5ª EDIÇÃO

Revista Eletrônica

OAB SANTA CATARINA | Subseção Joinville



A Revista dos Advogados(as) da Subseção de Joinville
Gestão 2019-2021

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Selhorst Barbosa
Advogado OAB/SC nº 39.740

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

Dr. Cláudio Melquiades Medeiros
Advogado OAB/SC nº 13.210

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

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

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

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA DA REVISTA

Bárbara Madalena Heck da Rosa
Advogada OAB/SC nº 49.343

Carlos Henrique Ribas Pereira
Advogado OAB/SC nº 43.816

Jonathan Maicon Francisco
Advogado OAB/SC nº 53.350

Valdir Bittencourt Júnior
Advogado OAB/SC nº 28.665

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.1 n.5 2019 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	v.1 n.5	p. 1/325	2019

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 de Imprensa
Kevin Sousa

Desenvolvimento Web
Cristian Feldes

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

Brasil. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville
Revista Eletrônica da OAB Joinville – v. 1 n. 1 (jul. dez. 2010) – Joinville: 9ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

Semestral
Irregular até 2011; Interrompida em 2012; semestral em 2019.
Publicada como Revista Eletrônica no site da 9ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.
ISSN 2178-8693

1. Direito - Periódico. 2. Doutrina I. Santa Catarina. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville

Ficha elaborada conforme as normas do Código de Catalogação Anglo-Americano 2. ed., revisão 2002.
É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes nesta revista, desde que citada a fonte.
O conteúdo dos textos é de responsabilidade de seus autores.

SUMÁRIO

Editorial 06

SEÇÃO DE ARTIGOS

O BACKLOG NO PROCESSO DE CONCESSÃO DE PATENTES NO BRASIL
Ana Beatriz Vieira da Silva e Beatriz Regina Branco.....07

LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO EM TEMPOS DE FLEXIBILIZAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O ARTIGO 611-A DA CLT
Ana Cláudia Barbosa Dias.....25

A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017 E SUA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE
Bianca Carolina Marcos e Luís Felipe do Nascimento Moraes.....42

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE VIOLENTA E SELETIVA
Bruna Boldo Arruda.....61

ASPECTOS SOBRE O DIREITO PORTUÁRIO BRASILEIRO
Bruna Letícia Trupel e Josiane Lader.....87

GARANTIA FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: DIREITO REAL SOBRE COISA PRÓPRIA E SEUS REFLEXOS SOCIAIS
Camila Woiciekovski Nogacz.....107

AS ALTERAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE AS DISPOSIÇÕES QUE ACARRETAM ÔNUS FINANCEIRO AO PROCESSO DO TRABALHO
Franciano Beltramini.....115

A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL
Frederico Wellington Jorge e Victor Bambinetti Gonçalves.....128

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIREITO DO GENITOR DE CONVIVER COM A PROLE
Gabriela Manarin e Giliane Lisboa.....142

A PRECARIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA:
UMA PERSPECTIVA BIOPSICOSSOCIAL
Gustavo Lehmkuhl Goedert e Anna Lethícia dos Santos.....152

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MULTIPARENTALIDADE E OS REFLEXOS NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE
Jaqueline Lutkemeyer Rigo e Anna Lethicia dos Santos.....168

TÍTULOS DE CRÉDITO E ASSINATURAS DIGITAIS
Nicholas Alessandro Alves Medeiros e Stefane Ionara Sutil Gamba.....183

O FENÔMENO BACKLASH NO BRASIL
Jessyca Vieira Lorencetti e Mauricio Mesurini da Costa.....197

DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO:
UMA LEITURA A PARTIR DE PAULO BONAVIDES
José Edilson da Cunha Fontenelle Neto e Rafael Osorio Cassiano.....212

A TUTELA JURÍDICA DOS SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS:
PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO DA BAÍA DA BABITONGA EM JOINVILLE-SC
Maria Jose Goulart Vieira.....227

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A TUTELA DA PRIVACIDADE NO BRASIL:
UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO
Marie Laure Girard Zimmerlin.....239

A EXCEPCIONALIDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO CRITÉRIO VIOLADOR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Mariana de Moraes Santos e Anna Lethicia dos Santos.....262

O PENSAMENTO REPUBLICANO DE MAQUIAVEL E O SILÊNCIO DE ALGUNS MANUAIS
Mauricio Mesurini da Costa.....281

DAS POSSIBILIDADES DA PONDERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DE SUA NÃO VINCULAÇÃO A UM MÉTODO ESPECÍFICO
Rodrigo Meyer Bornholdt.....299

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO DIREITO BRASILEIRO:
AVANÇOS E RETROCESSOS
Thalyta dos Santos e Geisiane dos Santos de Oliveira.....305

EDITORIAL

É com orgulho e alegria que se encaminha à comunidade jurídica a 5ª edição da Revista Eletrônica OAB Joinville. Esta edição compõe-se de 20 artigos, de autoria de advogados, professores, acadêmicos, pesquisadores, magistrados entre outros, sobre temas jurídicos diversos, contemplando os mais variados campos do direito e trazem reflexão sobre assuntos pertinentes ao universo jurídico e demais áreas afins das ciências sociais aplicadas.

A Revista Eletrônica OAB Joinville é uma publicação seriada da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina - Subseção de Joinville e tem como escopo estimular pesquisas sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de artigos, socializando o conhecimento produzido pela comunidade jurídica de Joinville e região, integrando os advogados e demais operadores do direito nas áreas da pesquisa e capacitação profissional.

O trabalho de coordenação editorial da Revista contou com a atuação competente e abnegada da Dra. Janaína Silveira Soares Madeira, que, juntamente com o Conselho Editorial e o Conselho de Apoio e Pesquisa, procederam à análise imparcial e seleção dos trabalhos enviados.

A seleção dos textos obedeceu aos critérios de competência acadêmica e de excelência na pesquisa dos objetos por eles estudados. Releva notar que, autenticidade, coerência e atualização das informações da produção textual são de responsabilidade exclusiva dos autores. As opiniões e conclusões manifestadas não espelham necessariamente posicionamentos da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, Subseção Joinville.

A presente edição tem um propósito extensivo e inclusivo, bem por isto, além dos colegas advogados e advogadas, a revista busca alcançar os demais estudiosos do direito. Sejam eles iniciantes ou experientes, quer estejam na graduação, na pós-graduação ou laborando na construção de teses; e, ainda que a leitura seja para mero deleite intelectual, todos e todas são bem-vindos!

Mas é preciso considerar que a finalidade precípua de uma revista que reúne textos acadêmicos é a produção do conhecimento. De um lado, a leitura das teses contidas nos estudos dos autores que participam da edição; e de outro, o conhecimento novo que exsurge da reflexão do leitor sobre o texto lido.
Nesta toada é oportuna a afirmação de John Locke: *"A leitura fornece apenas matérias para o conhecimento. É o que pensamos que faz o que lemos, nosso".*

Oxalá os leitores desta 5ª edição da Revista Eletrônica OAB Joinville, se apropriem do conhecimento e a partir dele, criem um novo saber.

A todos, boa leitura!

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

O *BACKLOG* NO PROCESSO DE CONCESSÃO DE PATENTES NO BRASIL

Ana Beatriz Vieira da Silva[1]
Beatriz Regina Branco[2]

Resumo: O presente estudo trata do *backlog* no processo de concessão de patentes no Brasil. O tema é importante em razão de como o *backlog* pode influenciar no tempo investido para a concessão de uma patente no Brasil e as consequências que o processo pode trazer para o avanço tecnológico do país. A pesquisa tem como objetivo geral, analisar as consequências do *backlog* no processo de concessão de patentes no Brasil. A pesquisa possui abordagem qualitativa e explicativa, sendo o método de investigação dedutivo. As referências utilizadas neste estudo são pautadas em livros, artigos científicos, além de leis brasileiras e tratados internacionais, sendo a pesquisa de tipo bibliográfica e documental. A questão abordada nesse estudo demonstrou que o *backlog* é um problema recorrente em diversos países no mundo, além do Brasil. De acordo com os dados apresentados ao longo da pesquisa, verifica-se um aumento no número de pedidos depositados nos principais escritórios de patentes de todo o mundo. Como forma de combate ao *backlog*, esses escritórios têm tomado medidas para a diminuição do *backlog*, inclusive no Brasil, que adotou a tecnologia e a capacitação de novos examinadores. Apesar disso, o *backlog* ainda é um grande desafio no processo de concessão de patentes no Brasil e no mundo.

