2020.

MELO, Marisangela; **Riscos legais no patrimônio de afetação em incorporações imobiliárias;** Porto Alegre - RS; 22 out. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-22/marisangela-mello-riscos-legais-patrimonio-afetacao. Acesso em 07 mar. 2021.

NSCTOTAL. Joinville. 29 abr. 2017. Atualizada em: 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.nsctotal.com.br/noticias/em-tres-anos-numero-de-pedidos-de-falencia-e-recuperacao-judicial-dobra-na-construcao. Acesso em: 30 out. 2020.

PAULSEN, Leandro; AVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Leis de processo tributário comentadas:** processo administrativo fiscal protesto extrajudicial títulos de execução fiscal. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 819 p.

PETRECHEN, Lígia Caram. **O patrimônio de afetação e a sociedade de propósito específico nas incorporações imobiliárias.** Monografias, BEM USP, São Paulo, 2016. 87 p. Disponível em: http://poliintegra.poli.usp.br/library/pdfs/43908e001c8f13b7fa1d5ffdcf656317.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edílico e incorporação imobiliária.** 7.ed. Rio de Janeiro: Dorense, 2019. 653 p.

ROMANOWSKI, Joana Paulim, Romilda Teodora Ens. **As pesquisas denominadas do tipo "Estado de arte" em educação**. Diálogo Educacional, Curitiba, v.6, n.19, 37-50, 2006.

SERRA, Márcio Guerra; MONETE Hipólito Serra. **Registro de imóveis III:** Procedimentos Especiais**.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 222 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. 328 p.

A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO E O IMPACTO DA PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO COM ENFOQUE NO REFLEXO GERADO PELA LEI 13.467/2017

Naiara Cristina dos Anjos[1]
Luis Felipe Do Nascimento Moraes[2]

Resumo: O presente estudo trata sobre a uberização do trabalho e o impacto da precarização das relações de emprego com enfoque no reflexo gerado pela Lei Federal Brasileira 13.467/2017. Guarda importância tal discussão porque defende os direitos conquistados através da luta dos trabalhadores na história da humanidade e resguarda a garantia da manutenção destes direitos e a melhora na qualidade de vida dos trabalhadores atuais. Deste modo, a pesquisa visa compreender esta nova sistemática laboral do mundo moderno e o impacto causado pela precarização das relações de emprego com enfoque no reflexo gerado pela reforma trabalhista. Assim, a metodologia se faz com abordagem qualitativa, do tipo bibliográfico e documental. O método será dedutivo e a pesquisa será explicativa. Observa-se a partir dos resultados obtidos que, apesar do prometido pela reforma trabalhista, de que esta promoveria novos empregos à população, o que houve foi o aumento do índice de trabalho informal com a propagação de trabalhos modernos, como aqueles via aplicativo, sem as garantias comuns a um trabalhador registrado, mas que mantém caracterizada a relação empregatícia entre empregado e empregador.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Uberização do trabalho; Precarização; Reforma trabalhista.

INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista, substanciada na Lei 13.467/2017, surge com intuito de renovar a legislação antiga, considerando que as normas do código celetário de 1943 já se encontravam ultrapassadas, conforme defendido por alguns. Ainda, tal reforma foi rotulada por seus defensores frente a atual necessidade de aumento da criação de novos empregos. Assim, a reforma trabalhista surge num contexto conturbado de embate político travado. Em 31 de agosto de 2016, após julgamento no Senado Federal, a então Presidenta Dilma Rousseff teve seu mandato cassado, dando início ao governo de Michel Temer, atual vice-presidente na época.

Deste modo, frente a um cenário de fragilização econômica e política, o governo de Michel Temer trouxe consigo não somente a nova figura de um Presidente eleito de forma indireta, ao compor uma chapa eleitoral com uma Presidente deposta, mas também a proposta de recuperação do país. Tal situação política ofertou a possibilidade de mudanças estruturais significativas que encontraram espaço diante da convulsão social estabelecida.

Posto isto, o presente trabalho observou alguns pontos da reforma trabalhista, pontuações estas que significam uma pequena parcela frente às inúmeras mudanças e inovações absorvidas pela Lei 13.467/2017, mas que, com isso, pretendeu-se demonstrar a fragilidade contida em determinadas alterações que vão de encontro ao anseio de uma legislação capaz de regularizar o atual e moderno modelo de trabalho.

Verificou-se que, apesar da tese encarada em 1980, de que a classe trabalhadora estava prestes ao fim, tendo em vista o capitalismo cultivado pelas máquinas e assim, o labor seria dispendido sem a força de trabalho humano, o mundo moderno não abarcou

1. Egressa do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: naiarac.anjos@gmail.com.
2. Professor Doutor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Advogado. E-mail: lfmadv@terra.com.br.

tal situação, e o que se presencia hoje é a expansão dos trabalhadores no mundo digital, que caminham lado às flexibilizações e ao desmonte dos direitos e garantias trabalhistas.

Assim, o presente trabalho pretendeu contribuir para a discussão a respeito da precarização do trabalho no âmbito da era digital, a fim de se demonstrar essa precarização gerada no trabalho via aplicativo, conhecido como 'uberização' do trabalho, sustentando e defendendo a manutenção dos direitos e garantias dos trabalhadores. Este novo modelo de trabalho concede ao trabalhador um status de 'nanoempresário-de-si', sem as garantias comuns a um trabalhador registrado, mas que mantém caracterizada a relação empregatícia entre empregado e empregador.

1. O ENFRAQUECIMENTO DE DIREITOS TRABALHISTAS – O DISCURSO OFICIAL DA REFORMA TRABALHISTA E O DEBATE ACERCA DA PRECARIZAÇÃO GERADA

Parte considerável da doutrina brasileira pontua que a reforma trabalhista, substanciada na Lei 13.467/2017, surge com intuito de renovar a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, considerando que as normas do código celetário de 1943 já se encontravam, em partes, ultrapassadas, e principalmente, surge frente a atual necessidade de aumento da criação de novos empregos, conforme explicam Pipek, Dutra e Magano (2017). Neste mesmo sentido, lecionam Neto e Souza (2018) que a reforma foi uma das propostas que o governo federal adotou na tentativa de recuperar a situação crítica que vivenciava o país, frente aos elevados índices de desemprego e a economia paralisada, justificando, desta maneira, as alterações e os novos regramentos apresentados.

Assim, de modo inicial, importante esclarecer que a reforma trabalhista surge num contexto de embate político travado. Em 31 de agosto de 2016, após julgamento no Senado Federal, a então presidenta Dilma Rousseff teve seu mandato cassado, dando início ao governo de Michel Temer, atual vice-presidente na época. O processo de impeachment da ex-presidenta traçou divergências entre as opiniões públicas, polarizações, e teve como motivação a acusação de crime de responsabilidade, onde se alegou o cometimento das 'pedaladas fiscais'. Apesar do apoio recebido de movimentos como a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a ex-presidenta contava com parcela considerável de sua popularidade em baixa, tendo em vista o cenário de crise econômica e política que assolava o país, conforme esclarece a Agência do Senado (2016), em matéria publicada no próprio site.

Deste modo, frente a um cenário de fragilização econômica e política, o governo de Michel Temer trouxe consigo não somente a nova figura de um presidente eleito de forma indireta, ao compor uma chapa eleitoral com uma presidenta deposta, mas também a possibilidade de mudanças estruturais significativas que encontraram espaço diante do contexto delicado que o país vivenciava. Assim, com a justificativa de melhora do atual cenário na época, com a promessa de progresso econômico, o presidente Michel Temer traçou reformas que prometiam recuperar o rumo do país. É neste contexto que a reforma trabalhista se consubstancia. Deste modo, tem-se, por um lado, o discurso positivo do presidente da época, Michel Temer, encorajado através de novas mudanças estruturais, e por outro lado, críticos contrários ao novo governo e as reformas realizadas assinalam que, o que houve foi a promoção de medidas que fizeram emergir a figura de um Estado mínimo, abrindo terreno para o enfraquecimento de direitos fundamentais (RAMOS *et al*, 2017).

Assim, como forma de elucidar a fragilização dos direitos trabalhistas frente à reforma comentada, cumpre-se esclarecer que apesar dos apontamos aqui realizados, o presente trabalho considera o contraponto existente acerca do assunto. Neste sentido, reconhece-se que a Lei 13.467/2017 trouxe consigo importantes mudanças no campo material, processual e também sindical. Além disso, evidente que a forma do sistema de trabalho na época da Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) já não representa mais o atual cenário vivenciado atualmente pelos trabalhadores, conforme explica Weigand Neto e Souza (2018).

Superadas tais considerações, cumpre-se observar algumas alterações da CLT, com enfoque nas mais frágeis e precárias. Informa-se ainda que não será objeto do presente estudo todas as mudanças advindas da reforma, mas tão somente aquelas que exprimem a ideia de precarização do mercado de trabalho. Deste modo, no campo contratual, uma nova modalidade que merece destaque pelas discussões geradas é o contrato intermitente. Acrescido pela Lei 13.467/2017, o contrato intermitente é um novo tipo contratual que foi introduzido na redação do art. 443 e definido pelo parágrafo 3º do referido artigo.

O contrato intermitente possibilita que o trabalhador se mantenha subordinado ao empregador de acordo com as necessidades deste. Ou seja, o trabalho despendido não acontece de forma contínua, vai depender diretamente das necessidades do contratante, razão pela qual o pagamento dessas atividades se perfaz através do montante das horas trabalhadas, proporcionalmente, não havendo que coincidir a remuneração percebida com o salário mínimo vigente. O contrato intermitente é uma modalidade regulamentadora dos trabalhos considerados ‘temporários’, comumente conhecidos como ‘bico’ (WEIGAND NETO e SOUZA, 2018).

Assim, conforme explicam Teixeira *et al* (2017), tem-se nesta modalidade uma relação de trabalho altamente precarizada, uma vez que o trabalhador fica dependente da necessidade do empregador, que poderá fazer a convocação para a realização do serviço quando precisar. Os contratados passam a ter responsabilidade plena em se sustentarem no período de ausência de trabalho, ou seja, no período de maior fragilidade. Os trabalhadores, que deveriam ser possuidores de todas as garantias abarcadas pela CLT, vivem agora o que se chama de ‘trabalhadores *just in time*’, onde recebem proporcionalmente ao tempo trabalhado, gerando assim um contexto de subordinação do trabalhador, que passa a aceitar qualquer serviço oferecido. Os autores ainda lecionam que esse contexto proporciona uma situação de ampla precariedade ao trabalhador, por ter que encarar longas jornadas de trabalho, afinal, se vê obrigado a aceitar qualquer atividade diante da incerteza de contratação posterior.

Outro ponto (dos vários) da reforma trabalhista foi introduzido pelo art. 75-B da Lei nº 13.467/2017. O teletrabalho é uma nova modalidade de emprego apresentada que se perfaz pela possibilidade do empregado realizar suas atividades “fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (CLT, art. 75-B). O art. 75-D ainda prevê a disposição, em contrato escrito, da responsabilidade pelos equipamentos e infraestrutura necessária ao trabalho, além do reembolso ao funcionário pelas despesas despendidas. E ainda, o art. 75-E dispõe somente que o empregador deverá instruir seus funcionários a respeito do cuidado com a saúde laboral destes (WEIGAND NETO e SOUZA, 2018).

Neste sentido, Teixeira *et al* (2017) explicam que essa nova modalidade de trabalho faz acreditar que, realizando suas atividades em casa, o trabalhador terá mais tempo e

assim poderá efetuar outras atividades distintas, o que os autores não consideram como verdade, vez que as empresas continuarão monitorando seus empregados e exigindo os mesmos resultados, com a vantagem de que, a partir das regras e novas possibilidades apresentadas, aos trabalhadores recairão as responsabilidades dos encargos despendidos. Deste modo, os autores lecionam que o atual regramento que dispõe acerca do teletrabalho necessitaria de maiores definições a respeito dos direitos e deveres entre empregador e empregado, uma vez que entrega ao empregado a responsabilidade sobre encargos excessivos.

Além disso, apesar das alterações acerca dos tipos contratuais e novas modalidades de empregos, que não cessam nas categorias apresentadas acima, a jornada de trabalho foi outro ponto que obteve mudanças significativas em seu tocante. Teixeira *et al* (2017, p. 75) ensinam que as alterações apresentadas pela Lei 13.467/2017 trabalham com duas propostas, sendo a primeira relacionada a flexibilização da jornada, porque o empregado precisa ficar a disposição do empregador durante todo momento, e a segunda relacionada com a diminuição de custos do empregador com o empregado, mesmo que de modo indireto. Ademais, os autores (2017, p. 75) explicam ainda que “o pacote de alterações quanto à jornada promove a redução de direitos para o trabalhador”, uma vez que este se obrigada a cumprir jornadas mais severas de trabalho ante a instabilidade de sua remuneração, o que provocará efeitos em todas as áreas de sua vida.

Neste tocante, o parágrafo 5º do art. 59 da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, agora dispõe que a compensação pelo banco de horas pode ser feita também através de acordo individual escrito, mas para isso a compensação deverá ser realizada dentro de um período de 6 meses. Anteriormente tal ajuste somente poderia ocorrer através de pactuação por norma coletiva, conforme ensinam Weigand Neto e Souza (2018). A abertura para a negociação de forma direta entre empregado e empregador é certeira ao demonstrar tamanha fragilidade entre a relação empregatícia, uma vez que, por ser a parte mais fraca da relação e sem estar amparado pelo sindicato responsável, o empregado facilmente passará a ceder aos interesses do empregador, de acordo com Teixeira *et al* (2017).

Além das alterações apresentadas, que retratam uma parcela pequena frente a todas as alterações sofridas, outro ponto da Lei 13.467/2017 que merece destaque trata sobre a flexibilização de direitos e garantias dos trabalhadores. O art. 611-A dispõe sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, ou seja, mesmo que o decidido entre as partes seja menos benéfico aos trabalhadores, tal situação terá predominância em relação ao que esteja disposto em lei. Ademais, no tocante às questões de saúde e segurança do trabalho, Teixeira *et al* (2017) lecionam que, em que pese a impossibilidade de cortes relacionados a este ponto, o conjunto das alterações dispostos pela reforma trabalhista atingem diretamente a saúde e segurança do trabalhador.

Considerações tecidas, ressalta-se mais uma vez que as alterações aqui comentadas são uma pequena parcela das inúmeras mudanças e inovações absorvidas pela Lei 13.467/2017. Desta forma, pretendeu-se demonstrar a fragilidade contida em alguns pontos que vão de encontro ao anseio de uma legislação capaz de regularizar o atual e moderno modelo de trabalho. Antunes (2018) observa que, em 1980 o mundo encarava uma tese de que a classe trabalhadora estava prestes ao fim, onde o capitalismo cultivado pelas máquinas e assim, o labor dispendido sem a força de trabalho humano, se consolidaria num futuro próximo. Apesar disso, o autor esclarece que o mundo moderno não abarcou tal situação, e o que se presencia hoje é a expansão dos

trabalhadores no mundo digital, que caminham lado à intermitência e outras flexibilizações afins.

Para Delgado (2017), o Direito, em todas as suas matérias, se debruça a dedicar-se ao contexto histórico que vive, atendendo assim às circunstâncias que ali se perfazem por motivos momentâneos, onde, da mesma forma, o Direito do Trabalho faz parte de tal constatação. O autor (2017, p. 54) leciona ainda que a finalidade do Direito do Trabalho se perfaz pela "melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica" e que, não atingindo tal finalidade, deixaria de exercer o objetivo principal frente à sociedade. Deste modo, é possível perceber, a partir da análise da Lei 13.467/2017, que a função social e histórica relativas ao Direito do Trabalho, em partes, não se manteve, tendo em vista o evidente contexto de precarização gerado.

Na contramão de uma das promessas promovidas pelo discurso que antecedeu e motivou a reforma trabalhista, Teixeira *et al* (2017) são categóricos em afirmar que a redução ou retirada de direitos trabalhistas jamais resultará na criação de novos empregos. Os autores explicam que, apesar da evidente evolução social, os trabalhadores se encontram na mesma posição de hipossuficiência que sempre ocuparam e ainda, tentar usar a evolução social como motivo para a mascarada modernização das relações de emprego trata-se de um discurso, por vezes, romantizado. Desta maneira, a relação existente entre empregado e empregador não abre espaço de igualdade para livre e justa negociação, uma vez que ao trabalhador cabe resguardar necessidades inerentes a sua subsistência.

Deste modo, é paradoxal que as mudanças oriundas da reforma trabalhista, através da Lei 13.467/2017, que cria novas hipóteses de contratação e com maiores facilidades para a patronal, no atinente a remuneração, jornada de trabalho, negociação individual e coletiva, e extinção do contrato de trabalho, passem a gerar um contraditório movimento do mercado de trabalho em avanço a formas autônomas ou 'empreendedoras' sem vínculo empregatício, sem qualquer tutela trabalhista.

Dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, relativos ao trimestre de novembro a janeiro de 2019, apontaram que a informalidade no país atingiu nível recorde de 40,7% da população, correspondente a 38,3 milhões de brasileiros. Da mesma forma, os trabalhadores por conta própria também obtiveram aumento significativo, onde corresponderam a 24,6 milhões de pessoas, que confrontado com o trimestre antecedente, constatou-se o aumento de 200 mil trabalhadores. Ainda, observou-se que o mesmo trimestre do ano anterior, novembro de 2018 a janeiro de 2019, houve acréscimo de 745 mil pessoas (3,1%). Ademais, os trabalhadores sem carteira assinada alcançaram 11,7 milhões de pessoas, que mesmo com a conservação do número em comparação ao trimestre anterior, teve aumento significativo em relação ao trimestre igual do ano antecedente, registrando o acréscimo de 419 mil trabalhadores (3,7%).

A mesma pesquisa realizada pelo IBGE atinente ao trimestre de fevereiro a abril no ano de 2017 demonstrou que os trabalhadores por conta própria corresponderam ao número de 22,3 milhões de pessoas, ou seja, de 2017 a 2019, observando semestre igual em ambos os anos, tem-se o acréscimo de 2,3 milhões de pessoas nesta categoria. No tocante a categoria de trabalhadores sem carteira assinada, o número constatado correspondeu a 10,3 milhões de pessoas, 1,4 milhões de trabalhadores a menos nesta categoria, que no ano de 2019. Ainda, restou configurado que no de 2018 o número de trabalhadores brasileiros realizando atividades como taxistas, cobradores de transporte

público e motoristas de aplicativos alcançou o pleno de 3,6 milhões de pessoas, significando uma alta de 810 mil trabalhadores (29,2%) que no ano anterior. Ou seja, observou-se que mesmo após a Reforma Trabalhista houve uma crescente no número de pessoas ocupando os trabalhos informais no país.

Em meados de 2019 um trabalhador de 33 anos que prestava seus serviços para a empresa *Rappi* teve um mal súbito e faleceu durante uma de suas entregas. O trágico acontecimento foi marcado pelo abandono sofrido pelo trabalhador, que ficou por duas horas aguardando atendimento médico e sem nenhum amparo por parte da empresa (AGUIAR, 2019). Por óbvio, não se atribui tal infortúnio à reforma trabalhista, mas sim ao complexo conjunto das circunstâncias que esta se insere, diante às alterações das leis e o enfraquecimento do sistema protetor social trabalhista. É neste contexto que a reforma se apresenta, sugerindo aos trabalhadores a necessidade de fazerem parte "de uma concorrência predatória em que as ofertas são escassas, as formas de proteção rareiam e a remuneração é insuficiente", como bem explicam Krein, Oliveira e Filgueiras (2019, p. 130), sendo esta a única maneira de se inserirem no mercado de trabalho. É sobre esse fenômeno social e jurídico que se passa a analisar.

2. INFORMALIDADE DO TRABALHO - O TRABALHO VIA APLICATIVO E A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

2.1 Aspectos funcionais das plataformas digitais (aplicativos) e suas características

De modo inicial, cumpre-se apresentar o objeto aqui analisado. Como bem explica Baboin (2017, p. 330), "o trabalho sob demanda via aplicativos" tem surgimento com o avanço tecnológico e com as novas necessidades de vida do ser humano. Desta maneira, o autor leciona que o desempenho do objeto em análise se perfaz através do trabalho despendido por determinada pessoa, trabalho este que deverá ser flexível, uma vez que sua operação dependerá diretamente da necessidade dos usuários do aplicativo a ser utilizado, ou seja, o trabalhador deverá se manter a disposição da empresa pelo maior tempo possível.

As empresas que utilizam o trabalho por aplicativo, via de regra, organizam-se a partir de uma mesma estrutura. Baboin (2017) analisou a empresa *Uber*, sua organização e funcionamento, tendo em vista o destaque obtido pelo rápido crescimento e por conta das atuais discussões envolvendo o nome da empresa. O autor (2017, p. 332) explica que a *Uber* "é classificada como uma TNC (transportation netowork company), uma companhia que usa uma plataforma digital on-line para conectar passageiros como motoristas, que utilizam seus carros privados para o trabalho". Destaca-se que as empresas que utilizam o trabalho por aplicativo além da *Uber*, como *Ifood*, *Reppi*, e inclusive a *Uber Eats*, entre outras, partem de igual estrutura, onde a figura do trabalhador é crucial para o funcionamento do serviço oferecido por essas empresas.

Desta forma, a *Uber* faz uma espécie de ponte entre os motoristas cadastrados e os usuários de seu aplicativo. O serviço organizado pela *Uber* se perfaz a partir de um aplicativo que disponibiliza ao usuário deste serviço contatar o motorista credenciado, onde, para isso, ambos necessitam ter o aplicativo baixado em seus celulares, com conexão via internet. O aplicativo é acessível a todas as pessoas, e não exige o pagamento de nenhuma taxa de utilização ao usuário. Ainda, ao usuário são concedidas informações diversas, estas que dizem respeito ao motorista selecionado, ao veículo que

será utilizado, a rota seguida e também quanto ao valor aproximado da viagem (ABÍLIO, 2017).

Em contrapartida, explica Baboin (2017, p. 333), “se o acesso como cliente é simples e aberto, o processo para acessar o sistema como motorista é bem mais complicado”. Isso porque, para ter acesso à plataforma digital e garantir uma vaga como motorista, o trabalhador precisa preencher os requisitos estabelecidos pela empresa. Após esta etapa, o trabalhador fica rastreado por tempo contínuo através de equipamento *Global Positioning System* - GPS. A *Uber* acompanha o transporte através de sua plataforma digital e a valoração do percurso se dá a partir do espaço percorrido, além do tempo estimativo da corrida.

Baboin (2017, p. 334) ainda observa que, examinando o modo de funcionamento da *Uber*, “pode-se perceber que os dois principais recursos utilizados são: trabalho humano e infraestrutura de processamento de dados”. O aplicativo da *Uber* depende de profissionais como engenheiros de sistema e outros para que o aplicativo seja aprimorado e mantido constantemente. Ademais, tendo em vista o alcance a nível internacional, o autor (2017) expõe a necessidade de uma equipe responsável pelos assuntos burocráticos da empresa. Apesar disso, a empresa *Uber* possui somente 27 mil funcionários, um número muito pequeno se for considerar a quantidade de empregados autônomos que figuram na posição de motoristas da Uber; 5 milhões no mundo, conforme dados retirados do próprio site da empresa.

2.2 Análise da relação de trabalho existente – Caracterização da relação de emprego

O termo ‘uberização’ trata-se de “um novo estágio da exploração do trabalho, que traz mudanças qualitativas ao estatuto do trabalhador, à configuração das empresas, assim como às formas de controle, gerenciamento e expropriação do trabalho”, conforme explica Abílio (2017, n.p). Assim, a autora observa que este novo modelo de trabalho concede ao trabalhador um status de ‘nanoempresário-de-si’, sem as garantias comuns a um trabalhador registrado, mas sem descaracterizar a relação de subordinação entre empregado e empregador. Desta forma, as empresas que se utilizam da ‘uberização’, aproveitam das ferramentas que permitem transmitir aos trabalhadores encargos relativos a realização do serviço. Antunes (2018, p. 16) chama de “escravidão moderna na era digital” essa nova situação, tendo em vista a ampliação forçada do tempo de trabalho despendido pelos trabalhadores e a absorção dos direitos e garantias trabalhistas.

Como observado no tópico anterior, as empresas que operam via aplicativo oferecem seu serviço em troca da obtenção de lucro. No caso da *Uber* o serviço oferecido é o transporte de pessoas, e no caso de empresas como *Ifood*, *Rappi* e *Uber Eats*, o serviço prestado é a entrega de comida via internet. Desta maneira, explica Baboin (2017) que, apesar do trabalho realizado estar concentrado no motorista/entregador, estes trabalhadores não são registrados pelas empresas exploradoras do serviço. Baboin (2017, p. 336) esclarece ainda que a *Uber*, em específico, declara ser tão somente “uma plataforma que conecta motoristas autônomos e usuários de serviços, não efetuando controle da mão de obra e da prestação de serviços”.

Desta forma, evidente a tentativa da empresa *Uber* em se eximir de possíveis encargos na hipótese de caracterização da relação de emprego. Em que pese o alegado pela empresa, Baboin (2017) leciona que o Direito do Trabalho é pautado pelo princípio da primazia da realidade. Independente da definição utilizada pela Uber no tocante à relação existente, o que será levado em consideração ao assunto é a situação fática

vivenciada entre a empresa e o trabalhador. Assim, “a realidade fática na execução do contrato prevalece sobre o aspecto formal das condições nele avençadas”, ou seja, apenas as alegações da empresa na tentativa de afastar a caracterização da relação de emprego não são suficientes (LEITE, 2019, p. 112).

No tocante a caracterização do vínculo empregatício existente entre os trabalhadores e estas empresas que operam via aplicativo, Baboin (2017, p. 336) leciona que “no Brasil, o vínculo empregatício se caracteriza por cinco elementos essenciais: labor por pessoa física, com onerosidade, habitualidade, pessoalidade e subordinação”. Assim, para que a relação de emprego seja caracterizada, imperioso se faz a constância destes cinco elementos na relação laboral existente. De acordo com Leite (2019) a não caracterização do vínculo é exceção, e a partir disso, necessário será a comprovação de inexistência de um dos elementos acima expostos para que a relação empregatícia não seja caracterizada. Na falta deste, o que se mantém, então, é a caracterização do vínculo.

O primeiro elemento caracterizador é o trabalho despendido por pessoa física. Na situação fática analisada, evidente que para oferecem seus serviços, as empresas que operam via aplicativo necessitam, essencialmente, do trabalhador na pessoa do motorista (*Uber*) ou então do entregador de alimentos (*Uber Eats*, *Rappi*, *IFood*), a fim de realizarem a atividade-fim. Desta forma, estas empresas admitem os trabalhadores de forma direta, sem a necessidade da criação de um CNPJ, o que inclusive, caso fosse necessário, representaria uma ilegalidade, haja vista que, como leciona Baboin (2017), os Tribunais trabalhistas repreendem tal prática, a então chamada ‘pejotização’.

Além disso, Abílio (2017, n.p) esclarece que a pessoalidade é outro elemento constante na relação de emprego que se analisa, uma vez que essas empresas que operam via aplicativo selecionam os trabalhadores e os colocam na função de motoristas ou entregadores, sendo impossível a substituição deste trabalhador durante a execução das atividades laborais sem o consentimento da empresa. Ademais, a autora (2017) ressalta que o aplicativo possui uma ferramenta de avaliação do motorista/empregador pelo usuário. Tal avaliação é considerada através de uma nota auferida por parte dos usuários, onde os trabalhadores necessitam manter nota mínima para continuarem habilitados na plataforma.

Tal avaliação serve também para constatar a presença de outro elemento, qual seja, a subordinação. Conforme esclarece Baboin (2017), essas empresas que operam via aplicativo são empresas que oferecem determinado serviço ao usuário. As empresas aqui consideradas não são o aplicativo em si, mas utilizam de tal ferramenta a fim de alcançarem o objetivo final. Assim, o autor (2017) demonstra que a subordinação na relação de emprego fica evidentemente caracterizada nas instruções que são repassadas aos trabalhadores pelas empresas. A *Uber*, por exemplo, indica aos motoristas qual vestimenta adequada, a forma como se portarem com os usuários, o oferecimento de água e balas, entre outros. O autor (2017) ainda explica que, apesar de simplórios, tais elementos caracterizam a subordinação do trabalhador em relação à empresa.

Outro elemento caracterizador é a onerosidade. Assim, da mesma forma que em qualquer outro trabalho, o trabalhador via plataforma digital despende seus esforços na intenção de obter remuneração pelos serviços prestados. Desta forma, tal remuneração será auferida pela quantidade de corridas/entregas realizadas. De acordo com as informações constantes no próprio site da empresa *Uber*, por exemplo, o valor a ser pago é realizado de maneira direta pela *Uber* ao trabalhador, que faz repasses semanais com base nos dados das viagens efetuadas e armazenadas no aplicativo. E ainda na hipótese de o motorista receber o pagamento da viagem realizada diretamente pelo usuário, “as

margens de lucro da *Uber* são imediatamente garantidas mediante bloqueio dos créditos semanais dos transportes pagos pelo aplicativo", como explica Baboin (2017, p. 339).