Palavras-chave: Backlog. Patentes. Avanço tecnológico.

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo trata do *backlog* no processo de concessão de patentes no Brasil. Atualmente, o instituto das patentes trabalha com a ideia de impulsionar o progresso técnico-industrial, de modo que fomente a efetivação e a divulgação de invenções. Nessa perspectiva, a concessão da patente age como um incentivo concedido pelo Estado para que novas invenções sejam criadas. Assim, as patentes, principalmente as de invenções, têm função de servir como um instrumento tecnologia (SEGALA e GREGORI, 2017).

Além disso, as patentes têm influenciado, também, em questões ambientais e de sustentabilidade. Com a busca de soluções para preservação ambiental, surgiram tecnologias visando a investigação e o desenvolvimento, sendo necessário sua proteção por meio do sistema de patente (TEIXEIRA, 2017). Ressalta-se que o deferimento de patentes de tecnologia limpa, contribui para a energia alternativa, o transporte, a conservação de energia, a agricultura e até gerenciamento de resíduos sólidos. Nesse sentido, o registro de patentes constrói indicadores de desenvolvimento científico, motivando a criação de novas tecnologias sustentáveis (SANTOS e SANTOS, 2018).

As patentes também têm importância para a saúde através da patenteabilidade de medicamentos. A concessão desse tipo de patente, incentiva o investimento no desenvolvimento de medicações, principalmente para doenças como AIDS e Câncer. Em decorrência disso, um país que introduz a patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos no ordenamento, está se inserindo em um contexto da economia globalizada. A patente de medicamentos pode ser um mecanismo de promoção da saúde pública,

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. Estagiária no Jurídico da Caixa Econômica Federal. E-mail: ana-beatriz.vieira@hotmail.com.
[2] Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. Coordenadora do Programa de Extensão do Juizado Especial na Univille e Vice Coordenadora do Curso de Direito da Univille. E-mail: beabranco@uol.com.br.

melhorando a qualidade de vida, através do desenvolvimento de medicamentos e procedimentos (RIBEIRO, 2017).

Com o depósito e concessão das patentes, o avanço na produção cientifica e tecnológica vem aumentando significativamente. Por essa razão, o número de pedidos de patentes é crescente no mundo, inclusive no Brasil (CRUZ *et al*, 2017). Dessa forma, a concessão de patentes é importante para o aspecto econômico, social e sustentável do país, possibilitando o avanço da tecnologia e conferindo proteção ao inventor para produzir ciência e tecnologia.

Diante do avanço na produção cientifica e tecnológica, houve uma ampliação nos pedidos de concessão de patentes. Ocorre que o aumento da atividade patentária criou uma carga maior de trabalho de exame. Consequentemente, a concessão da patente tem levado mais tempo que o necessário, devido a complexidade da efetivação de sua análise (GARCEZ JÚNIOR e MOREIRA, 2017). Este tempo de espera gera acumulação de trabalho, surgindo um obstáculo que atrasa a concessão de patentes no país. Em outras palavras, o tempo de espera para análise de concessão de patentes é denominado backlog (GUEDES e SARTORI, 2017).

Nesse aspecto, o *backlog* de patentes prejudica a sociedade, interferindo na entrada de novos produtos no mercado, como os medicamentos, trazendo aumento em gasto do governo para suprir essa medicação que não está circulando (JANUZZI e VASCONCELOS, 2017).O número de depósitos anuais de patentes tem superado a capacidade administrativa para processar os pedidos e a demora no processamento é um problema que ocorre em diversos escritórios de patentes no mundo (MOREIRA, 2017). Além do mais, não há examinadores suficientes para analisar esses depósitos, pois o número de pedidos supera a quantidade de examinadores. Em razão disso o Brasil está vivendo o maior *backlog* da história do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Tendo em vista que os procedimentos adotados não estão sendo eficazes no combate do aumento de número de patentes, é alarmante a possibilidade do contínuo crescimento do backlog (ALMEIDA, 2017).

O aumento do tempo de exame no processo de concessão das patentes, gera custos ao sistema de patentes, além de prejuízos à economia e à inovação. O processo burocrático e lento torna a proteção da patente um cenário pouco convidativo e como consequência as empresas deixam de investir em inovação, diante da falha do Estado em aderir mecanismos de apoio à inovação e integração entre instituições de pesquisa e empresa. (GOUVEIA, 2007). Como resultado, temos um atraso tecnológico no país, possibilitando a competitividade maior de outras nações, prejudicando a economia e o desenvolvimento do Brasil como país e como nação.

1. O SURGIMENTO DAS PATENTES

Em 1400, a patente passou a ser discutida pela sociedade, em razão da necessidade dos governantes fixarem em seus territórios as artes mais úteis e lucrativas da época. O vidro, apesar de ser conhecido há 4.000 a.c, passou a ser moldado de diferentes formas, sendo forjado por ferreiros e artistas como cristais. De acordo com o arquivo Patente História e Futuro elaborado pelo INPI, Veneza vivia do comércio e da compra e venda de produtos, tendo os principais artistas para a confecção de cristais. Desta maneira, surgiu a ideia de conferir uma proteção comercial para aqueles que produzissem vidros e espelhos nos domínios da cidade.

Em 1421 foi concedida a primeira patente de invenção, tendo como objeto um dispositivo para transportar mármore ao engenheiro Fellipo Brunelleschi, sendo que sua vigência durou três anos (POLAKIEWICZ, 1998). Não obstante, os artistas de Veneza ficaram conhecidos como os primeiros da história a obter patentes concedidas pelo Estado. Nesse sentido, em 19 de março de 1474, foi aprovada pelo senado veneziano a primeira lei de patentes conhecida no mundo.

De acordo com Canalli e Silva (2014, p. 746) “esta lei apresenta princípios e regras que permanecem até a atualidade nas leis internacionais: novidade, aplicabilidade, publicidade do segredo, limite de vigência do privilégio e penalidade por violação dos direitos”. Destarte, foi a confecção de cristais através do vidro que transpôs os principais requisitos para a concessão das patentes até os dias de hoje, no século XXI.

Nessa época, a Inglaterra também passou a adotar procedimentos com a finalidade de conferir proteção às invenções. De acordo com os registros da época foi concedida a primeira patente em 1449 a John Utynam para a produção de vitrais. Segundo Canalli e Silva (p. 745), “a concessão previa direitos de exploração por 20 anos, em troca John foi obrigado a ensinar o seu processo a ingleses nativos”. Logo após, as patentes passaram a ser concedidas em séries, sendo o procedimento de concessão difundido por toda a Europa e pelo mundo.

Com a difusão de proteção de patentes pelo mundo, houve a necessidade de criar uma uniformização das regulamentações de diferentes países. Em 1883 foi criada a Convenção Unificada de Paris (CUP), a princípio formalizada por 11 países, dentre eles o Brasil como um dos signatários originais.

Sobre a Convenção, estabelece Formaggini (2013, p.13):

> A Convenção Unificada de Paris (CUP), estabeleceu um patamar mínimo de tratamento uniforme e se fundamentava em três princípios: (i) a independência da concessão entre os países, (ii) o igual tratamento entre nacionais e estrangeiros e, (iii) o direito à preferência para depositar o mesmo pedido em outros países signatários da Convenção.

Além da Convenção de Paris, em 1886 foi criada em sequência a Convenção de Berna, que visava a proteção de direitos autorais. O Estado tinha a prerrogativa de escolher as criações que teriam a proteção da patente em ambas as convenções (FORMAGGI NI, 2013). A Convenção de Paris passou por diversas revisões em determinados períodos, sendo em Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967).