Ademais, no tocante a habitualidade, último elemento a ser analisado, Baboin (2017) leciona que esta não se encontra caracterizada no cumprimento de determinada carga horária, ou então de horário estabelecido para o exercício das atividades. Assim, a habitualidade se caracteriza pela permanência do trabalhador, com a intenção do motorista/entregador de permanecer em suas atividades sem prazo determinado.

3. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

Como se pode observar acima, a uberização do trabalho é uma nova organização de emprego que, atualmente, não abarca as garantias trabalhistas, conforme explica Abílio (2017, n.p), uma vez que a relação de emprego ainda não foi regulamentada a nível nacional. Apesar disso, a jurisprudência atual se mostra conflitante acerca dos posicionamentos adotados nas decisões proferidas, uma vez que a situação vem se tornando recorrente e criando forças em relação aos ajuizamentos de ações que buscam a caracterização do vínculo empregatício, como explica Mendonça (2020). Deste modo, aborda-se abaixo algumas decisões relacionadas ao tema.

Em acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho - TST nos autos do processo nº TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038, em julgamento realizado no dia 05 de fevereiro de 2020, a Quinta Turma não reconheceu o vínculo empregatício entre um motorista e a empresa *Uber*, entendendo pela falta de subordinação na relação estabelecida. Assim, explicou o relator, ministro Breno Medeiros, que restou demonstrada a possibilidade do trabalhador ficar ativo no aplicativo de acordo com sua vontade, havendo flexibilidade da jornada de trabalho.

A sentença de origem também não reconheceu o vínculo empregatício requerido pelo motorista. Em contrapartida, a decisão foi reformada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), que ao contrário da sentença de origem e da decisão proferida pela Quinta Turma do TST em momento posterior, entendeu presentes os elementos necessários para a caracterização do vínculo, que correspondem a: não-eventualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação.

Deste modo, a empresa *Uber* recorreu da decisão reformada pelo TRT, onde interpôs Recurso de Revista, mas teve o seguimento do recurso negado. Na sequência, a empresa interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão denegatória, que foi conhecido e julgado. Assim, a agravante manteve sua argumentação no sentido de ser tão somente uma empresa mediadora, que não se configura numa empresa de transporte. Ainda, a agravante alegou que o agravado concordou com as condições referentes ao serviço oferecido, que ficou demonstrado a oportunidade do trabalhador não sofrer penalidade ao permanecer *off-line* no aplicativo, tendo este total liberdade quanto a sua jornada de trabalho, que o agravado confessou poder ficar com o aplicativo desligado, que a sugestão de valoração das corridas não enseja subordinação e que a avaliação que o motorista fica sujeito no aplicativo tem o condão de preservar o coletivo.

Assim, a turma entendeu pelo merecimento da reforma da decisão recorrida. Em momento inicial, considerou configurada a confissão do agravado quanto a possibilidade de permanecer desligado do aplicativo pelo tempo que quisesse, demonstrando assim a flexibilidade da jornada do trabalhador conforme sua vontade própria. A decisão também aduz que tal flexibilidade implicaria na possibilidade do agravado ter controle sob sua rotina e todos os outros pontos relativos à atividade exercida, o que marcaria a

impossibilidade de caracterização do vínculo empregatício, uma vez que a subordinação, neste momento não caracterizada pela turma, seria requisito exigido para tal. Além disso, a decisão alega ser incontroverso o fato do agravado ter adquirido os serviços prestados pela agravante, fazendo uso do aplicativo disponibilizado por esta e que o montante percebido pelo motorista, uma média entre 75% a 80% do valor percebido por corrida, configura valor mais vantajoso, incompatível com a relação de emprego.

Por fim, a decisão observa as alterações sofridas no mundo do trabalho tendo em vista o avanço tecnológico, e pondera que cabe a justiça do trabalho observar essas novas situações e resguardar os princípios basilares da relação de emprego, com a ressalva de que todos os seus elementos necessitam restar configurados, e ainda, que não se pode barrar esses novos modelos de trabalho, que adotam critérios mais despojados, na intenção de proteger os trabalhadores. Assim, declara que a decisão do Tribunal Regional afronta o art. 3 da CLT, motivo ensejador ao provimento do agravo de instrumento interposto, transmutando-o para recurso de revista, fazendo o conhecimento deste e dando-lhe provimento, restando assim, negados todos os requerimentos da inicial.

Deste modo, em relação ao tema, restou aberto o primeiro precedente em tribunal superior, em que pese a decisão tenha promovido efeito imediato apenas para o caso julgado naqueles autos. Isto porque, até o momento do julgamento, tão somente os tribunais de graus inferiores haviam se pronunciado a respeito do tema julgado, e as decisões proferidas até então apresentavam divergência acerca da possibilidade ou não da caracterização do vinculo empregatício. Destaca-se que os tribunais não são obrigados a julgarem suas demandas de acordo com os parâmetros da decisão observada acima, no entanto, evidente que poderá servir como paradigma para ações que versarem sobre o conflito em comento (MENDONÇA, 2020).

Ademais, em observação a decisão proferida no dia 27 de janeiro de 2020, dias após a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública de nº 1000100-78.2019.5.02.0037, julgou improcedente a ação movida pelo Ministério Público do Trabalho em face da empresa *Ifood*, que pleiteava o reconhecimento do vínculo empregatício entre a empresa e os entregadores de comida. Em síntese, a sentença proferida pela 37ª Vara do Trabalho de São Paulo não reconheceu a caracterização da condição de empregado dos trabalhadores por entender pela falta dos requisitos necessários. A juíza Shirley Aparecida de Souza Lobo Escobar entendeu que os trabalhadores possuem plena autonomia sobre as atividades desenvolvidas, decidindo os dias e horários a serem trabalhados, decidindo pelas chamadas que serão atendidas e ainda, podendo optar pelo aplicativo da empresa que melhor preferir, ou então, se habilitar em mesmo momento nos aplicativos que bem entender, não caracterizando, assim, a figura da subordinação.

Na contramão dos entendimentos proferidos nas decisões acima, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região de São Paulo decidiu pela caracterização da relação de emprego entre um entregador de comida e a empresa *Rappi*, em decisão proferida nos autos da reclamatória trabalhista de nº 1000963-33.2019.5.02.0005, que reformou a decisão *a quo.* Desta feita, restou evidenciado nos autos a existência de todos os requisitos necessários para a caracterização do vínculo empregatício. A decisão fundamentou seu entendimento no sentido de que a reclamada *Rappi* se trata de empresa '*crowdsourcing*', que através de uma plataforma digital comercializa o serviço oferecido, serviço este que se utiliza de trabalho desenvolvido por pessoa física para ser realizado. No tocante a caracterização da subordinação, característica não considerada presente

nas decisões apresentadas acima, o relator responsável, desembargador Francisco Ferreira Jorge Neto, observa que esse requisito encontra-se presente na estrutura do aplicativo, que é o meio pelo qual se determina ao trabalhador o modo de como as atividades deverão ser realizadas.

Como observado acima, as decisões que versam sobre o reconhecimento do vínculo empregatício entre os trabalhadores (motoristas e ou entregadores) se encontram em divergência. Dito isto, é preciso esclarecer que a nível internacional o vínculo já foi reconhecido por vários outros países. Existem decisões favoráveis na Inglaterra, Suíça, França e Espanha. Nos Estados Unidos, em decisão proferida pela "*New York State Unemployment Insurance Appeal Board*", fora reconhecido o vínculo empregatício entre motoristas e a *Uber*, onde a decisão entendeu pelo "recrutamento extensivo, o treinamento e a supervisão realizados pela empresa de transporte por aplicativo como práticas que evidenciam que os motoristas são empregados, e não trabalhadores autônomos", além disso, entendeu-se que a avaliação realizada pelos usuários do aplicativo e as advertências tomadas pelos motoristas seriam pontos consideráveis para a caracterização da relação empregatícia (CARELLI, 2018, n.p).

Vespa (2020), em matéria disponibilizada pelo site UOL, abordou recentemente a nova situação vivenciada por todos no mundo: a pandemia disseminada pelo novo COVID-19. Apesar do vírus não possuir barreiras no atinente a sua contaminação, tendo em vista que todos estão expostos a este, os trabalhadores que não possuem o privilégio de realizarem suas atividades laborais no conforto de suas casas são os que mais estão sofrendo diante de tal conjuntura. Deste modo, os trabalhadores de aplicativo (além de outros profissionais, como os da área da saúde e afins) hoje também são linha de frente na vivência (ou sobrevivência) do novo contexto gerado pela situação inusitada que causou surpresa e que instaurou um completo caos principalmente na vida daqueles que, sem escolhas, precisam enfrentar tal circunstância para manter suas famílias. Assim, a jornalista (2020) abordou a temática e tentou demonstrar como as empresas que operam via aplicativo estão agindo em relação ao cuidado com a saúde dos trabalhadores habilitados em suas plataformas.

De acordo com a matéria houve um aumento significativo neste ano em relação às mortes de motoboys. O último mês de março de 2020 contou com um número de 39 óbitos. No mesmo mês dos anos antecedentes, 2019 e 2018 o número foi de 21 e 22, respectivamente. Tais dados foram disponibilizados pelo governo do estado de São Paulo. Em que pese não exista um estudo acerca das causas dessas mortes, se foram promovidas pelo novo covid-19 ou se por outros fatores, o presidente da Associação dos Motofretistas de Aplicativos e Autônomos do Brasil – AMBAR, Edgar Francisco de Silva, em resposta à jornalista, informou que a pandemia promoveu o aumento das chamadas via aplicativo, e, consequentemente, o aumento dos entregadores à disposição. Na defensiva, as empresas mantém posicionamento de estarem fornecendo medidas protetivas aos trabalhadores, como entrega de equipamentos de proteção individual – EPI, e outras medidas necessárias. Na contramão do alegado, os trabalhadores informam que muitos estão encontrando dificuldades na retirada destes equipamentos, e que nem sempre estes estão sendo de fato distribuídos, demonstrando medo por terem que encarar a nova situação sem a proteção necessária.

O novo momento encarado pelos trabalhadores que operam via aplicativo demonstra claramente a fragilidade da relação existente entre estes e as empresas contratantes. Como já observado, resta evidente que a uberização do trabalho transfere os riscos do trabalho, quais sejam, de segurança e medicina, ao trabalhador, além dos

custos para se manterem ativos. A medida provisória nº 927/2020, que trata sobre as medidas trabalhistas de combate ao novo COVID-19 determinou, em seu art. 29, que comprovado o nexo causal entre a contaminação do trabalhador e o trabalho exercido, será considerado pela doença ocupacional. Tal determinação teve suspensão posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que em julgamento às Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354, suspendeu o trecho que impõe a comprovação do nexo causal (que seria ônus do trabalhador). Em que pese a recente suspensão do referido artigo pelo STF e a discussão gerada acerca do assunto, fato é que, caracterizada a doença ocupacional nestes casos de trabalhadores contaminados, os trabalhadores que operam via aplicativo mais uma vez ficam distantes de tal proteção garantida e de uma possível indenização que tal situação poderá prover ao trabalhador.

A fim de salvaguardar os direitos destes trabalhadores, fora apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1665/2020, pelos deputados Ivan Valente e Luiza Erundina, ambos do PSOL/SP. Tal projeto dispõe especificamente sobre as garantias dos trabalhadores que operam via aplicativo durante a pandemia. Em justificativa ao projeto apresentado, observou-se que os trabalhadores que operam como entregadores são essenciais à manutenção do isolamento social. Em que pese a evidente relevância do trabalho realizado, a precarização das atividades dispendidas por estes trabalhadores específicos é latente. Uma das determinações trazidas pelo projeto que possui 11 artigos em sua totalidade é a contratação de seguros, por parte das empresas, para os trabalhadores cadastrados (art. 3º). Ademais, outro ponto que merece destaque é o dever, por parte das empresas responsáveis pelos aplicativos, de proverem assistência financeira ao trabalhador acometido pelo novo COVID-19, ou que esteja sob suspeita da doença (art. 4º). Atualmente, o projeto se encontra na presidência da Câmara dos Deputados, esperando para ser despachado. Caso aprovado, o projeto significaria um acalento aos trabalhadores que, dia após dia, enfrentam a pandemia sem condições necessárias ao desenvolvimento de suas atividades, e sem os direitos garantidos advindos da caracterização da relação empregatícia, caso considerado pelo judiciário.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo estudar a uberização do trabalho e o impacto da precarização das relações de emprego com enfoque no reflexo gerado pela Lei Federal Brasileira 13.467/2017, onde fora analisado, por fim, decisões judiciais correspondentes ao tema em questão.

Assim, percebeu-se inicialmente que a reforma trabalhista surge num contexto conturbado de embate político e ainda, frente a um cenário de fragilização econômica e política. Diante de tal situação o discurso que se mantém para impulsionar a reforma é o de renovação da legislação celetista e a criação de novos empregos.

Posto isto, o presente trabalho observou alguns pontos da reforma trabalhista, que significam uma pequena parcela frente às inúmeras mudanças e inovações absorvidas pela Lei 13.467/2017, mas que, com isso, pretendeu-se demonstrar a fragilidade contida em determinadas alterações que vão de encontro ao anseio de uma legislação capaz de regularizar o atual e moderno modelo de trabalho.

Percebeu-se que, apesar do discurso impulsionado pela reforma trabalhista, apesar do prometido, a partir de dados oficiais restou demonstrado um aumento significativo no índice de trabalho informal, com forte incentivo das políticas neoliberais no âmbito

trabalhista, como por exemplo, a ideia romântica de que o trabalho informal pode promover a independência financeira do trabalhador, que o trabalhador pode ter a oportunidade de não responder diretamente a figura de um chefe, sendo ele mesmo o seu próprio chefe e detentor da responsabilidade por seus ganhos.

No tocante a jurisprudência, notou-se que tanto em âmbito nacional quanto internacional, muitas são as ações ajuizadas por trabalhadores na tentativa de reconhecimento do vínculo empregatício. Assim, as decisões acerca do tema 'uberização' demonstraram divergência quanto a seus argumentos, onde no Brasil ainda não houve decisão do Tribunal Superior reconhecendo o vínculo de emprego.

Apesar disso, verificou-se através do estudo do funcionamento das empresas que atuam via aplicativo, a possibilidade de caracterização da relação de emprego, em que pese os argumentos contrários destas empresas, na tentativa de se desvencilharem dos possíveis encargos trabalhistas.

Assim, o presente trabalho contribuiu para a discussão a respeito da precarização do trabalho no âmbito da era digital, onde demonstrou-se a precarização gerada no trabalho via aplicativo, conhecido como uberização do trabalho, sustentando e defendendo a manutenção dos direitos e garantias dos trabalhadores. Deste modo, restou verificado que este novo modelo de trabalho concede ao trabalhador um status de 'nanoempresário-de-si', sem as garantias comuns a um trabalhador registrado, mas que mantém caracterizada a relação empregatícia entre empregado e empregador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1665/2020**. Apresentação em 07 abr. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2244218. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 2. Rappi Brasil. Serviço de entregas. Existência de vínculo empregatício entre operadora de plataforma e entregador. Processo TRT/SP nº 1000963-33.2019.5.02.0005. 14ª Turma do **TRT**, São Paulo, SP, 05 mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-rappi.pdf. Acesso em 20 abr. 2020.

BRAGA, Tarsila. Emprego por conta própria segue recorde em janeiro de 2020. **Reconta aí.** 28 fev. 2020. Disponível em: https://recontaai.com.br/2020/02/28/emprego-por-conta-propria-segue-recorde-em-janeiro-de-2020/. Acesso em 24 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista. Processo nº TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038. 5ª Turma do **TST**, Brasília, DF, 7 de fev. 2020. Disponível em: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar. Acesso em: 20 abr. 2020.

MENDONÇA, Heloísa. Decisões judiciais abrem precedente para consolidar 'uberização' dos empregos por aplicativo no Brasil. **El País**, São Paulo, 6 fev. de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/economia/2020-02-06/decisoes-judiciais-abrem-precedente-para-consolidar-uberizacao-dos-empregos-por-aplicativo-no-brasil.html. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região 2. Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, qualificada nos autos, ingressou com ação civil pública em face Rapiddo Agência de Serviços de Entrega Rápida S/A e Ifood.com Agência de Restaurante Online S/A. ACPCiv 1000100-78.2019.5.02.0037. **TRT**, São Paulo, SP, 27 jan. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ifood-vinculo-empregaticio.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad continua.html?=&t=downloadshttps://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm_2020_jan.pdf. Acesso em 24 mai. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 338 p.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direto do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1056 p.

KREIN, José Dar; OLIVEIRA, Roberto Veras de; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Reforma trabalhista no Brasil**: promessas e realidade. 1. ed. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019. 222 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 936 p.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direto do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. 1474 p.

ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV:** trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019. 547 p.

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA DANIEL. Desemprego fica em 11,8% em agosto e atinge 12,6 milhões, diz IBGE. **G1**, 27 set. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/27/desemprego-fica-em-118percent-em-agosto-diz-ibge.ghtml. Acesso em 22 abr. 2020.

AGUIAR, Plínio. Entregador de aplicativo morre após esperar duas horas por atendimento. **R7**, São Paulo, 12 jul. 2019. Disponível em: https://noticias.r7.com/sao-paulo/entregador-de-aplicativo-morre-apos-esperar-duas-horas-por-atendimento-12072019. Acesso em: 08 mai. 2020.
LOZADA, Gisele, NUNES, Karina da Silva. **Metodologia científica**. 1. ed. Porto Alegre: SAGAH, 2018. 238 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 921 p.

WEIGAND NETO, Rodolfo Carlos; SOUZA, Gleice Domingues de. **Reforma trabalhista**: impacto no cotidiano das empresas. 1 ed. São Paulo: Trevisan, 2018. 231 p.

UBER. **Conheça o aplicativo da Uber e veja como ele funciona.** 2018. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/blog/aplicativo-uber-como-funciona/. Acesso em: 20 abr. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Trabalho no século XXI: as novas formas de trabalho por plataformas. **Jota**, Rio de Janeiro, 30 jul. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018. Acesso em: 25 mai. 2020.

EUA. New York State Unemployment Insurance Appeal Board. *Decision of the board.* 12 jun. 2018. Disponível em: http://www.nyctaxinews.com/Uber%20AB%20Decision-redacted.pdf. Acesso em 20 abr. 2020.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira *et al*. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas, SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. Disponível em: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Reformatrabalhista.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020. 327 p.

HENRIQUES, Antonio; Medeiros, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 401 p.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 368 p.

SILVA, Juliana Coelho Tavares da; CECATO**,** Maria Áurea Baroni. Uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 7, p. 257-271. 2017. ISSN 2340-860X**.** Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/227/143. Acesso em: 20 mai. 2020.

RAMOS, Gustavo Teixeira *et al*. **O golpe de 2016 e a reforma trabalhista:** narrativas de resistência. Bauru: Canal 6, 2017. 391 p.

PIPEK, Arnaldo; DUTRA, Alexandre Lauria; MAGANO, Isabella. **Reforma Trabalhista.** São Paulo: Blucher, 2017. 97 p.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015 2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

ONG REPÓRTER BRASIL. **Reforma trabalhista**: maior parte da mídia não aborda o impacto negativo das mudanças. Brasil, 05 jun. 2017. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2017/06/reforma-trabalhista-maior-parte-da-midia-nao-aborda-o-impacto-negativo-das-mudancas/. Acesso em: 20 abr. 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Passa Palavra**, Brasil. 07 fev. 2017. Disponível em: https://passapalavra.info/2017/02/110685/. Acesso em: 20 abr. 2020.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso Uber. **Revista TST**, Brasília, v. 83, n. 1, p. 330-362, jan-mar 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106368/2017_baboin_jose_trabalhadores_demanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indicadores IBGE.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm_2017_abr.pdf. Acesso em 24 mai. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Impeachment de Dilma Rousseff marca ano de 2016 no Congresso e no Brasil**. Da Redação, 28 dez. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil. Acesso em: 05 mai. 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Nattali Iojana Santigo[1]
Thaisa Borges Maia[2]
Thiago André Marques Vieira[3]

Resumo: A presente pesquisa teve como problema de pesquisa a judicialização do acesso à saúde e a reserva do possível como garantidor do mínimo existencial e o papel do Supremo Tribunal Federal, questionando-se a possibilidade ou não de afirmar a evolução do entendimento acerca da judicialização da saúde no decorrer do século XXI. Utilizou-se a metodologia do método dedutivo através de técnicas de pesquisa bibliográfica e procedimento monográfico. A hipótese inicial foi refutada. Concluiu-se que não é possível afirmar a ocorrência de uma evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização do acesso à saúde, visto que vislumbra-se uma linearidade das decisões, de modo a seguir uma lógica e/ou linha de raciocínio dentro dos parâmetros consuetudinários.

Palavras-chave: Judicialização; Acesso à Saúde; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Por estar amplamente associado ao direito à vida, o direito à saúde remonta ainda direitos como o da dignidade da pessoa humana, esse último surgindo como um núcleo essencial dos direitos fundamentais conferindo unidade de sentido, de valor e concordância a ser posto em prática no sistema público. Destarte, tendo em vista a previsão constitucional, o Estado assume a obrigação na formulação de políticas públicas, destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, sendo indubitável a relevância das ações e serviços que contam com uma ampla estrutura política no sistema brasileiro.

O problema de pesquisa do presente artigo é a possibilidade de afirmar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização do acesso à saúde e a reserva do possível como garantidor do mínimo existencial no decorrer do século XXI.

No que tange à hipótese, busca-se a resposta sobre a possibilidade de afirmar uma intensidade de judicialização da saúde ao longo do tempo, considerando-se os valores totais levantados através de pesquisa específica feita pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual salienta o crescimento das ações judiciais no Brasil, sendo inevitável juízos de ponderação, em um contexto preenchido por relações complexas entre princípios e diretrizes políticas. Frise-se ainda, que, conforme o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, em caso de o indivíduo sentir que seu direito à saúde fora ameaçado ou até mesmo lesado, tal dispositivo lhe assegurará o direito de acesso à justiça para solução de eventuais conflitos. Sabe-se, portanto, que através do fenômeno denominado judicialização da saúde, o Poder Judiciário tem tido papel fundamental na

1. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Joinville. E-mail: santiago.nattali@gmail.com
2. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Joinville. E-mail: thaisa60327@oab-sc.org.br
3. Advogado e Professor Universitário. Bacharel em Direito pela UFSC. Especialista em Processo Civil pelo CESUSC. Especialista em Direito Eleitoral pela PUC Minas. Mestre em Direito pela UFSC. Professor do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: thiagoandremv@gmail.com

construção do direito à saúde brasileiro.

Como objetivo específico, buscar-se-á analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange à judicialização do acesso à saúde e a reserva do possível como garantidor do mínimo existencial. Ademais, tem-se também três objetivos específicos, sendo eles: abordar o acesso à saúde como direito fundamental; examinar as mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização do acesso à saúde frente à reserva do possível; analisar a aplicação do princípio da reserva do possível como garantidor do mínimo existencial.

A pesquisa é pautada no método dedutivo que pressupõe a razão com a única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro; utilizando uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular, até a conclusão. Utiliza-se o silogismo: de duas premissas retira-se uma terceira logicamente decorrente. São utilizadas técnicas de pesquisas bibliográficas, com análises de materiais já publicados como artigos científicos, livros, ordenamento jurídico e dissertações com fundamentos técnicos do tema, bem como a técnica de pesquisa documental, considerando o estudo de jurisprudências, utilizadas como fontes de informações, indicações e esclarecimentos que trazem seu conteúdo para elucidar determinadas questões e servir de prova para outras.

O método de procedimento é o monográfico, diante do estudo da judicialização do acesso à saúde sob o prisma do Supremo Tribunal Federal, considerando-se que a pesquisa partiu do estudo de determinados conceitos gerais, a fim de aprofundar-se sobre o tema em específico, sem deixar de respeitar a totalidade do tema, tendo como produto de pesquisa o presente Artigo Científico.

Os tópicos do desenvolvimento são dispostos da seguinte forma: do direito fundamental à saúde no qual discorre-se acerca do caráter fundamental da previsão constitucional; a reserva do possível como garantidor do mínimo existencial com o intuito de estudar os limites do Estado frente à efetividade de direitos fundamentais; judicialização do acesso à saúde e o papel do Supremo Tribunal Federal em que analisar-se-á posicionamento da Suprema Corte brasileira ao longo do século XXI, utilizando os parâmetros “direito à saúde” e “reserva do possível” para busca na base de dados de acórdãos proferidos, e, por fim, as teses de repercussão geral, através das quais analisar-se-á possíveis evoluções no entendimento do STF especificamente no que tange a questões de destaque no aspecto social e econômico que ultrapassam os interesses subjetivos da própria causa em análise.

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No âmbito histórico, a Revolução Francesa é reconhecida como o primeiro grande marco da origem dos direitos e garantias fundamentais, visto que de seus ideais liberais derivam-se os dezessete artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 26 de agosto de 1789, podendo ser definida como um ponto de partida para a instituição de um sistema de direitos positivos e efetivos, os quais não derivam de uma nobre exigência (DDHC, 1789).

Nessa seara, em um contexto histórico pós 2ª Guerra Mundial, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela primeira vez um sistema universal de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos 48 (quarenta e oito) governos, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Ainda que não se tratasse de uma compilação de direitos, de fato, universal, representava a manifestação da única prova

através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade (BOBBIO, 2004).

Os direitos e garantias fundamentais, portanto, são entendidos como este conjunto de preceitos conquistados a partir do avanço das sociedades jurídicas que passam a ser positivados. Assim, há a culminância de um processo ético que, tendo início com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, deriva no reconhecimento jurídico da igualdade em dignidade e direitos de todos os seres humanos, devendo agir uns para com os outros em espírito de fraternidade, como preceitua o artigo 1° da referida declaração (DDHC, 1789).

Não é desairoso registrar, que por tratar-se de uma declaração e não um tratado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui mecanismos de eficácia entre seus signatários e, portanto, carece de qualquer sanção caso esses países venham a descumprir as previsões. Não obstante, sua força vinculante reside incorporação amplamente realizada nas constituições nacionais, aplicação nas jurisprudências, bem como servindo de base teórica para elaboração de pactos internacionais (GOMES, 2000).

Desse modo, há o espelhamento do estabelecido na DUDH na Constituição Federal Brasileira em 1988, que traz um rol de direitos e garantias considerados fundamentais para a manutenção do ordenamento jurídico. Nesta senda, é salutar o destaque para a contemporaneidade do reconhecimento e das devidas declarações dos direitos fundamentais, estando-se longe do esgotamento de suas possibilidades, tendo em vista a evolução histórica na conquista dessas previsões (SILVA, 1992).

Nessa perspectiva, Bobbio (2004, p.09) aduz que além de fundamentais, são direitos históricos, pois refletem as circunstâncias em que são nascidos, caracterizados por “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual”, tais como as liberdades civis diante da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos, a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, tendo início com os camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, buscando o asseguramento de uma existência digna.

Ingo Sarlet salienta ainda, que os direitos fundamentais guardam íntima vinculação com as noções de Estado de Direito e de Constituição, trazendo aspectos de dignidade da pessoa humana e valores como igualdade, liberdade e justiça, assim, constituindo condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito (SARLET, 2012).

Neste sentido, Alexandre de Moraes leciona que os direitos fundamentais surgem a partir da fusão de várias fontes, podendo essas serem desde tradições ou a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos. Dessa forma, o surgimento do constitucionalismo é posterior a noção de direitos fundamentais, sendo a necessidade de uma mínima previsão escrita, derivada diretamente da soberana vontade popular (MORAES, 2011).

No plano jurídico brasileiro, o texto constitucional promulgado em 1988, reconhece no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o conjunto de direitos fundamentais da Constituição Federal objetivando o estabelecimento de direitos, garantias e deveres aos cidadãos, além de legislar acerca das noções básicas e centrais que regulamentam a vida daqueles que vivem no Brasil. Importante mencionar que essas normas são de eficácia e aplicabilidade imediata, como previsto no artigo 5°, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Destaca-se a importância da especial proteção atribuída através do art. 60, § 4º, IV, nas chamadas cláusulas pétreas, configurando limites materiais à reforma constitucional. Acerca disso, importa destacar que a proteção dada pelo Constituinte "não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada" (SARLET, 2012, p. 574). Aplica-se, portanto, a tese da preservação do núcleo essencial, podendo ser toleradas eventuais restrições desde que mantido o cerne do direito fundamental.

Inserido no art. 6º da CF o direito à saúde é previsto como um direito social, junto a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Ademais, a previsão de um capítulo próprio para os direitos sociais, demonstra importância dada pelos legisladores a esses direitos. Os direitos sociais são classificados como de segunda geração, uma vez que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal, portanto, direitos prestacionais (BONAVIDES, 2000).

Salienta-se acerca da concepção adotada na reforma constituinte em 1988, que essa alinha-se ao proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a qual no preâmbulo de sua Constituição define a saúde como o "completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade". Assim, surge a necessidade de garantir a existência de um mínimo existencial, circundando não apenas a pessoa ou reduzindo a questões fisiológicas, mas abrangendo ainda, o meio em que vive (OMS, 1946).

No contexto brasileiro, o principal garantidor é o Sistema Único de Saúde, criado pela Lei n. 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que dispõe acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL,1990). Ainda, vale ressaltar a Lei n. 8.142 de 28 de dezembro de 1990 que prevê acerca da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, criando as conferências e conselhos de saúde (BRASIL, 1990).