Para Branco (2014, p.176), a Convenção Unificada de Paris “foi elaborada de modo a permitir razoável grau de flexibilidade às legislações nacionais, desde que fossem respeitados alguns princípios fundamentais, que são de observância obrigatória pelos países signatários”. Portanto, o objetivo das Convenções era a aplicação de princípios gerais com o intuito de conferir proteção através da concessão de patentes pelo Estado.

Em 1967, foi formada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Segundo Formaggini, (2013, p.13) o objetivo dessa Organização era “promover a proteção da propriedade intelectual em cooperação com os Estados membros da ONU”. Três anos depois, foi constituído o Tratado de Cooperação em Matérias de Patentes de 1970, denominado PCT (*Patent Cooperation Treaty*).

Apesar de ser concluído em 1970, tal tratado ainda sofreu modificações em 1979, 1984 e 2001. De acordo com Branco (2014, p. 176) o PCT “possibilita a proteção de uma invenção por patente simultaneamente num grande número de países, mediante o depósito de um pedido de patente internacional”. Em seguida, foram criadas diversas legislações internacionais como a Convenção da Patente Europeia (1973) em Munique, a mesma entrou em vigor em 1977 e as primeiras patentes com base nela surgiram em 1980. Tal mecanismo continua em vigor até os dias de hoje. (FORMAGGINI, 2013).

Finalmente, em 1994 no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), foi celebrado o *Trade Relates Aspects of Intelecual Rights* - TRIPS[3], que trata dos aspectos da propriedade intelectual relacionado aos comércios. Em decorrência deste acordo os países signatários vêm adequando suas legislações (BRANCO, 2014).

O artigo 27 do referido Acordo estabeleceu que a vigência da patente não seria inferior ao prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito além das suas diretrizes estabelecerem a implementação de medidas de transição para a proteção de patentes que tem como objeto produtos em desenvolvimento (FORMAGGINI, 2013). No Brasil, o Acordo TRIPS foi incorporado na legislação brasileira por meio do Decreto Legislativo nº 30/1994 e promulgado pelo Decreto presidencial nº 1.355/1994 (CRUZ,2018).

Dentro do sistema internacional de patentes, das convenções mencionadas o Brasil é signatário da Convenção da Unificação de Paris, do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes e do Acordo TRIPS, que segundo Branco (2014, p. 178) “influenciam na produção e no comércio entre empresas, governos e países, bem como no desenvolvimento científico e tecnológico”. Nesse sentido, o Brasil incorporou em sua legislação interna as referidas convenções.

Dessa forma, observa-se que o Brasil tem se envolvido nas questões de propriedade intelectual e industrial em nível internacional, inclusive participando dos principais tratados e acordos em matéria de patentes. Ademais, as patentes ganharam uma importância de nível global, sendo que sua regulamentação ultrapassa as limitações territoriais, tornando o seu processo de concessão de interesse universal.

1.1 O surgimento das patentes no Brasil

A primeira legislação sobre patentes no Brasil, surgiu ainda na época de Brasil-colônia com o Príncipe Regente de Portugal Dom João, através do Alvará de 1809. Consoante o entendimento de Ferreira, Guimarães e Contador (2009, p. 211), o alvará versava sobre a liberdade industrial no país:

> parágrafo VI – sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a nação goze do fruto dessa invenção.

[3] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio.

Entretanto a primeira patente no Brasil só viria a ser concedida após a Independência em 1822. Segundo Canalli e Silva (2011, p. 747), a primeira patente foi concedida na "data de 13 de julho de 1822 e concede por cinco anos, a Luiz Souvain e Simão Cloth o privilégio para auferir lucro com o seu invento, uma máquina de descascar café". Desse modo, o tempo entre o surgimento da patente na legislação brasileira e a concessão da primeira patente é significativo.

Em 1824, foi outorgada a primeira Constituição Brasileira que garantiu em seu artigo 179, XXVI, que os inventores teriam direito as propriedades de suas descobertas, ou das suas produções (BRASIL, 1824). Além disso, o dispositivo legal já previa a exploração exclusiva temporária das invenções. Contudo, apenas em 1875 foi criada uma lei exclusiva para patentes, o decreto nº 2.682 de 23 de outubro de 1875, onde foram elaboradas disposições para registros, além de punições para quem violasse o direito de patente (BRASIL, 1875).

Entre o final do século XIX, até meados de 1945, várias leis extravagantes regulavam a disciplina de marcas e patentes, assim como a de concorrência desleal (ROBLEDO, 2014). Foi nesse momento, que ocorreu a promulgação do primeiro Código de Propriedade Industrial Brasileiro, o decreto lei 7.903/45. Tal legislação vigorou até 1996, quando foi criada a lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96 que está vigente até hoje em todo o território nacional.

2. O PROCESSO DE CONCESSÃO DE PATENTES NO BRASIL

A patente é um título que confere o direito ao seu proprietário de explorar a sua criação, podendo esta ser de invenção ou modelo de utilidade. O detentor da patente possui preferência para desenvolver seu projeto, sem a interferência de seus concorrentes, pelo prazo de 20 anos, se a patente for de invenção, e de 15 anos, se for modelo de utilidade, contados da data do depósito, segundo a Lei de Propriedade Industrial nº 9279/96.

Cumpre salientar que a referida Lei estabelece que o prazo de vigência da patente não será inferior a 10 anos para a patente de invenção, e de 7 anos para a patente de modelo e utilidade, a contar da data de sua concessão (BRASIL, 1996). Desta forma, observa-se que nem todas as criações podem ser objeto de patentes, já que a lei prevê quais criações poderão ser patenteadas.

No Brasil, a concessão de patentes é realizada por uma autarquia federal do Estado, denominada Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). O órgão também é responsável pelo registro de marcas, averbação de contratos de transferência tecnológica e de franquia empresarial, além de transferência de registros de programas de computador, desenho industrial e indicações geográficas.

Nesse sentido, dispõem Ferreira, Guimarães e Contador (2009, p. 211):

> A instituição concedente do direito de patente no Brasil é o citado INPI, autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Industria e Comércio Exterior, signatária oficial de convênios com outros institutos outorgantes estrangeiros e representante legal do País nos foros internacionais e tratados de comércio multilaterais, como o trIPs, o acordo mundial sobre aspectos dos direitos de propriedade industrial relacionados com o comércio.

O INPI possui a importante função de analisar os pedidos de patentes e avaliar quais pedidos serão ou não concedidos, eis que a sua existência é fundamental para o funcionamento do processo de concessão de patentes no

Brasil. Para a concessão do pedido de patente, é necessária a verificação dos requisitos legais, segundo Venosa e Rodrigues (2017), o “objeto de patenteabilidade, segundo a Lei de Propriedade Industrial, são as invenções e os modelos de utilidade”. Nesse sentido, os referidos requisitos são essenciais para a concessão que devem conter no próprio objeto de patente do inventor, sendo estes a novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A novidade diz respeito a algo que é desconhecido pela comunidade, isto é, que nunca havia sido utilizado ou desenvolvido antes. Segundo o entendimento de Negrão (p. 139) a novidade “é tudo aquilo que é desconhecido pela comunidade científica, técnica ou industrial”. Além disso, a lei de propriedade industrial prevê em seu artigo 11 que a invenção e o modelo de utilidade são consideradas novas quando não compreendidas no estado da técnica (BRASIL, 1996).

Já a atividade inventiva é algo que um especialista do assunto, não compreenderia a técnica desenvolvida, por se tratar de algo desconhecido, uma invenção. Nesse sentido Sanchez e Gialluca (2013, p.126), conceituam a atividade inventiva:

> A invenção e o modelo de utilidade são dotados de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorram, óbvia e evidentemente, do estado da técnica, sendo que, não havendo atividade inventiva, estamos diante de mera descoberta, não patenteável.