O SUS é um sistema pertencente à rede pública de saúde, tendo por atribuição a garantia do acesso às ações e serviços públicos de saúde, sem distinção de qualquer natureza e ainda independente de nacionalidade, classe social ou contribuição ao Fundo Nacional da Saúde. A administração dos serviços realizados pelo Sistema Único de Saúde cabe ao Governo Federal, aos estados, aos municípios, bem como, de forma complementar à iniciativa privada, como dispõe a Lei n. 8.080/90, nos artigos 8º e 9º (BRASIL, 1990).

Isto posto, vale ressaltar o Título VII, Capítulo II da Carta Magna, o qual dispõe, no artigo 194, acerca da Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, competindo ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base, entre outros objetivos, o da universalidade da cobertura e do atendimento. (BRASIL, 1988)

Diante da menção à universalidade, cabe ao Estado a responsabilização pelo atendimento de qualquer demanda, realizada por qualquer pessoa, e diante de eventual omissão no papel de garantidor poderá decorrer na propositura de medidas judiciais. Outrossim, destaca-se que a possibilidade de responsabilização estará presente não somente quando não ocorrer o acesso, mas também quando esse for ineficiente (BARROSO, 2009).

Assim sendo, na efetivação da prestação do direito à saúde, o fator financeiro

configura grande óbice, visto que há grande multiplicidade de tratamentos médicos, fazendo com que exista grande demanda ao Poder Judiciário buscando obrigar o Poder Público a custear o fornecimento de medicamentos ou tratamentos, cujo custo ultrapassa os limites previstos na Lei Orçamentária. Desse modo, observa-se a previsão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pautado no binômio da necessidade-possibilidade, intentando o princípio da reserva do possível.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO GARANTIDOR NO MÍNIMO EXISTENCIAL

O princípio da reserva do possível, expressão ligada diretamente à realização dos direitos sociais, iniciou-se na Alemanha em 1972, através de uma ação impetrada por alunos em busca do direito de ingresso na Universidade de Medicina, conhecida como *numerus clausus*, com fulcro no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, cujo fundamento baseou-se no direito de livre escolha da profissão, local de trabalho e formação profissional, assim, tendo em vista a limitação do número de vagas na referida instituição, fora usado como argumento o fato de que tal limite violava um dos direitos fundamentais proclamados pela legislação vigente (MASSON, 2016).

Todavia, na busca de contrapor a argumentação colocada, fora usado como argumento pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que a tutela buscada através do litígio seria efetivada dentro dos moldes da reserva do possível, traduzindo, de acordo com a disponibilidade de vagas ofertadas pela Universidade considerando conjuntamente a capacidade financeira de o Estado arcar com os custos advindos das vagas, automaticamente afastando a responsabilidade e o ônus do Poder Público de disponibilização ilimitada de vagas, sustentando o explicitado por Sarlet (2012, p. 287) de que algumas prestações por parte do Estado estão submetidas ao que o indivíduo pode exigir razoavelmente, ou seja, não era possível que o Estado atendesse a todas as demandas sociais conforme solicitado, de modo que “mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Sendo assim, com base no aludido autor pode-se afirmar que a reserva do possível se refere basicamente a uma limitação de o Estado concretizar a efetividade dos direitos fundamentais, como garantidor do mínimo existencial, levantando a indagação do quanto é possível exigir em confronto com a possibilidade estatal. Cabe salientar ainda que a teoria da reserva do possível começou a ser usufruída no sentido econômico e monetário do Estado a partir do momento em que fora implementada no Brasil, onde a prestação de serviços está diretamente condicionada à existência de valor monetário nos cofres públicos, e, portanto, a não realização de algumas prestações estatais seriam fundamentadas na insuficiência de recursos.

Tal linha de raciocínio adotada no Brasil é amparada com base em três dimensões apresentadas por Sarlet (2012), ou seja, a disponibilidade de fato dos recursos, disponibilidade jurídica e, por fim, a proporcionalidade da exigibilidade frente à razoabilidade. A disponibilidade de fato dos recursos diz respeito ao próprio princípio da isonomia, de forma que seria inviável solicitar uma prestação estatal que não pudesse ser disponibilizada à coletividade englobada em uma mesma circunstância, de modo que a possibilidade de efetivação deva ser analisada de modo a não se abdicar do princípio da igualdade, nem mesmo abrir precedentes que pudessem futuramente comprometer a estabilidade financeira estatal. Ainda sobre tais dimensões, no que tange à disponibilidade jurídica, o autor acima observa a competência para formulação e

efetividade de políticas públicas, levando-se em consideração a possibilidade excepcional de controle por parte do Poder Judiciário na eventualidade de os órgãos Legislativo e Executivo permanecerem inertes ou for constatada a neutralização da aplicação da prestação dos direitos fundamentais por parte destes, assim, desde que legítimo o posicionamento, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes, levando em consideração inclusive a existência de entendimento do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Na sequência, ainda segundo Sarlet (2012), tem-se o quesito da proporcionalidade, o qual busca principalmente intensificar a importância de adequar às pretensões estatais formuladas pelos indivíduos à acessibilidade financeira, ou seja, não haveria a possibilidade de garantir efetividade à uma determinada pretensão que pudesse comprometer drasticamente o disposto nos cofres públicos. Um grande exemplo do quesito da proporcionalidade será analisado mais adiante, especificamente no que tange à ideia do salário mínimo e suas atribuições.

Nesse sentido, foi de importância salientar o Supremo Tribunal Federal ter se manifestado através do Informativo 345 nestes mesmos moldes, da seguinte forma:

> [...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

Portanto, através das referidas bases de análise, entende-se que a não efetivação, bem como a efetivação parcial por parte do Estado de direitos assegurados constitucionalmente, “é justificável desde que seja possível a demonstração expressa da efetiva impossibilidade financeira estatal” (PAULO, 2011, p. 251). Assim, tendo em vista os direitos fundamentais com ligação à realidade econômica e financeira do Estado, considerando-se a escassez dos recursos em relação às necessidades sociais, passa-se a compreender que o Estado ao definir prevalências e determinar as políticas públicas poderia alegar a cláusula de reserva do possível (MASSON, 2016).

Entendendo a origem do termo da reserva do possível, busca-se contemplá-la como garantidora do princípio do mínimo existencial, ou seja, conjunto de direitos essenciais à vida digna que atualmente encontram-se elencados principalmente nos art. 5º e 196 da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988), este especificamente no que se refere à saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve garantir mediante políticas sociais e econômicas a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, podendo-se compreender que a reserva do possível não poderá ser usada por este como um subterfúgio para a não concretização e satisfação dos direitos fundamentais mínimos à dignidade da pessoa humana.

Além disso, cabe salientar a elucidação feita por Barroso (2018, p. 116), como um “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”, ou seja, direitos sociais fundamentais devem deter sua proteção garantida contra eventuais supressões por parte do Poder Público, tendo como objetivo não apenas resguardar a vida, mas propiciar e

proteger de modo sadio.

Ainda, no que concerne aos direitos sociais, afirma Sylvio Motta (2018) que estes estão englobados nos direitos fundamentais de segunda geração, exigindo diretamente uma atuação positiva por parte do Estado e seus poderes públicos como indispensável para que as normas advindas da Constituição possam de fato serem desencadeadas e causar os efeitos pretendidos pelo legislador, disponibilizando inclusive recursos financeiros para tal.

Destaca-se a existência de uma dimensão dupla no que tange ao mínimo existencial, sendo elas basicamente defensivas e prestacionais. Na dimensão negativa reforça-se a garantia da qualidade de vida do indivíduo como bem indiscutível de dever estatal, de modo que não é defeso ao Estado a subtrair do indivíduo, e de outro norte, ainda, tem-se a dimensão positiva, que implica diretamente na prestação material por parte do poder estatal (SARLET, 2017). Ocorre que, ainda com a existência do referido princípio, não é possível aplicá-lo de maneira integral e efetiva em todos os casos que tratam de direitos fundamentais mínimos.

Outrossim, um exemplo da escassez monetária frente à pretensão do indivíduo de um direito fundamental é o destacado por Sarmento (2016), quando se refere ao salário mínimo no país, ou seja, sabe-se que o referido valor, de acordo com o art. 7º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), deve ser suficiente para arcar os custos e despesas básicas de um indivíduo, quais sejam: saúde, alimentação, vestuário, lazer, higiene, transporte e previdência social, todavia, nota-se que o mesmo não satisfaz o estruturado pela Constituição, principalmente quando fala-se em comunidades ou indivíduos imersos em lares familiares com alta demanda de subsistência. Dessa forma, acerca da existência da reserva do possível em conjunto ao mínimo existencial, sabe-se que na referida situação, caso houvesse pelo Poder Judiciário a determinação de um aumento imediato do salário mínimo para toda a população, inegavelmente, o Estado brasileiro sofreria um alto impacto na economia, e possivelmente, a quebra da Previdência Social e até mesmo de empresas privadas.

Assim sendo, diante da análise doutrinária e legal, denota-se a inegável relevância social do princípio do mínimo existencial, isso porque, conforme observado, atua imerso em um importante papel na persecução da execução dos direitos sociais e fundamentais, ainda que não haja a previsibilidade de ser aplicado de modo universal e ilimitado, devendo ser observado de maneira simultânea em relação à reserva do possível, que, conforme já citado, não deverá ser arguida sob justificativa de ausência de recursos financeiros como pretexto para a não aplicabilidade, devendo ocorrer uma análise aprofundada da situação pecuniária e também singular de cada circunstância imposta pela sociedade.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO SAÚDE E O PAPEL DO STF

No que tange a judicialização, é necessário inicialmente delimitar o referido termo, nos moldes do que dispõe Vallinder (1995, p. 13), que propõe o envolvimento da noção de judicialização da política à expansão do campo dos tribunais face aos políticos e administradores, havendo assim “a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais” por meio da propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora do campo judicial

Além do disposto acima por Vallinder, também sobre o viés político da judicialização, trazer-se-á ainda o conceito explicitado por Tate (1995), sobre a

judicialização especificamente política, de modo a defini-la como um sistema capaz de demonstrar uma tendência de domínio por parte dos juízes e tribunais no que tange à criação de políticas públicas que deveriam ser elaboradas, ou que já encontram-se criadas, principalmente pelos Poderes Legislativos e Executivos, lembrando-se inclusive do que já fora afirmado sobre a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, considerando a previsão constitucional brasileira, a qual dispõe em seu rol de direitos e garantias fundamentais a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, caracterizando-se os princípios *non liquet* e inafastabilidade do controle jurisdicional, evidenciada a natureza principiológica, analisa-se o âmbito de proteção das decisões, o qual para identificá-lo, como preceitua Silva, deve-se indagar "que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito" (SILVA, 2017).

Na seara das decisões que visam à concretização de direitos sociais, como por exemplo a saúde, terminam por interferir nas políticas públicas típicas do Poder Executivo e, consequentemente, nos orçamentos. Essa interferência que gera exacerbação entre os Poderes, tem o potencial de contribuir para um desequilíbrio, podendo vir a ferir preceitos constitucionais, tais como as regras orçamentárias previstas constitucionalmente (BRASIL, 1988). Nesse sentido, Habermas (2001 *apud* REISSINGER, 2016, p. 106) dispõe acerca da indispensabilidade da conduta do Judiciário "numa zona intermediária entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, tomados dos discursos de fundamentação".

Ademais, especifica-se o papel do Supremo Tribunal Federal frente às demandas acerca da judicialização do acesso à saúde, se deve salientar alguns aspectos importantes destacados por Pedron (2018, p. 104), inclusive sobre as fases transpassadas pelas quais o STF necessitou para reconhecer, assimilar e passar a garantir tal direito fundamental, sendo que tais fases foram destacadas, como um "ingresso num universo ainda a ser firmemente reconhecido, qualificado e quantificado e, por fim, garantido a todos".

Denota-se através do estudo salientado pelos autores já citados acima, que o primeiro julgado referente ao tema em questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal fora encontrado em 1999, dando início a uma efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, que, posteriormente ao longo dos anos ocasionou a existência das demais demandas no mesmo contexto, permitindo-se assim a criação de um traço de posicionamento das respostas da Corte - STF - acerca do Direito à saúde no Brasil. A partir de então, destaca-se o surgimento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), a qual causou efetivo impacto na maneira de análise de demandas judiciais por parte dos magistrados, inclusive acerca de processos envolvendo direitos fundamentais sociais.

Frise-se ainda, a existência de uma pesquisa minuciosa feita pelo Conselho Nacional de Justiça a qual demonstra o crescimento de 130% das demandas judiciais referentes à saúde. A partir do referido estudo, pode-se perceber que a ocorrência da judicialização da saúde não foi expressiva tão somente para a própria assistência a esse direito fundamental, mas também para o Poder Judiciário, visto como garantidor último das promessas do Constituinte, que a partir de então passou a lidar com um número considerável de processos, contando-se inclusive com pedidos de antecipação da tutela, como dispõem os autores acima indicados (CNJ, 2019). Desta forma, buscar-se-á aqui analisar a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao longo do século

XXI, utilizando os parâmetros “direito à saúde” e “reserva do possível” para busca na base de dados de acórdãos proferidos pela Suprema Corte brasileira.

Dentre os resultados aferidos com base nos aludidos parâmetros de busca, destaca-se o primeiro registro, datado do ano de 2008, do qual extrai-se a indicação da impossibilidade da invocação da cláusula da “reserva do possível” com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2008).

No entendimento do STF ora analisado, os Ministros que proferiram a decisão foram conduzidos no contexto das chamadas escolhas trágicas, ou seja, uma tensão entre a necessidade estatal de concretizar as ações de saúde em favor dos indivíduos, em confronto com as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, corroborando então numa decisão para concretizar o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais, no presente caso especificamente, a saúde e a vida.

Passa-se a analisar o acórdão proferido em 2010, o qual utiliza as experiências e dados colhidos na Audiência Pública realizada na sede do Supremo nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio em 2009, entendendo a importância teórica e prática da judicialização do direito à saúde, que abrange não apenas operadores do direito mas também gestores públicos, profissionais da saúde e a sociedade civil como um todo (BRASIL, 2010).

Destaca-se do referido *decisium*, a conclusão acerca do dever de privilegiar o tratamento previsto pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, não ficando afastada a possibilidade do Judiciário ou a Administração Pública decidir de maneira diversa por razões específicas de ineficácia a serem analisadas no caso concreto. Descreve-se ainda o cenário dos tratamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia, sendo a participação nesses tratamentos regidas pelas normas de pesquisa médica, não podendo o Estado ser condenado a fornecê-los.

Nesse mesmo sentido, negou-se provimento ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada interposto pela União, em lide que detinha por objeto o fornecimento de medicamento de alto custo com registro válido na ANVISA mas não inserido nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, bem como não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Por conseguinte, manteve-se a antecipação de tutela recursal sob égide da norma constitucional inscrita do art. 196, CF, “que traduz e impõe ao Estado um dever inafastável, sob pena dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental” (BRASIL, 2010, p. 133), não podendo figurar como obstáculos à essa imposição a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos, ou ainda a incapacidade de gerenciamento dos recursos públicos.

Ademais, não socorreu melhor sorte os argumentos trazidos pelo supracitado agravante, que versavam acerca de lesão à economia e à saúde pública sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional. Ainda, advertiu-se que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvado justo motivo, não pode ser invocada para fins de exoneração do cumprimento de obrigações estatais, caracterizados como secundários e que impõe ao julgador uma única possível solução, o de privilegiar a inviolabilidade dos direitos fundamentais, não bastando a mera proclamação de reconhecimento formal, devendo esses serem integralmente respeitados e plenamente garantidos.

Ato sequente, analisar-se-á acórdão proferido em 2011 no qual reconheceu-se a incumbência ao Estado na viabilidade de tratamento médico a ser realizado no exterior, mais precisamente em Cuba, diante de laudo expedido pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia, atestando a inexistência do tratamento no Brasil. A matéria gerou grande controvérsia, restando vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e do Relator Ministro Menezes, os quais citaram o princípio da separação de poderes para votar pelo provimento do Recurso, afirmando que o Poder Judiciário não só deixa de aplicar corretamente o texto constitucional, como interfere na distribuição de recursos do Estado sem racionalidade e objetividade nos graus de prioridade com que devem ser contemplados (BRASIL, 2011).

Destaca-se ainda acerca do referido pleito, que este encerra controvérsia na Corte, já que ao analisar o mesmo objeto, a 1ª e 2ª Turma decidiam de maneira diversa. Assim, prevaleceu o entendimento de que o Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, podendo ser determinada de forma individual ou coletiva e em todos os níveis de complexidade, divergindo do disposto na Portaria 763/94 do Ministério da Saúde, que proíbe o financiamento de tratamento no exterior pelo SUS, e antevendo a intangibilidade do consagrado no texto constitucional.

Ato contínuo, no que tange ao supracitado princípio da separação de poderes e sua violação, essa é citada como inocorrente ao prever a intervenção do Poder Judiciário, com o objetivo de neutralizar os efeitos lesivos da omissão estatal ou insatisfatória concretização, no julgamento no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337, justificando o comportamento afirmativo por meio de comando judicial, a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República (BRASIL, 2011).

Isto posto, o mencionado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337 versa acerca da obrigação do Município de São Paulo de realizar a matrícula em unidades de ensino infantil próximas de suas residências ou ainda no endereço de trabalho dos responsáveis legais, sob pena do arbitramento de astreintes. Ao decidir por unanimidade negar provimento ao agravo, os Ministros afirmaram que a cláusula da reserva do possível encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, não podendo implicar em frustração ou inviabilização de políticas públicas.

Nessa mesma seara, entendeu-se que ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’ a intervenção judicial é exequível em hipóteses nas quais o Poder Judiciário não inova na ordem jurídica, mas apenas determina que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo Estado do Amapá, no qual por unanimidade os Ministros acordaram em não dar provimento ao recurso, mantendo decisão que determinava a adoção de medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde local diante da falência progressiva por falta de manutenção e renovação de equipamentos médico-hospitalares, tal qual a carência de renovação do quadro de pessoal (BRASIL, 2013).

Ademais, ainda figurando como objeto a determinação de medidas impostas buscando a ampliação e melhoria no atendimento, analisa-se o recurso de Agravo n. 581.352 tempestivamente interposto pelo Estado do Amazonas. Ao negar provimento por unanimidade, no qual versou-se acerca da ação do Poder Judiciário em hipóteses nas quais deixasse de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja mediante ação estatal seja mediante inércia governamental.

Conquanto, firmou-se a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde, podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite valer-se das ações coletivas, como as ações civis públicas, que representam instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais (BRASIL. 2013).

Outrossim, é citada a ADPF 45 / DF de relatoria do Ministro Celso de Mello ao afirmar-se que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, quando ocorre descumprimento dos encargos políticos-jurídicos dos órgãos estatais competentes que possam comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos de estatura constitucional, como sucede na espécie em comento. Assim, não dispõe de discricionariedade ou conveniência a implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração (BRASIL, 2004).

Continuamente, examina-se o acórdão proferido no julgamento do recurso de Agravo 727.864, tempestivamente interposto pelo Estado do Paraná, diante da determinação do custeio público de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU em casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública, para tanto, afastando-se as alegações de prejuízo ao erário, ônus excessivo e de observação da reserva do possível.

Não obstante, reconheceu-se a dependência, em grande medida, do vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado para a concretização do referido direito social, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, diante de limitação material que obsta a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo que revele arbitrário e censurável propósito de fraudar a viabilidade do estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência, devendo essa margem de discricionariedade ser dirimida pelo Judiciário (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, ainda no âmbito do referido julgamento, evidenciou-se a atuação da Corte Suprema brasileira no proferimento de decisões que tem como escopo neutralizar os efeitos da omissão governamental, as quais representam um insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício é inviabilizado. Assim, vislumbrou-se a impostergabilidade da efetivação do dever constitucional de proteção à saúde, razão pelo qual desautorizou-se o acolhimento do pleito que o Estado do Paraná deduziu em sede recursal extraordinária.

Ainda no que se refere às análises, verifica-se o entendimento de acórdão com julgamento datado de 02/12/2014, que versa sobre a possibilidade de determinação de adoção de medidas pelo Poder Judiciário, enquanto o órgão estatal, demonstra-se omisso acerca do adimplemento de políticas públicas constitucionais que assegurem o acesso e usufruto de direitos afetados pela inexecução governamental, frente ao princípio da separação de poderes, no presente caso, o Estado de Minas Gerais, município de Belo Horizonte. Assim, fora salientado no Inteiro Teor do Acórdão, que caso o Supremo Tribunal Federal eximir-se de tornar efetivos os direitos quando ocorrida inércia governamental no adimplemento de prestações ao Poder Público, restar-se-á comprometida a efetividade da Constituição. (BRASIL, 2014).

Salienta ainda o Ministro Celso de Mello, na decisão acima exposta, que a atribuição não se engloba ordinariamente nas funções do Poder Judiciário,

especificamente no que tange a atribuição de formular e implementar políticas públicas, visto que a competência para tal reside primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, todavia, excepcionalmente poderá ser atribuída ao Judiciário quando órgãos estatais, por descumprirem os encargos que sobre eles residem, comprometam a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos. Sendo assim, a intervenção jurisdicional, justificada pela recusa governamental em conferir efetividade ao direito à saúde é sim legítima, não havendo o que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes.

Já no que tange à situação da reserva do possível, o acórdão mais uma vez estabelece aquilo que já fora dito e trabalhado no presente artigo, que ao Poder Público não é lícito invocar o referido princípio, com meras alegações infundadas para exonerar-se da obrigação, aniquilando ou anulando direitos constitucionais e fundamentais, especialmente o direito em questão, ou seja, direito à saúde disposto no art. 196 da Constituição Federal, pois como dito pelo Ministro (BRASIL, 2014), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe ao julgador aquela que privilegia o respeito à vida e saúde humanas. Não basta que o Estado apenas proclame o direito, é indispensável que seja ele respeitado e plenamente garantido.

Conforme o avanço das pesquisas, também fora encontrado um resultado curioso no que tange à invocação da reserva do possível. Trata-se de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tendo como órgão julgador o Tribunal Pleno, com julgamento em 09/09/2015, que dispõe sobre a superlotação carcerária e as condições desumanas de custódia decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, relacionando-se com a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional diante da referida situação precária. Fora afirmado que o argumento de escassez de recursos não pode prevalecer, considerando que se trata do mínimo existencial, dessa forma afastando então a alegação do princípio da reserva do possível, sendo legítimo em matéria penitenciária o controle jurisdicional das políticas públicas (BRASIL, 2015). Ademais, além do disposto acima, considerando o contexto geral da ADPF, fora determinado ainda que a União e o Estado de São Paulo fornecessem informações sobre sua situação prisional.

Ato contínuo, analisar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade com julgamento em 24/08/2017, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, por parte do Supremo Tribunal Federal, considerando a possível afronta ao direito da saúde e meio ambiente, ante a exploração comercial e industrial do amianto crisotila, alegando que fora constatada por estudos científicos a lesividade à saúde, que não haveria nível seguro de exposição do amianto por todas as suas fibras serem cancerígenas (BRASIL, 2017).

Ademais, salienta-se alguns dos argumentos trazidos nos votos dados pelos Ministros na ADI supracitada: um deles proclamara que a proteção ao direito à saúde da população, bem como do trabalhador, exige a adoção de medidas preventivas de segurança por parte do Estado, tendo como possibilidade no caso específico, a substituição ou proibição do uso do amianto, de modo que o Estado forneça um mínimo existencial e não invoque o princípio da reserva do possível como um óbice para a realização de direitos sociais, mas como definição de limite da concessão. Em contrapartida, outro ponto importante levantado fora de que o aludido caso exigiria uma postura de humildade institucional, de modo a reconhecer que o Poder Judiciário não poderia oferecer respostas satisfatórias a todas as questões que lhes são trazidas, e que

o caso em análise demandaria conhecimentos técnicos e científicos, que os operadores do Direito via de regra não possuem.

Após a análise do caso concreto, os Ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia votaram pela procedência da ação, já os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio votaram pela improcedência (BRASIL, 2017). Assim, fora conhecida a Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não tendo atingido o quórum previsto no art. 97 da Constituição Federal.

Por fim, passa-se à análise da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade com julgamento em 11/09/2019. A ação fora ajuizada pela Procuradoria-Geral da República buscando a declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 54/2017 e dos artigos 2º e 4º da Emenda nº 55/2017, que estabelecem regime de limitação dos gastos correntes dos Poderes daquele Estado e dos órgãos governamentais autônomos até 31 de dezembro de 2026 (BRASIL, 2019). A inconstitucionalidade é afirmada sob o fundamento de que fora usurpada a competência privativa da União pelo legislador constituinte derivado estadual, considerando que a Constituição Federal salienta que cabe à lei complementar o âmbito de finanças públicas e fiscalização financeira da Administração Pública, detalhando os efeitos negativos decorrentes da substituição de regramento nacional por disciplina estadual mais branda.

Cumpre ressaltar um dos pontos levantados pelo Min. Ricardo Lewandowski no voto do acórdão supracitado, referente à relação de garantia entre o direito fundamental à saúde e seu regime de financiamento mínimo, não sendo oponível a alegação de restrição orçamentária em face dos referidos direitos fundamentais, os quais asseguram um mínimo existencial. Ressaltam-se os arts. 34, VII e o art. 35, III, da Constituição Federal como indicativos de que o dever de aplicação mínima de recursos nas ações e serviços públicos de saúde ou ensino, preservam a identidade e imutabilidade constitucional, de forma que a violação dos pisos pode ensejar intervenção federal nos estados e Distrito Federal, ou intervenção estadual em municípios.

Assim, diante da maioria dos votos dos Ministros, o Tribunal concedeu integralmente a medida cautelar, afastando, até o exame definitivo, a exclusão do conceito de limite de despesas, ou não, do teto legalmente fixado dos valores alusivos ao pagamento de pensionistas e suspender os efeitos dos incisos I e II do art. 45 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias de Goiás (BRASIL, 2019).

4. TESES DE REPERCUSSÃO GERAL

No presente tópico, passar-se-á às análises das teses de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal de acordo com os mesmos parâmetros de pesquisa, ou seja, “direito à saúde” e “reserva do possível”. Ademais, no que tange ao tema das teses de repercussão geral, Didier (2016, p. 376) dispõe que “a solução do caso vale apenas para as partes mas o precedente tem eficácia *erga omnes*.”

Sendo assim, frise-se que, segundo disposto pelo próprio STF, as teses de repercussão geral são os julgamentos levados através de recursos extraordinários que contemplam temas relevantes acerca de circunstâncias econômicas, políticas, sociais ou jurídicas que ultrapassem os interesses subjetivos da própria causa em análise (BRASIL, 2018). Diante do disposto, passa-se à análise das referidas teses.

Inicialmente, fora analisado entendimento do Supremo Tribunal Federal de 03/12/2015 sobre o acesso de paciente à internação pelo SUS com a possibilidade de

melhoria do tipo de acomodação, bem como atendimento por médico de sua confiança mediante pagamento de diferença (BRASIL, 2015). Frise-se que por parte do Ministro Dias Toffoli, fora negado provimento ao referido recurso, sob os fundamentos de que a regra que veda acomodações superiores e atendimento diferenciado por próprio médico do SUS, mediante pagamento de diferença, é constitucional, de modo que não fere o direito à saúde e nem a autonomia profissional do médico. Alega-se ainda, que tal situação poderia propiciar a criação de duas categorias de pacientes no Sistema Único de Saúde (SUS), podendo acarretar a prestação de serviços de menor qualidade para indivíduos de baixa renda, gerando uma precariedade no fornecimento do direito à saúde nesse sentido.

Ademais, cabe salientar que os votos dos demais Ministros se deram todos no mesmo sentido, pontuando-se ainda sobre o fato de que não há dever por parte do Estado de atender uma prestação individual, se não for possível e viável a realização igualitária aos demais indivíduos na mesma situação, e que caso fosse instituída a diferenciação de pacientes em questão, gerariam automaticamente duas categorias deles, aqueles que pagariam complementos para benefícios, e aqueles que não pagariam valor algum, corroborando de tal forma para oscilação na qualidade dos serviços, sendo uma pretensão contrária à Constituição Federal, que poderia inclusive gerar desigualdade social (BRASIL, 2015).

Passa-se então à análise do Inteiro Teor do Acórdão com julgamento em 16/02/2017, acerca do Recurso Extraordinário que trata sobre a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados a presos em virtude da superlotação e encarceramento em situações degradantes, além da possibilidade de invocação do princípio da reserva do possível para eximir o Estado de indenizar tais danos. Fora constatado que os danos causados eram inegáveis, considerando-se ainda relatórios feitos pela Vigilância Sanitária, documento do Departamento Penitenciário Nacional e Decreto do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, que comprovaram a situação que os detentos do presídio de Corumbá são diariamente submetidos, desde falta de higiene até problemas estruturais (BRASIL, 2017).