Finalmente, a aplicação industrial é quando a invenção ou modelo de utilidade poderá ser utilizado ou produzido pela indústria. (CRUZ,). O artigo 15 da Lei de Propriedade Industrial (9.279/1996) diz que, a invenção e modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria. Assim, podemos concluir que uma criação que não for possível a sua utilização ou produção na indústria, não poderá ser objeto de patente.

Em outras palavras, será verificado em conjunto a existência dos requisitos mencionados na análise para a concessão das patentes, sendo que o não preenchimento destes, poderá levar ao indeferimento do pedido de concessão da patente.

Além dos requisitos, a lei de Propriedade Industrial, prevê que, para a concessão, será necessário que o pedido de concessão da patente descreva o objeto da patente de forma clara e suficientemente, indicando, quando necessário, a melhor forma de sua execução. Após a realização do pedido, este será sigiloso pelo prazo de 18 meses, sendo publicado findo o prazo mencionado (BRASIL, 1996).

O exame do pedido se iniciará após 60 dias contados da data da publicação. Segundo Silveira (p. 35), “o exame, no entanto, dependerá de expresso requerimento do depositante ou de terceiro no prazo de 36 meses da data do pedido, sob pena de arquivamento”. Assim, se o exame técnico for favorável para a concessão da patente, esta será concedida, independente de manifestação de terceiros.

A averiguação da patente exige alto grau de conhecimento dos examinadores, em razão da complexidade da análise do pedido, o que faz com que o processo de concessão se estenda por mais tempo do que o esperado. Nesse ponto de vista, dispõem Garcez Júnior e Moreira (2017, p.178):

> Como a quantidade de pedidos depositados é superior à quantidade de pedidos decididos, ocorre o acúmulo de pedidos pendentes e, por consequência, um acréscimo temporal cada vez maior para a análise de cada pedido.

Isso ocorre devido a falta de examinadores suficientes para atender as demandas, haja vista que além da análise complexa do pedido, o número de pedidos de patentes é superior ao número de examinadores capacitados para o exame. Segundo Januzzi e Vasconcellos (2017, p. 2), “o INPI não conta com servidores suficientes para análise e tramitação dos processos administrativos”. Logo, nota-se que existe uma ineficiência por parte do Estado em atender tempestivamente as requisições de concessões de patentes, gerando um atraso na análise do exame.

2.1 O *backlog* no processo de concessão de patentes no Brasil

O processo de concessão de patentes no Brasil é longo e burocrático. O INPI, instituto responsável pela concessão de patentes, vem tentando diminuir esse tempo de espera ao longo dos últimos anos. O referido tempo é chamado de *backlog*, que envolve análise técnicas realizadas pelos escritórios de patentes. Barbosa (2013, p. 2) conceitua o backlog como o “tempo médio para decisão de um pedido de patente pelo INPI. Não há, contudo, um critério exato para se definir o que seria um prazo normal de exame e o que seria computado como *backlog* atraso”. Não obstante, constata-se que o atraso no exame das patentes durante o *backlog* vem ocorrendo com frequência, devido a diversos fatores que serão a seguir abordados.

Os números de pedidos de patentes que chegam ao INPI têm aumentado ao decorrer dos anos, entretanto, o número de exames diminuiu. Segundo Barbosa (2015, p.9), “o número de pedidos de patentes de exame vem aumentado ano após ano, tendo chegado a 173 mil em 2011”. Consequentemente, o número de pedidos de patentes pendentes aumentou significativamente. De acordo com Garcez Júnior e Moreira (2017, p. 184), “em 2014, foram concedidas 3.123 patentes e depositados 33.086 pedidos no Brasil”. Dessa maneira, tornou-se constante o atraso no *backlog.*

Verifica-se que a capacidade anual do processamento dos pedidos de patentes, não supera a demanda referente ao período. Segundo Maia (p.20), “o *backlog* faz esvair todo o esforço empregado pelos examinadores do INPI, que veem a cada ano a seta da linha crescer continuamente, podendo alcançar os 350 mil pedidos em 2029”. Sendo assim, o aumento da atividade patentária e a diminuição das análises dos pedidos de patentes, acarreta uma fila de pedidos de exames de patentes para o INPI, levando anos para que o pedido de uma patente seja concedido.

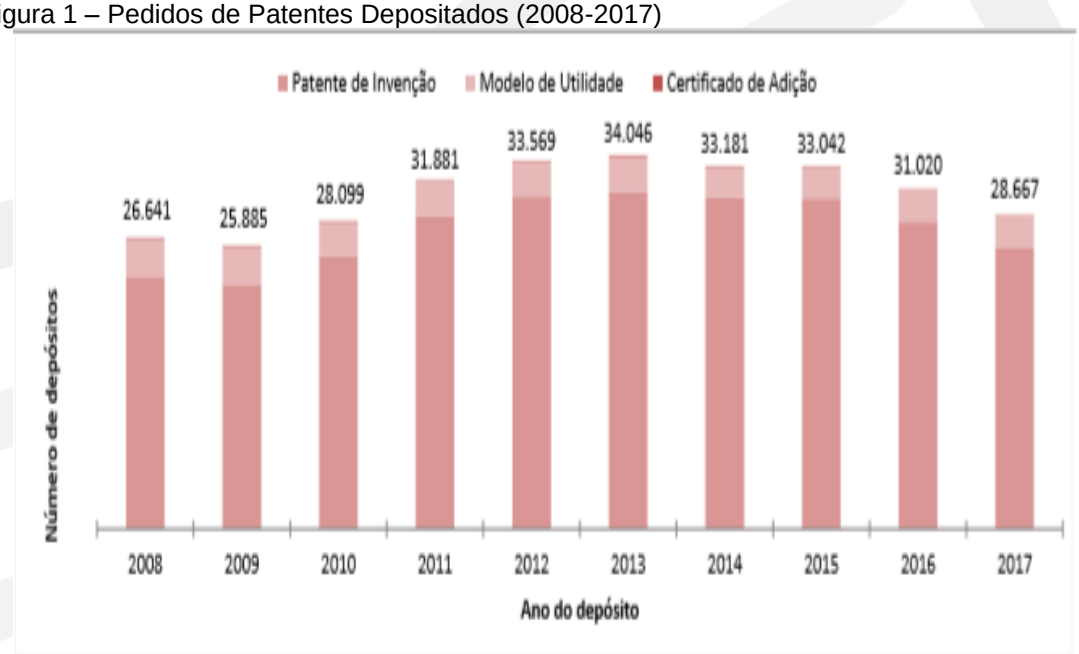
Conforme demonstra Gouveia (2007, p.24), “atualmente, o registro de uma patente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) demora de 8 a 10 anos, o que traz prejuízos à economia e à inovação e dificulta a própria interpretação do indicador”. Portanto, a fila de pedidos de patentes pendentes no INPI, torna o processo de concessão de patentes lento, sendo um fator prejudicial para a inovação do país, gerando insegurança para investimentos e para os inventores.

Nesse sentido dispõe Gouveia (2007, p.24) “a demora na concessão de patentes é apontada como entrave à inovação no país, pois gera incerteza para os investidores e permite que exploradores se aproveitem indevidamente de

inventos e ideias que aguardam registro". Assim, constata-se que o tempo em que um pedido de patente permanece na fila de pedidos, pode trazer consequências até mesmo para a economia do país.

Os dados recentes do INPI demonstram uma queda nos depósitos de pedidos de patentes no Brasil, de acordo com os indicadores de propriedade industrial de 2018 do INPI, em 2017, foram depositados 28.666 pedidos de patentes, dos quais 89,5% eram patentes de invenção, 10,2% de modelo de utilidade e 0,3% de certificados de adição, conforme demonstrado na figura 1.

Figura 1 – Pedidos de Patentes Depositados (2008-2017)



Fonte: INPI, Relatório de Indicadores de Propriedade Industrial (2018)

Em conformidade com o Relatório de Indicadores Industrial do INPI, os números acima indicam que houve diminuição na quantidade de pedidos, sendo 7,66% a menos que 2016, com queda de 8,4% de patentes de invenção e de 0,6% de modelos de utilidade.