Destaca-se acerca do Acórdão supracitado, que o Estado de Mato Grosso do Sul alega que a pretensão do requerente encontraria objeção por conta da reserva do possível, pois os acontecimentos em questão seriam derivados da incapacidade de o Estado destinar recursos suficientes para a melhora do sistema prisional. Frise-se que salientou o Ministro Luís Roberto Barroso, que o fato de o Estado ter se desobrigado de comprovar a efetiva insuficiência de recursos, argumentando apenas de forma genérica, teria sido por si só motivo de afastamento da incidência da cláusula da reserva do possível.

Ademais, o segundo motivo de afastamento de justificativa de invocação do referido princípio, seria o fato de que é inviável a sua alegação quando usada como artifício para anular direitos fundamentais estabelecidos pela própria Constituição Federal, no presente caso, os direitos dos presos. Por fim, o terceiro ponto que demonstra ser incabível o princípio da reserva do possível, é o ponto inegável do valor intrínseco do ser humano (BRASIL, 2017), de modo que a saúde financeira dos Estados não seria mais importante do que a compensação dos danos morais dos presos. Concluiu-se, portanto, que o Estado seria sim responsável pela indenização ~~ora~~ requerida, e que a cláusula da reserva do possível para afastar tal responsabilidade seria indevida.

Por fim, passa-se à análise do último resultado encontrado nos parâmetros

estabelecidos para a pesquisa do presente Artigo Científico. Analisa-se o acórdão do Relator Min. Marco Aurélio com julgamento em 20/04/2017, acerca de um Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto Nacional de Seguridade Social tendo em vista que fora condenado pela Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região a conceder benefício assistencial disposto no art. 203, V, da Constituição Federal, à estrangeira residente do país, ou seja, denota-se que o ponto crucial do referido julgado é definir se a nacionalidade brasileira deve ser considerada requisito para concessão do referido benefício (BRASIL, 2017).

Diante da análise do referido acórdão, denota-se o posicionamento do Relator de que o benefício assistencial deve ser considerado como um direito fundamental, haja vista os princípios da dignidade humana, solidariedade e erradicação da pobreza, concretizando uma assistência aos desamparados conforme art. 6º do Diploma Maior, a fim de garantir proteção àqueles que não podem garantir sua subsistência. Ademais, fora salientado ainda que, o estrangeiro residente do país também participa do esforço para a construção da sociedade, devendo ser fornecido a estes, prestações essenciais ao ser humano para garantir o mínimo existencial, ponto também destacado no presente artigo.

Portanto, fora concluído o voto do Relator Min. Marco Aurélio exaltando o art. 5º da CF no que diz respeito à assistência social, prestada a quem dela necessitar sem restrições entre brasileiros natos ou naturalizados, não havendo o que se falar ainda na procedência do argumento da reserva do possível, visto que o orçamento não dispõe de valor absoluto, e que não foram sequer demonstradas provas técnicas de indisponibilidade de recursos, fixando então a tese de que os estrangeiros residentes no Brasil são sim beneficiários da assistência social (art. 203, inciso V, da Constituição Federal), atendidos os requisitos legais e constitucionais. Frise-se ainda, que o voto foi acompanhado pelos demais Ministros, negando então o Recurso Extraordinário interposto pelo INSS (BRASIL, 2017).

CONCLUSÃO

Em síntese, observou-se que o texto constitucional promulgado em 1988 introduziu no plano jurídico brasileiro a previsão do direito à saúde como direito fundamental, trazendo aspectos de dignidade da pessoa humana, bem como valores de igualdade, liberdade e justiça. Outrossim, destacou-se que no plano jurídico da eficácia, o fator financeiro configura o principal impedimento, visto que diante da multiplicidade de tratamentos médicos as prestações voltam-se à observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pautado no binômio da necessidade-possibilidade, tendo em vista o princípio da reserva do possível.

No que tange a aplicação do princípio da reserva do possível como garantidor do mínimo existencial, pode-se compreender a indispensabilidade de uma análise da situação pecuniária em conjunto com a circunstância atinente à reserva do possível, visto que esta não pode ser arguida sob único e exclusivo fundamento de ausência de recursos financeiros por parte do Estado, além disso, compreendeu-se ainda a relevância do princípio do mínimo existencial como persecutor da execução dos direitos fundamentais.

Diante da análise através da hipótese, chegou-se à conclusão de que a mesma fora refutada, considerando-se o fato de que não ocorreu necessariamente uma evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização da saúde no século XXI, mas sim, uma linearidade, de modo a seguir uma lógica e/ou linha de

raciocínio dentro dos parâmetros consuetudinários que privilegia a previsão constitucional.

Conclui-se sugestionando um possível encaminhamento de pesquisa que verse acerca do cumprimento dos supracitados acórdãos, no qual dar-se-á início à fase processual que de fato haverá a concretização do direito pretendido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4066 / DF.** Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 24 de agosto de 2017. Publicação: 07/03/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381361/false>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6129 MC / GO**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 11 de setembro de 2019. Publicação: 25/03/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417757/false>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581352 AgR / AM.** Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de outubro de 2013. Publicação: 22/11/2013 .Disponivel em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249260/false>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337 / SP**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Publicação: 15/09/2011 .Disponivel em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642536 AgR / AP.** Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. Publicação: 27/02/2013 .Disponivel em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur225226/false>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727864 / PR**. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de novembro de 2014. Publicação: 13/11/2014 .Disponivel em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur284429/false>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745745 / MG.** Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 02 de dezembro de 2014. Publicação: 19/12/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur289204/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC / DF.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Publicação: 19/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg# :~:text=1.-,Repercuss%C3%A3o%20Geral,os%20interesses%20subjetivos%20da%2 0causa. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 345**. Rel. Ministro Celso de Mello, 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm. Acesso em: 28 mai.2020.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 368564 / DF**. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Publicação: 10/08/2011. Disponivel em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur195744/false>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580252 / MS**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 16 de fevereiro de 2017. Publicação: 11/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373162/false>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 581488 / RS.** Recorrente: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: União e

outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 de dezembro de 2015. Publicação: 08/04/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344717/false>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 587970 / SP.** Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de abril de 2017. Publicação: 22/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374061/false>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 47 AgR / PE**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Publicação: 30/04/2010 .Disponivel em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur176410/false>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR / CE**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur176416/false>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada 223 AgR / PE**. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Relatora: Min. Ellen Grace. Brasília, 14 de abril de 2008. Publicação: 09/04/2014.Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur260481/false>. Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf. Acesso em: 28 mai. 2020.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 28/05/2020.

GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 27. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.htm l. Acesso em: 28 mai. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. **Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/552751/001128855.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 mai. 2020

REISSINGER, Simone. **Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sustein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil.** 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.** New York: New York University. 1995.

A EMPREITADA COM O FORNECIMENTO TOTAL DE MERCADORIAS E A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE IRPJ E CSLL NO LUCRO PRESUMIDO

William Holz[1]
Lucas Rafael Gonçalves Corrêa Cidral[2]
Gabriel de Borba Schulz[3]

Resumo: O presente artigo científico visou explorar a possibilidade de redução de IRPJ e CSLL em empreitadas com fornecimento total de mercadorias por empresas do lucro presumido. Através de análise de precedentes de atos normativos da Receita Federal do Brasil, vislumbrou-se que a discussão sobre esse tema já se estende por muitos anos no âmbito administrativo e judicial, o que poderia gerar confusões ao intérprete da lei. A conclusão que se chegou, contudo, é benéfica ao contribuinte, uma vez que, caso forneça todos os materiais indispensáveis à execução da obra – sendo tais materiais incorporados à obra – os percentuais do IRPJ e CSLL poderão ser reduzidos, reduzindo a carga tributária global do contribuinte.

Palavras-chave: Construção Civil; Fornecimento de Mercadorias; Lucro Presumido; IRPJ e CSLL.

INTRODUÇÃO

Em um país em crescimento constante, como é o Brasil, é curial que o intérprete da norma tenha conhecimento sobre aspectos práticos da incidência de tributos em empresas do setor da construção civil. Neste campo de atuação, requer-se da empresa um amplo conhecimento da legislação tributária federal, estadual – mesmo que não recolha ICMS – e municipal, sob pena de sofrer uma carga tributária maior que seus concorrentes e perder competitividade, por exemplo.

Ora, se tratando de um país de proporções continentais, é comum se deparar com situações de flagrante inconstitucionalidade, sobretudo quando se intenta obrigar a empresa a recolher ICMS pela prestação de serviços na construção civil, possibilidade rechaçada pela Carta Magna. Situações teratológicas ao direito tributário acabam por causar insegurança jurídica em grande parte dos setores produtivos do país, o que afeta diretamente o crescimento econômico a médio prazo.

Por razões como essa é que o setor da construção civil deve estar atento para a possibilidade de redução de IRPJ e CSLL recolhidos no regime tributário do lucro presumido, quando realizar empreitada com o fornecimento total de mercadorias.

Considerando que a matéria foi exaustivamente tratada pela Receita Federal do Brasil, atualmente, há diversas Instruções Normativas e Soluções de Consulta que servem de baliza para o setor. Ainda que se trate de assunto que pareça, num primeiro momento, ultrapassado, o Poder Judiciário tem sido chamado constantemente para atuar em demandas deste espeque, o que reforça a importância de debater este tema, sobretudo quando há precedentes favoráveis ao contribuinte.

1. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille, advogado inscrito na OAB/SC nº 46.588. Endereço eletrônico williamholz@wholz.com.br.
2. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille, advogado inscrito na OAB/SC nº 46.240. Endereço eletrônico lucas@wholz.com.br.
3. Graduado em Direito pelo Centro Universitário – Católica de Santa Catarina em Joinville, advogado inscrito na OAB/SC nº 60.247. Endereço eletrônico gabriel@wholz.com.br.

1. DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM FORNECIMENTO DE MATERIAL POR PARTE DO PRESTADOR

Preliminarmente, salutar ilidir qualquer dúvida no que tange à tributação da prestação de serviços com fornecimento de material.

Considerando como exemplo uma construtora em que a atividade principal é a construção de edifícios (CNA nº 41.20-4-00), este serviço está expresso no item 7, subitem 7.02, da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Por existir previsão legal da incidência do ISS nos serviços de construção civil, não é possível incidir, salvo disposição em contrário, o ICMS, mesmo que ocorra o fornecimento de materiais por parte da prestadora. De acordo com o art. 1º, §2º, da Lei Complementar nº 116/2003, em via de regra, incidirá apenas o ISS, mesmo que o serviço prestado envolva o fornecimento de mercadorias:

> Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.
> § 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

O §2º expressamente exclui os serviços mencionados da incidência do ICMS, ainda que envolvam, eventualmente, fornecimento de mercadorias. Neste sentido também entende Paulsen:

> Incidirá o ISS, também, quando a prestação de serviços se dê mediante fornecimento de mercadorias, ou seja, que haja um duplo objeto negocial, caracterizando uma operação mista. O art. 1º, caput e §2º, da Lei Complementar nº 116/03 estabelece que o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da sua lista anexa e que os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao ICMS, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias. (2019, p. 403).

Deste modo, percebe-se que somente incidirá o ICMS quando as mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, na teia do art. 155, II, §2º, IX, b, da Carta Maior.

Nota-se que o ISS e o ICMS, salvo disposição contrária, são excludentes um do outro, ou seja, só será possível aplicar um dos referidos impostos na operação executada pelo contribuinte. No que tange à base de cálculo do ISS nestas operações (subitem 7.02), a Lei Complementar nº 116/2003 determina que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço prestado, não incluindo o valor dos materiais fornecidos pelo prestador.

Em relação ao INSS a ser recolhido, a Instrução Normativa 971/2009 da Receita Federal possui determinação latente de que os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, fornecidos pela contratada, discriminados no contrato e na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, desde que restem comprovados pelo contribuinte.

Verifica-se que a legislação admitiu a dedução, na base de cálculo da retenção, dos valores referentes à utilização desses materiais/equipamentos, mas, para tanto, foram impostas as seguintes condições que devem ser cumpridas cumulativamente: **a)** o fornecimento de material e/ou equipamento deve estar previsto em contrato (excetuada a hipótese em que a utilização de equipamento for inerente à execução dos serviços) e **b)** os valores de materiais e/ou equipamentos devem estar discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

Nos casos em que não houver estipulação da discriminação dos valores dos materiais EM CONTRATO, apenas na nota fiscal, a base de cálculo da retenção corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços.

Por sua vez, o § 1º do art. 122 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, disciplinou as situações em que a utilização de equipamentos é inerente à execução dos serviços contratados. Nesta hipótese, a dedução dos valores referentes aos equipamentos utilizados fica condicionada à discriminação dessas importâncias na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não podendo a base de cálculo da retenção ser inferior ao valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais sobre o valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços: 10% (dez por cento) para pavimentação asfáltica; 15% (quinze por cento) para terraplenagem, aterro sanitário e dragagem; 45% (quarenta e cinco por cento) para obras de arte (pontes ou viadutos); 50% (cinquenta por cento) para drenagem; 35% (trinta e cinco por cento) para os demais serviços de construção civil realizados com a utilização de equipamentos, exceto os manuais; 50% (cinquenta por cento), para a prestação de serviços em geral.

Enfim, a base de cálculo da retenção previdenciária, em regra, será o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços. Porém, a legislação previdenciária admite o abatimento, nessa base de cálculo, dos valores relativos a materiais/equipamentos utilizados na execução dos serviços, mas, para tanto, deverão ser observadas as regras supramencionadas e descritas nos artigos 121 e subsequentes da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, conforme determinado na Solução de Consulta COSIT nº 32/2017.

Portanto, em relação à prestação de serviços envolvendo à construção civil, deve incidir o ISS sobre o serviço prestado, mesmo com fornecimento de materiais, tendo em vista que tal atividade está devidamente expressa na Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, consoante fundamentação anteriormente exposta.

2. DA BASE DE CÁLCULO APLICADA DE IRPJ E CSLL NO LUCRO PRESUMIDO

Merece destaque o apontamento da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), para as empresas optantes do Lucro Presumido que prestam serviços e fornecem materiais.

Por força do artigo 15, III, a, da Lei nº 9.249/1995, para a prestação dos serviços em geral, a base de cálculo do IRPJ será de 32% sobre a receita bruta auferida mensalmente.

Por ser uma atividade de prestação de serviço que sofre a incidência do ISS, a base de cálculo aplicada poderia ser, em primeiro momento, a de 32%. Contudo, considerando os custos suportados pelo contribuinte nos casos de empreitada com o fornecimento total dos materiais utilizados, a Secretaria da Receita Federal possibilitou a

aplicação do percentual de 8% (IRPJ) e 12% (CSLL), sobre a receita bruta mensal auferida nas atividades de empreitada na modalidade total (global), ou seja, quando o empreiteiro fornece todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra.