O mesmo Relatório indica ainda que o número de decisões técnicas, tanto de invenção, como de modelo utilidade, realizadas por examinador de patentes em atividade plena, teve um aumento de 60% com relação a 2015, consoante ilustra a figura de número 2.

Figura 2 – Decisões de Pedidos de Patentes (Invenção + Modelo de Utilidade)



Fonte: INPI, Relatório de Atividades (2017)

Segundo o Relatório de Atividades do INPI, a razão do aumento de análise dos pedidos de patentes decorre das otimizações realizadas no fluxo de controle de processos, assim como iniciativas de automação de procedimentos, como agendamento automático de pareceres de exame e geração de documentos de publicação. Além disso, o referido relatório indica que, através de uma expansão e consolidação de políticas de incentivo à produtividade, mais de 100 examinadores estão realizando atividades de exame de patentes em suas casas, através do teletrabalho, aumentando assim a efetividade do exame das patentes.

O histórico de dados do INPI demonstra que houve um aumento no número total de examinadores com produção plena, entre o mês de janeiro de 2018 e dezembro de 2018. Na tabela 1, podemos observar que em janeiro de 2018 dos 343 examinadores 70 estão em treinamento, sendo 273 o total de examinadores com produção plena. Por outro lado, em dezembro de 2018 dos 323 examinadores, apenas 3 estão em treinamento, restando 323 examinadores com produção plena.

Tabela 1 – Número de examinadores - 2018

NÚMERO DE EXAMINADORES - 2018

PATENTES	Jan.	Fev.	Mar.	Abr.	Maio	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.
1. Total de Pesquisadores	**367**	**367**	**374**	**373**	**373**	**372**	**370**	**367**	**367**	**367**	**365**	**365**
1.1 Lotados nas Divisões Técnicas	349	349	356	354	354	353	352	349	349	349	347	347
1.2 Lotados nas DIREGs	18	18	18	19	19	19	18	18	18	18	18	18
2. Total de Pesquisadores não dedicados à atividade de exame	**24**	**24**	**32**	**32**	**32**	**35**	**35**	**35**	**35**	**36**	**36**	**39**
2.1 Examinadores em Cargo de Chefia	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20
2.2 Examinadores de Licença e/ou Afastados	1	1	1	1	1	4	4	4	4	5	5	7
2.3 Grupo de Trabalho - COESI	3	3	11	11	11	11	11	11	11	11	11	12
3. Total de Examinadores ([1] - [2])	**343**	**343**	**342**	**341**	**341**	**337**	**335**	**332**	**332**	**331**	**329**	**326**
3.1 Examinadores em Treinamento	70	67	49	41	38	15	7	5	3	3	3	3
4. Total de Examinadores com Produção Plena ([3] - [3.1])	**273**	**276**	**293**	**300**	**303**	**322**	**328**	**327**	**329**	**328**	**326**	**323**

Fonte: Indicadores da Propriedade Industrial, INPI (2018)

Segundo os Indicadores da Propriedade Industrial feito pelo INPI, os examinadores em treinamento correspondem ao número de examinadores novos e/ou recém chegados à divisão técnica que ainda não estão dedicados integralmente à atividade de exame da patente. Assim, constata-se que o INPI vem capacitando e integrando novos examinadores para o exame de patentes.

Apesar disso, o backlog ainda é um obstáculo para a concessão de patentes no Brasil, sendo não apenas uma questão do INPI, mas de diversos escritórios de patentes no mundo. Como resposta ao problema do *backlog*, o INPI nos últimos anos tem tomado medidas, a fim de diminuir seus impactos no processo de concessão da patente, através da automatização do sistema, a informatização de documentos e capacitação de novos examinadores, além de exercer modalidades de trabalho diferenciadas, como o teletrabalho.

3. BACKLOG: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM ALGUNS PAISES

A atividade patentária tem crescido ao redor do mundo, o que faz o *backlog* ser um problema recorrente em diversos países. Várias medidas, vêm

sendo tomadas por diversos atores, a fim de encontrar uma solução adequada e personalizada, de acordo com a realização da operação de cada escritório de patente (MOREIRA, 2017). Alguns países como Estados Unidos, Japão, Coréia e China, inclusive, possuem um número de patentes depositados por ano superior ao Brasil. Em razão disso, os *Patent Offices* desses países estão se modernizando e adaptando-se para lidar com o fenômeno do *backlog* (SILVEIRA, 2012). Observa-se que o *backlog* da patente, não se trata de um problema isolado, mas sim de uma questão universal.

No Brasil, as patentes são reguladas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sendo que, em outros países, também existem institutos nacionais que tratam da Propriedade Industrial, denominados INAPI[4]. Tais institutos, devem ser capazes de atender à demanda da sociedade, fazendo a análise e concessão de patentes, sem deixar de realizar um exame criterioso dos requisitos de patenteabilidade (GARCEZ JÚNIOR E MOREIRA, 2017).

Países como Estados Unidos e Japão, têm adotado procedimentos para acelerar a obtenção da patente pelo requerente. Em junho de 2006, os Estados Unidos anunciaram um procedimento acelerado, onde os requerentes podem obter suas patentes em 12 meses (BARBOSA, 2013). Isso ocorre, pois no ato da apresentação do pedido de patente, o solicitante apresenta uma descrição saneada do estado da técnica e da invenção, facilitando o trabalho do examinador.

No Japão, foi estabelecido o prazo máximo de três anos para a concessão da patente. Já na Alemanha o prazo é de dois anos para a conclusão do deferimento ou não da patente. De acordo com Barbosa (2013 *apud* WIPO, 2010), nos Estados Unidos, o número de pedidos em processo submetidos para exame de patentes entre os anos de 2007 e 2008, é de aproximadamente 1,25 milhão, enquanto o Japão, tem cerca de 870 mil pedidos. Para atender a demanda, tanto os Estados Unidos como o Japão, vêm aumentando o número de novos examinadores, visando acelerar a análise dos pedidos de patentes.

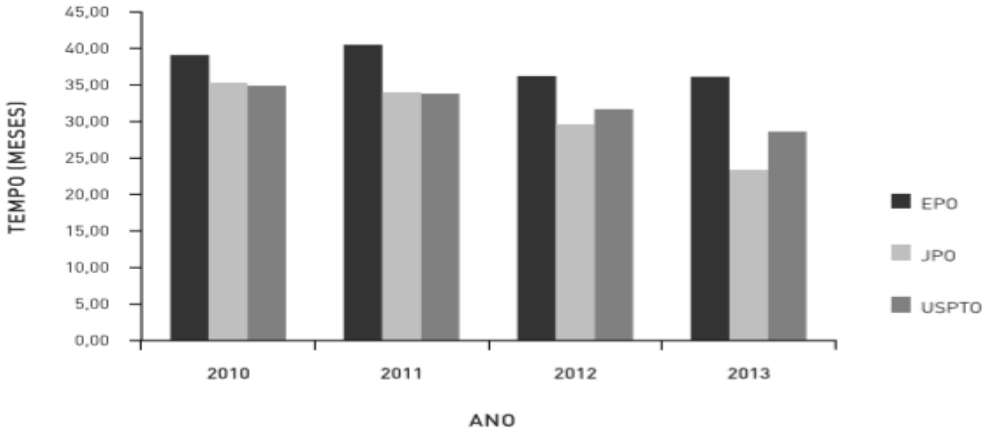
A tecnologia, tem sido outro fator importante na agilidade do processo de concessão de patentes. Segundo Garcez Júnior e Moreira (2017, p.180), “desde 2013, está em operação o e-Patentes, conjunto de ferramentas eletrônicas que visam à modernização do processamento de patentes, inspirado na plataforma adotada pelo INAPI europeu”. Dessa forma, percebe-se que a tecnologia é uma das principais aliadas no combate ao aumento do *backlog* em diversos escritórios de patentes do mundo.

Os acordos de cooperação entre os países, é outra medida adotada pelos INAPI, na busca da diminuição do *backlog,* desde que respeitada a legislação vigente de cada país. Os acordos visam aliviar o acúmulo do *backlog*, através do compartilhamento dos dados de busca, evitando assim a redundância de trabalho entre os INAPI (GARCEZ JÚNIOR e MOREIRA, 2017).

Em decorrência desses fatores, entre 2010 e 3013, o tempo de espera nos INAPI americano, europeu e japonês tem diminuído, conforme podemos observar na figura 3.

Figura 3 – Tempo de espera para o exame final da patente nos principais INAPI do mundo (período 2010-2013)

[4] Sigla referente aos Institutos Nacionais de Propriedade Industrial dos países em geral.



Fonte: Garcez Júnior e Moreira (2017)

Cumpre ressaltar, que até 2015, o Brasil não havia adotado nenhum tipo de acordo com INAPI de outros países, a fim de efetivar uma cooperação entre outros países. Em contrapartida, o INPI adotou outras medidas de combate ao *backlog.* De acordo com Garcez Júnior e Moreira (2017, p. 179), "o INPI possui um Programa de Desenvolvimento de Pessoas (PDP-INPI), baseado no modelo de gestão por competências nos moldes do Decreto n. 5.707, de 23 de fevereiro de 2006". Nesse sentido, apesar do Brasil não ter optado pela colaboração entre países, observa-se que o INPI tem buscado diversas medidas para a diminuição do *backlog.*

Com relação ao número de examinadores, a contratação de novos examinadores também se faz necessária nos principais INAPI do mundo. Apesar disso, o INPI até 2013 ainda possuía uma relação de pendência maior por examinador 10,4 vezes maior do que o EPO e 12, vezes maior do que o USPTO (GARCEZ JÚNIOR E MOREIRA, 2017). A tabela 2 representa a situação de pendência por examinador nos principais INAPI do mundo em 2013.

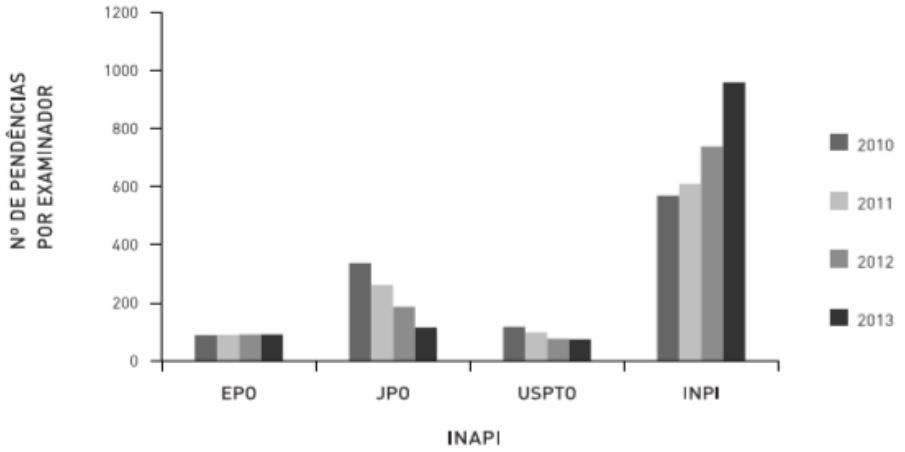
Tabela 2 – *Backlog* de patente por examinador e prazo médio de concessão no contexto internacional (2013)

INAPI	EXAMINADORES (EX)	PEDIDOS PENDENTES (PP)	PENDÊNCIA/ EXAMINADOR (PP/EX)	PRAZO MÉDIO DE CONCESSÃO (ANOS)
USPTO	7.928	595.361	75,09	2,40
JPO	1.701	196.732	115,65	1,95
EPO	4.107	377.994	92,03	3,00
INPI	192	184.224	959,50	10,80

Fonte: Garcez Júnior e Moreira (2017)

O número de pedidos pendentes por examinador no INPI tem aumentado substancialmente, ao mesmo tempo que no INAPI do Japão (JPO) e dos Estados Unidos (USPTO), esse número diminuiu, permanecendo constante apenas no INAPI europeu (EPO), conforme demonstra a figura 5, nos anos de 2010 a 2013.

Figura 4 – *Backlog* por examinador no contexto internacional (período 2010-2013)



Fonte: Garcez Júnior e Moreira (2017)

Observa-se que o número de examinadores é fundamental para a diminuição do *backlog* conforme demonstrado nas figuras acima. Nessa perspectiva, em relação a outros INAPI no mundo, o número de examinadores no Brasil é relativamente menor, o que confirma a necessidade de investir em novos examinadores devidamente capacitados para a análise de pedidos de concessão de patentes. Garcez Júnior e Moreira (2017, p.175) ensinam que "um processo ágil e de qualidade na concessão de patentes constitui-se em ferramenta de fundamental importância para o desenvolvimento econômico por meio da inovação".

Pelo exposto, considera-se que a demora na concessão de patentes prejudica a inovação e o desenvolvimento econômico no mundo em geral, tendo em vista que, quem explora a patente não tem segurança do seu direito sobre esta. Por este motivo, a diminuição do *backlog* da patente é de extrema importância para garantir a agilidade do sistema de patentes, o qual é essencial para o fomento da inovação e da tecnologia no mundo.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa é de abordagem qualitativa, isto é, que tem a possibilidade de desenvolver perguntas e hipóteses antes, durante e depois da coleta e análise de dados. Para Sampiere, Collado e Baptista Lucio (2013, p. 330) "geralmente, essas atividades servem para primeiro descobrir quais são as perguntas de pesquisa mais importantes, e depois para aprimorá-las e respondê-las". Nesse sentido, a pesquisa qualitativa tem a finalidade de relatar o desenvolvimento interpretativo das informações obtidas, através de leitura e reflexão de obras selecionadas, coleta e análise dos dados (MARCONI e LAKATOS, 2017). Desta maneira, apesar da pesquisa não se reduzir apenas a números e quantidade, é natural que nesse tipo de abordagem ocorra a adoção de faces quantitativas.

O método de investigação é dedutivo, que visa a utilização do raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão sobre o assunto abordado, ou seja, a finalidade do presente método é explicitar o conteúdo das premissas (MARCONI e LAKATOS, 2017). Além disso, tal método é comum em pesquisas de abordagem qualitativas. Segundo Nascimento (2012, p.14) "o método dedutivo é mais indicado para a investigação em situações sujeitas a um número

significativo de aspectos ou fatores qualitativos". Assim, a linha de raciocínio pela dedução é a mais adequada para a proposta desta pesquisa.

Ainda, a pesquisa é explicativa, de modo que explica o porquê das coisas por meio dos resultados demonstrados. Estas pesquisas procuram aprofundar o conhecimento da realidade, já que sua finalidade é explicar a razão das coisas (GIL, 2018). Em outras palavras, a pesquisa explicativa visa a identificação de fatores que contribuem para o problema do tema discutido.

A análise da pesquisa é bibliográfica, utilizando como referências livros, revistas, internet e artigos científicos pertinentes ao objeto de estudo apresentado. Essa etapa da pesquisa busca o levantamento bibliográfico sobre o tema, com o propósito de identificar informações e subsídios para definição dos objetivos, determinação do problema e definição dos tópicos do referencial teórico (MICHEL, 2015). Desse modo, a pesquisa bibliográfica tem o objetivo de efetuar o levantamento de informações sobre o assunto abordado.

Por fim a pesquisa será documental, tendo em vista a utilização de elementos jurídicos, principalmente, leis e tratados internacionais. Essa modalidade de pesquisa possui semelhanças com a pesquisa bibliográfica, no entanto, na pesquisa documental a fonte principal da pesquisa são documentos de outro tipo, como cartas, bilhetes, relatórios, biografias, documentos oficiais etc. (HENRIQUES e MEDEIROS, 2017). Nesse sentido, o uso de legislação e tratados também caracterizam a pesquisa como documental, em razão de ser documentos diferenciados.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A questão levantada nessa pesquisa demonstrou que o *backlog* no processo de concessão de patentes não é exclusividade de um determinado país, e sim um interesse de países no mundo em geral, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento. Para tanto, observa-se os vários tratados e acordos internacionais firmados entre vários países com o objetivo de regulamentar de forma global a matéria de propriedade industrial, principalmente as patentes, sendo o Brasil signatário de importantes acordos e tratados.