Tal entendimento tem raízes profundas na interpretação da própria administração fiscal: A Instrução Normativa SRF nº 480/2004 e Instrução Normativa SRF nº 539/2005 já traziam disposições neste sentido, ambas foram revogadas pela Instrução Normativa RFB nº 1.234/2012, que manteve o entendimento. Mais recentemente, apesar de não revogar a IN anterior, a IN RFB nº 1.700/2017, dispôs o seguinte em seu art. 33:

> Art. 33. A base de cálculo do IRPJ, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta definida pelo art. 26, auferida na atividade, deduzida das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.
> § 1º Nas seguintes atividades o percentual de determinação da base de cálculo do IRPJ de que trata o caput será de:
> d) na atividade de construção por empreitada com emprego de todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra;

Observa-se que para apuração da base de cálculo de 8%, é exigível o fornecimento por parte do prestador de serviços de todos os materiais indispensáveis à empreitada, sendo que tais materiais devem ser incorporados à obra.

A empreitada só será caracterizada na modalidade total quando houver a prestação dos serviços cumulado com o fornecimento de todos os materiais necessários e indispensáveis para a execução da obra. De outro modo, ainda que a empresa empreiteira seja responsável pela execução completa da obra, a modalidade de construção será denominada com empreitada parcial.

Sobre a exigência de fornecimento dos materiais indispensáveis à empreitada, a jurisprudência pátria dos Tribunais Regionais Federais é uníssona no sentido de que o fornecimento parcial implicaria no percentual de 32%. Isto é, a redução da base de cálculo para 8% só seria possível mediante o fornecimento total dos materiais necessários.

Em julgamento sobre a matéria, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região se manifestou de forma consonante ao exposto, como se depreende do trecho extraído do julgamento:

> Para que incidissem as alíquotas inferiores (8% para IRPJ e 12% para CSLL), as supostas atividades de construção civil teriam que ser realizadas na modalidade empreitada com fornecimento total de mercadorias, isto é, o empreiteiro deveria fornecer todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais mercadorias incorporadas à obra, nos termos da IN RFB 1.234/2012 (art. 2º, § 7º, II).

No ponto, registro que a referida instrução normativa adotou o mesmo entendimento da legislação antecedente (IN SRF n.º 480, de 2004, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa SRF n.º 539, de 2005), utilizando inclusive texto idêntico. Assim, não merece acolhida a tese de que inexistia ato normativo regulamentando a questão antes do advento da IN RFB 1.234/2012.

A par disso, registro que, na hipótese, como bem examinado pelo Juiz a quo, as cláusulas constantes nos contratos sociais juntados aos autos (ev. 01, CONTR17 a CONTR21) demonstram que as contratações não se deram mediante fornecimento da totalidade dos materiais.

Dessa feita, os argumentos suscitados em sede de apelo não têm o condão de modificar a decisão singular, devendo ser mantido o entendimento de que as atividades em questão configuram prestação de serviços em geral, incidindo a alíquota de 32% sobre a receita bruta auferida para fins de recolhimento de IRPJ e CSLL, nos termos da Lei 9.249/1995". (TRF-4 - AC: 50055734120134047206 SC 5005573-41.2013.404.7206, Relator: JOÃO BATISTA LAZZARI, Data de Julgamento: 29/07/2015, PRIMEIRA TURMA)

Sobre a exigência de incorporação dos materiais fornecidos e utilizados, vale citar o julgamento da Apelação Cível nº 00168473720134036100, no TRF da 3ª Região, oportunidade que os Desembargadores Federais entenderam que, segundo o artigo 84[4] do Código Civil, os materiais destinados à construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua condição de bens móveis. Assim, quando se fala em emprego de materiais em empreitada de construção refere-se somente àqueles efetivamente incorporados à obra, convertendo sua categoria de bem móvel para bem imóvel.

Desta feita, em via de regra, quando houver a contratação por empreitada global, com fornecimento, pelo prestador do serviço, de todos os materiais indispensáveis à execução da obra, sendo tais materiais incorporados a esta, será aplicada o percentual de 8% para o IRPJ e 12% para o CSLL. Este entendimento está amparado pela Solução de Consulta COSIT nº 08/2014:

> Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ
> EMENTA: Lucro presumido. Construção civil. Empreitada. Fornecimento de material. Percentual.
> Às receitas decorrentes da prestação de serviços de construção civil somente se aplica o percentual de presunção de 8% (oito por cento) para o IRPJ na hipótese de contratação por empreitada na modalidade total, com fornecimento, pelo empreiteiro, de todos os materiais indispensáveis à execução da obra, sendo tais materiais incorporados a esta.
> As demais receitas decorrentes de prestação de serviços, salvo as de serviços médicos e hospitalares definidos na legislação, sujeitam-se ao percentual de presunção de 32% (trinta e dois por cento).
> DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 9.249, de 1995, com alterações, art. 15, § 1º, III, "a", e § 2º; Instrução Normativa RFB nº 1.234, de 2012, arts. 2º, § 7º, II, e § 9º, e 38; Ato Declaratório Normativo Cosit nº 6, de 1997.
> ASSUNTO: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL
> EMENTA: Lucro presumido. Construção civil. Empreitada. Fornecimento de material. Percentual.
> Às receitas decorrentes da prestação de serviços de construção civil somente se aplica o percentual de presunção de 12% (oito por cento) para o CSLL na hipótese de contratação por empreitada na modalidade total, com fornecimento, pelo empreiteiro, de todos os materiais indispensáveis à execução da obra, sendo tais materiais incorporados a esta.
> As demais receitas decorrentes de prestação de serviços, salvo as de serviços médicos e hospitalares definidos na legislação, sujeitam-se ao percentual de presunção de 32% (trinta e dois por cento).
> DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 9.249, de 1995, arts. 15 e 20; Lei nº 9.718, de 1998, art. 14; Lei nº 7.689, de 1988, art. 6º; Lei nº 8.981, de 1995, art. 57; Lei nº 9.430, de 1996, art. 28; Instrução Normativa RFB nº 1.234, de 2012, arts. 2º, § 7º, II, e § 9º, e 38; Ato Declaratório Normativo Cosit nº 6, de 1997. (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2014).

4. Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

A referida resposta foi confirmada pela Solução de Consulta COSIT nº 119/2019, que manteve este entendimento ao registrar que é aplicável o percentual de 32% (trinta e dois por cento) quando a empreitada for parcial, com fornecimento de parte do material, ou exclusivamente de mão-de-obra.

No que tange, às instalações hidráulicas e elétricas, a Solução de Consulta COSIT nº 76/2016, concluiu que, se realizadas sob o contrato de empreitada na modalidade total, possuem direito à redução da base de cálculo do IRPJ e CSLL na sistemática do lucro presumido.

Em outras palavras, para todas as demais atividades exercidas pelo contribuinte, que não forem a empreitada global, com fornecimento de mão de obra e de todo o material necessário, nos moldes expostos neste parecer, será aplicada a base de cálculo de 32%, como por exemplo, para serviços autônomos de engenharia e administração de obras.

Por fim, mister destacar que, conforme disposto na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 971 de 2009:

> Terá tratamento de empreitada parcial, aquela realizada por empresa construtora em que tenha ocorrido faturamento de subempreiteiros diretamente para o proprietário, dono da obra ou incorporador, ainda que a subempreiteira tenha sido contratada terá pela construtora. (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2009)

Destarte, nos casos de subcontratação, o contribuinte não poderá gozar da redução da base de cálculo para 8%, devendo aplicar a regra geral da prestação de serviços (32%).

3. DA COMPROVAÇÃO DA EMPREITADA TOTAL

Para a comprovação de que a empreitada realizada foi com fornecimento de todos os materiais necessários, além das notas fiscais de compra, a jurisprudência entende que o contribuinte deverá apresentar os contratos de prestação de serviços, com emprego de materiais, devidamente assinados pelas partes. Senão vejamos:

> TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO POR EMPREITADA COM EMPREGO DE MATERIAIS. ADC Nº 6, DE 13/01/1997. DOCUMENTOS INSUFICIENTES. NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO.INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. [...] 6. Do que consta dos autos, verifica-se que a apelante, quando do ajuizamento da ação, com o propósito de comprovar a utilização de materiais em contratos de empreitada, juntou cópias de notas fiscais de compras desses materiais, adquiridos no ano de 2004 (fls. 33-76 e 83-1.648). Instada a especificar as provas (fls. 1725), juntou aos autos cópia de seu contrato social, vigente à época dos fatos (fls. 1.736-1739). Posteriormente, às fls. 1750-1751, requereu a juntada aos autos dos contratos relativos a serviços prestados (fls. 1753-1787), os quais, segunda alega, demonstram, de forma inequívoca, que a empresa se obriga ao efetivo resultado das obras contratadas, sujeitando-se aos riscos de sua atividade econômica, bem como fornece a mão-de-obra e os materiais necessários à sua execução. 7. Ao contrário do alegado pela recorrente, os documentos de fls. 1753-1787 são, na verdade, propostas de prestação de serviços encaminhadas a diversas empresas, sendo que a única assinatura identificável, aposta nessas propostas é a do sócio-diretor da apelante, sendo possível verificar, ainda, que algumas dessas propostas sequer contém a assinatura do referido sócio-diretor (fls. 1758/1760, 1763/1765), ou do suposto

> responsável pela empresa destinatária (fls. 1761/1762**). 8. Os documentos juntados aos autos não são suficientes à comprovação do fato constitutivo do direito alegado pela apelante que, *in casu*, depende da indispensável juntada dos contratos de empreitada, com emprego de materiais, devidamente assinados pelas partes,** relativos ao primeiro semestre de 2004. [...]. 10. Apelação da parte autora desprovida. Recuso adesivo da União/Fazenda Nacional não conhecido. Sentença mantida. (TRF-2 05199213520084025101 RJ 0519921-35.2008.4.02.5101, Relator: FERREIRA NEVES, Data de Julgamento: 29/08/2017, 4ª TURMA ESPECIALIZADA).

Deste modo, o contribuinte deve firmar contrato de prestação de serviços com cláusula específica sobre o modo em que será realizada a empreitada, com ou sem fornecimento dos materiais. Com escopo de expressar e comprovar de forma inconteste à atividade que será executada, é possível sugerir que o contrato abarque cláusula consignando a disponibilização integral de todos os materiais e equipamentos indispensáveis à execução do objeto do presente contrato, com a incorporação dos materiais à obra após a prestação dos serviços.

Caso o contrato já esteja firmado e não contenha essa cláusula, é aconselhável firmar um termo aditivo para incluir tal disposição. Lembrando que se o contrato dispor que determinado equipamento e/ou material não será fornecido pelo prestador do serviço, há o risco de a fiscalização entender que não foram fornecidos todos os bens necessários para a execução do serviço. Destarte, se for necessário excluir alguns equipamentos e materiais do contrato, sugere-se adotar cláusula informando que determinado bem não era essencial e indispensável para a execução do objeto do contrato.

Portanto, caso o contribuinte seja fiscalizado, este deverá demonstrar através dos contratos de prestação de serviços e das notas fiscais (de aquisição dos materiais e de prestação dos serviços), que executou a empreitada na modalidade global, com a prestação dos serviços e o fornecimento de todos os materiais necessários para à execução da obra, descriminando estes materiais no contrato – ou em planilha anexa – e na nota fiscal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível auferir que o prestador de serviços que fornece os materiais necessários para a execução do contrato deve recolher o ISS apenas sobre o valor do serviço prestado, excluindo da base de cálculo os materiais utilizados.

De igual modo ocorre com a base de retenção do INSS, desde que o valor dos materiais e equipamentos estejam devidamente descritos no contrato e na nota fiscal.

Enfim, conclui-se que o contribuinte prestador de serviço optante pelo lucro presumido, em regra geral, deverá apurar a base de cálculo do IRPJ e CSLL pelo percentual de 32% sobre a receita bruta auferida, exceto nos casos de empreitada na modalidade total (global), na qual o contribuinte fornece todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra; neste caso, aplica-se o percentual de 8% para IRPJ e 12% para a CSLL.

Em caso de fiscalização, o contribuinte deverá comprovar, mediante apresentação das notas fiscais e dos contratos firmados com terceiros, que as atividades exercidas se tratavam de empreitada global, com fornecimento dos materiais indispensáveis para a execução do contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

_____. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5005573-41.2013.404.7206**. DJ: 29/07/2015. Jusbrasil. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429288220/apelacao-civel-ac-50055734120134047206-sc-5005573-4120134047206. Acesso em: 21 out. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (Brasil). Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). **INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 971**, Diário Oficial da União, p. 35, 2009. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937. Acesso em: 3 nov. 2020.

_____. Instrução Normativa. Dispõe sobre a retenção de tributos e contribuições nos pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços. **INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 480**, Diário Oficial da União, p. 275, 2004. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15389. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Instrução Normativa. Altera a Instrução Normativa SRF nº 480, de 15 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a retenção de tributos e contribuições nos pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços. **INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 539**, Diário Oficial da União, p. 29, 2005. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15455#:~:text=IN%20SRF%20N%C2%BA%20539%20%2D%202005&text=Altera%20a%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa

%20SRF,fornecimento%20de%20bens%20e%20servi%C3%A7os. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Instrução Normativa. Dispõe sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelos órgãos da administração pública federal direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços. **INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 1.234**, Diário Oficial da União, v. 1, p. 22, 2012. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37200. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Instrução Normativa. Dispõe sobre a determinação e o pagamento do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas e disciplina o tratamento tributário da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no que se refere às alterações introduzidas pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. **INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 1.700**, Diário Oficial da União, v. 1, p. 23, 2017. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268&visao=anotado. Acesso em: 16 out. 2020.

_____. Solução de Consulta. Lucro presumido. Construção civil. Empreitada. Fornecimento de material. Percentual. **SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 8**, Diário Oficial da União, v. 1, p. 36, 2014. Disponível em: http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=51227. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Solução de Consulta. LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL DE PRESUNÇÃO. OBRAS E SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITADA. EMPREGO DE MATERIAL. TRATAMENTOS TÉRMICOS E ACÚSTICOS. **SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 119**, Diário Oficial da União, v. 1, p. 72, 2019. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=99663&visao=anotado. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Solução de Consulta. LUCRO PRESUMIDO. EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO DE REDES DE INSTALAÇÕES ELÉTRICAS, INSTALAÇÕES HIDRÁULICAS E DE SISTEMAS DE PREVENÇÃO CONTRA INCÊNDIO. **SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 76**, Diário Oficial da União, v. 1, p. 28, 2016. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=74461. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Solução de Consulta. RETENÇÃO. CESSÃO E EMPREITADA DE MÃO DE OBRA. SERVIÇOS/OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. FORNECIMENTO DE MATERIAIS. DEDUÇÃO. **SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 32**, Diário Oficial da União, v. 1, p. 23, 2017. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=79751. Acesso em: 14 out. 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**: Completo. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 557 p. v. 1. ISBN 978-85-53602-69-8.