Com base nos dados apresentados durante o estudo, podemos verificar que houve aumento no número de pedidos de patentes em diversos escritórios de patentes tanto no Brasil, como no mundo, sendo a falta de examinadores suficientes para análise dos pedidos, um importante fator para a demora no exame do pedido da patente, gerando o aumento do *backlog* no processo de concessão. Essa demora, prejudica a inovação e o desenvolvimento econômico dos países que apresentam esse problema, além de gerar insegurança para quem explora a patente em relação ao seu direito sobre ela.

Constata-se que os INAPI de países como Japão e EUA, vem diminuindo o número de pedidos na fila de espera das patentes, assim como o INPI que recentemente tomou medidas para diminuir os impactos do aumento do backlog no processo de concessão de patentes, se utilizando inclusive de tecnologia e capacitação de novos examinadores. Por outro lado, o *backlog* ainda é um desafio para o processo de concessão de patentes no Brasil e no mundo.

Cumpre ressaltar, que os Institutos Nacionais de Propriedade Industrial têm trabalhado para diminuir o *backlog* e garantir um processo com mais agilidade e efetividade, tendo em vista que garantir o bom funcionamento do sistema de patentes é essencial para o fomento da inovação e da tecnologia, gerando assim, importantes avanços para o nosso planeta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão do presente tema abordado é de grande relevância, pois o aumento do *backlog* além de gerar custos ao sistema de patentes, traz prejuízos à economia e à inovação. No Brasil, o processo longo e burocrático para análise de pedidos da patente resulta em um atraso tecnológico para o desenvolvimento do país.

Por este motivo, a não obtenção da patente por seu inventor traz insegurança para a exploração do seu produto e como consequência as empresas deixam de investir em inovação e deixam de competir, principalmente no mercado internacional.

As patentes possuem grande importância em diversos segmentos, como em questões ambientais e principalmente na área da saúde por meio das patentes de medicamentos, sendo que a proteção sobre a criação de novos medicamentos incentiva o investimento no desenvolvimento de medicações para diversas doenças.

Nessa perspectiva, a concessão de patentes possui grande destaque para o aspecto econômico, social e sustentável do país. Em razão disso, é necessário que haja continuidade no desenvolvimento de pesquisas e análises sobre o tema, visando a otimização e agilidade do sistema de patentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Allan Wesley Duarte. Mapeamento do processo de patentes no Brasil. **SSRN**, dez. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3074607>. Acesso em: 23 de nov. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. A inexplicável política pública por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial. **ADDR**, agos. de 2013. Disponível em: <http: www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/inexplicavel_politica_publica.pdf>. Acesso em 20 de set. 2018.

BRANCO, Tatiana Souza Pires. A propriedade intelectual, as publicações científicas e a geração de patentes sob a ótica dos direitos fundamentais. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, jul. 2014. Disponível em: <http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/576>. Acesso em: 15 de mai. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados**. Lei de Patentes**. Decreto nº 2.682, de 23 de outubro de 1875. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2682-23-outubro-1875-549770-publicacaooriginal-65288-pl.html>. Acesso em: 03 de out. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Ministério da Economia. **Indicadores de Propriedade Industrial 2018:** O uso do sistema de propriedade industrial no Brasil. Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas/arquivos/pagina-inicial/indicadores-de-propriedade-industrial-2018_versao_portal.pdf>. Acesso em 20 mai. 2019.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industria. Ministério da Economia. **Número de Examinadores – 2018.** Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas/outras-estatisticas-de-propriedade-industrial>. Acesso em 20 de mai. 2019.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Ministério da Economia**. Patente História e Futuro**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf/view>. Acesso em 08. De mai. de 2019.

BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Ministério da Economia. **Relatório de Atividades INPI 2017**. Disponível em: < http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/relatorio-de-atividades-inpi-2017-versao-portugues.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2019.

BRASIL. Planalto. **Constituição Política do Império do Brasil**. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945.**Código da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm>. Acesso em 17. abr. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006.** Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5707.htm>. Acesso em: 15 de abr. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

CANNALI, Waldemar Menezes; SILVA, Rildo Pereira da. Uma breve história de patentes: analogias entre ciência/tecnologia e trabalho operacional. **UFRJ**, Rio de Janeiro, nov. 2014. Disponível em: http://www.hcte.ufrj.br/downloads/sh/sh4/trabalhos/Waldemar%20Canalli.pdf. Acesso em 03 out. 2018.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CRUZ, Cleide Ane Barbosa da Cruz *et al*. A inovação como instrumento de desenvolvimento científico e tecnológico: uma análise através de indicadores. **Cadernos de Prospecção**, jul./set. 2017. Disponível em: <

https://rigs.ufba.br/index.php/nit/article/view/23052> Acesso em: 23 de nov. 2018.
FERREIRA, Ademir Antônio; GUIMARÃES, Edílson Rodrigues; CONTADOR, José Celso. Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica. **Gestão & Produção,** São Carlos, abr. 2009. Disponível em: <http:/www.scielo.br/pdf/gp/v16n2/v16n2a05.pdf>. Acesso em 21 de set. 2018.

FORMAGGINI, Liz Werner. A desconformidade do instituto das patentes pipeline em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. **Universidade Federal Fluminense**, Niterói, 2013. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/8625>. Acesso em: 15 de mai. 2019.

GARCEZ JÚNIOR, Sílvio Sobral; MOREIRA, Jane de Jesus da Silveira. O backlog de patentes no Brasil: o direito à razoável duração do procedimento administrativo. **REVISTA DIREITO GV**, São Cristóvão, jan. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68912/66505>. Acesso em 20 de set. 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOUVEIA, Flávia. Inovação e patentes: o tempo de maturação no Brasil. **INSTITUTO UNIEMP**, Campinas, mai. 2007. Disponível em: http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180823942007000300012&lng=es&nrm=is>. Acesso em: 20 de set. 2018.

GUEDES, Isabela Lima Braz; SARTORI, Rejane. Backlog: razões, impactos e soluções. **X EPCC**, Maringá, out. 2017. Disponível em:<https://proceedings.science/proceedings/96/_papers/79485/download/abstract_file1>. Acesso em 05 de mai. 2019.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco**. Metodologia científica na pesquisa jurídica.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JANNUZI, Anna Haydée Lanzillotti; VASCONCELLOS, Alexandre Guimarães. Quanto custa o atraso na concessão de patentes de medicamentos para a saúde no Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, ago. 2017, vol. 33. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v33n8/1678-4464-csp-33-08-e00206516.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2018.

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

MAIA, Mauro Sodré Maia. Backlog de Patentes. **Facto**, 2018. Disponível em: http://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Backlog-de-Patentes-Mauro-Sodr%C3%A9-Maia.pdf. Acesso em 09 de abr. 2019.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais:** um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
MOREIRA, Júlio. Solução Sustentável para o processamento de patentes no Brasil. **Radar**, dez. 2017. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8196>. Acesso em 23 de nov. 2018.

NASCIMENTO, Luiz Paulo do. **Elaboração de projetos de pesquisa:** monografia, dissertação, tese, e estudo de caso, com base em metodologia científica. 1 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial.** 7.ed. São Paulo: Saraiva 2017.

POLAKIEWICZ, Bronislaw. Patentes: presente e futuro da tecnologia química**. FCF-USP**, 1998. Disponível em: <http://www.hottopos.com/regeq2/patentes.htm> Acesso em 14 de mai. 2019.

RIBEIRO, Mariana Dias. Patente de medicamentos e saúde pública: o sistema patentário e o acesso a medicamentos por meio de licença compulsória. **Revista Interdisciplinar de Direito**, 2017. Disponível em: < http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/128/103.> Acesso em 23 de nov. 2018.

ROBLEDO, Kassia Serrano Kozerski. Evolução histórica da propriedade intelectual no Brasil e a evolução das legislações. **JUS**, out. 2014. Disponível em:https://jus.com.br/artigos/32908/evolucao-historica-da-propriedade-intelectual-no-brasil-e-a-evolucao-das-legislacoes>. Acesso em: 03 out. 2018.

SAMPIERI, Roberto Hernandéz; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. **Metodologia de pesquisa.** 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.
SANCHEZ, Alessandro; GIALLUCA, Alexandre. **Direito empresarial I:** teoria geral do direito empresarial, concorrência e propriedade intelectual. São Paulo: Saraiva, 2013. – (Coleção saberes do direito; vol.27).

SANTOS, Normandia de Jesus Brayner dos; SANTOS, Mario Jorge Campos. Mapeamento do desenvolvimento tecnológico de patentes verdes relacionadas ao gerenciamento de resíduos. **Cadernos de Prospecção**, jan./mar. 2018. Disponível em: < https://portalseer.ufba.br/index.php/nit/article/view/23201>. Acesso em 23 de nov. 2018.

SILVEIRA, Clóvis. O backlog de patentes e a demora do início do exame. **Interpatents News,** set. 2012. Disponível em: Acesso em 11 de abr. 2019.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual:** propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5. ed. Barueri, São Paulo: Manole. 2014.

TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Patentes verdes: tecnologias para o desenvolvimento sustentável. **Universidade de Passo Fundo, Biblioteca**

Digital de Teses e Dissertações, Passo Fundo, abr. 2017. Disponível em: < http://tede.upf.br/jspui/handle/tede/1254#preview-link0>. Acesso em: 23 de nov. 2018.VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Claúdia. **Direito empresarial.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WIPO, World Intellectual Property Organization. **World Intellectual Property Indicators**, 2010. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/941/wipo_pub_941_2010.pdf>. Acesso em 12 de jun. 2019.

LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO EM TEMPOS DE FLEXIBILIZAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O ARTIGO 611-A DA CLT

Ana Cláudia Barbosa Dias[5]

Resumo: O presente estudo busca empreender uma leitura harmoniosa dos artigos 7º, XXVI, e 8º, I, da Constituição Federal de 1988, ao lado do artigo 611-A da CLT, introduzido no ordenamento jurídico celetista pela Lei nº. 13.467/2017, intitulada Lei da Reforma Trabalhista. Para tanto, enfrenta a questão da existência ou não de limites à autonomia privada coletiva, de modo a conjugar esse direito com o necessário valor da heteronomia em tempos atuais. Tal análise é efetivada à luz da interpretação sistemática do texto constitucional, bem como dos princípios da proteção do trabalhador, da inderrogabilidade da lei e da vedação do retrocesso social.

Palavras-Chave: Autonomia privada coletiva. Heteronomia. Interpretação sistemática. Proteção do trabalhador.

INTRODUÇÃO

A positivação dos instrumentos de negociação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro foi obtida há mais de meio século, por meio do Decreto n. 21.761 de 1932. O ápice de valorização desses institutos, contudo, se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando seu reconhecimento alçou o *status* de direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, no mesmo passo em que se vedou a interferência do Estado na organização do sindicato, como preveem os artigos 7º, XXVI, e 8º, I, do texto constitucional.

A partir da conjugação dos então novos dispositivos, acirrada se tornou a divergência, no campo doutrinário e jurisprudencial, quanto à existência ou não de limites à negociação coletiva de trabalho, de modo a reduzir ou confirmar a plena e absoluta autonomia privada coletiva.

Em suma, três eram - e ainda são, pode-se dizer - os questionamentos: a) se todo e qualquer direito poderia ser negociado pela via coletiva; b) se essa negociação poderia ser parcial, reduzindo um direito previsto em lei, ou total, de modo a suprimir um direito trabalhista existente; e c) se seria cabível a ingerência do Poder Judiciário no conteúdo da transação, seja em sede de dissídio coletivo, seja quando já concluído o processo negocial na esfera privada coletiva, em sede de dissídios individuais.

Sabe-se que o mundo laboral pós-moderno vem se caracterizando pela competitividade empresarial em nível global, a exigir drásticas medidas de redução de custos que atingem todos os fatores de produção. Encontram-se os empresários premidos pela necessidade de racionalizar custos e potencializar sua produtividade, o que alcança não só investimentos e bens materiais como ainda o número de empregados e os encargos trabalhistas decorrentes.

Obviamente que as medidas de contenção quanto aos custos de pessoal irão representar um risco na manutenção dos direitos dos trabalhadores e, via de consequência, um risco ao próprio Direito do Trabalho, ao menos em sua conformação tuitiva inicialmente institucionalizada.

Firmes nesse propósito, propostas neoliberalizantes há muito clamam pela adoção de medidas ditas flexibilizadoras, através da substituição da

[5] Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

regulamentação imperativa estatal pelo uso dos instrumentos resultantes da negociação coletiva autônoma.

Segundo o ordenamento jurídico vigente, a transação dos direitos trabalhistas no contrato individual de trabalho, embora não vedada em caráter absoluto como ocorre com a renúncia[6], encontra limites no art. 468 da CLT, que consagra sua relatividade na medida em que impede qualquer alteração contratual, mesmo que pactuada, quando esta acarreta prejuízo ao trabalhador. A intangibilidade contratual sendo, assim, sufragada pela lei precisa, sob o enfoque neoliberal, ser quebrada por outro instrumento jurídico. É nesse ponto que a negociação coletiva ganha destaque no discurso.

Partindo os defensores da flexibilização estatal da premissa de que a negociação coletiva é fruto da legítima autonomia privada, assim promovida pelos entes representativos das categorias econômica e profissional envolvidas, elevam-na a um patamar de supremacia sobre a lei, partindo do pressuposto axiológico de que a autonomia coletiva é mais valiosa que a heteronomia.

E sendo assim, afirmam, deve ser obstaculizada qualquer interferência estatal no âmbito da negociação coletiva, independentemente se as estipulações geradas por esse meio trazem ou não prejuízo ao trabalhador. Para eles, o tema concerne à órbita exclusiva dos entes contratantes.

Assente nessa proposta, a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) acrescentou o art. 611-A à CLT, apresentando ampliado leque, não taxativo, segundo a lei, de direitos trabalhistas passíveis de negociação pela via coletiva. No mesmo passo, foi também incluído o art. 611-B à CLT, já *numerus clausus*, que aponta reduzido rol de direitos trabalhistas inegociáveis.

Além de erigir suporte heterônomo à flexibilização pela via autônoma, a Lei da Reforma Trabalhista passou a impedir o exame do conteúdo dos instrumentos coletivos pelo Poder Judiciário, este limitado, conforme a *novel* legislação, tão somente à análise do cumprimento dos requisitos formais previstos no art. 104 do Código Civil (art. 8º, §3º, CLT). Consagrado pela Lei, pois, o princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva.

Será isso mesmo? A autonomia privada coletiva pode se sobrelevar à heteronomia a ponto de até mesmo desprezar mínimos de tutela ao trabalhador? Essa afirmação condiz com os valores maiores da dignidade humana e da valorização do trabalho? Estaria o entendimento dessa supremacia da autonomia privada atendendo ao sentido teleológico do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, que a consagra como direito dos trabalhadores? Foi para isso que tal dispositivo serviu? Para dar o direito de os trabalhadores perderem o que lhes é já garantido? Não haveria nesse discurso um paradoxo que o infirma?

1. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

O direito positivo estatal encerra denso conjunto de normas de carga altamente genérica, abstrata e impessoal. Regra geral, a norma jurídica produzida pelo Estado destina-se a todos os indivíduos, ou a um grande grupo deles – como as normas penais ou os preceitos celetistas – e não se perfaz, ao reverso do casuísmo, pela definição detalhada de casos concretos.

[6] No momento processual da conciliação, todavia, ou da homologação do acordo extrajudicial (novo art. 855-B, CLT), não rara é a realização de acordos que, para muitos, consolidam verdadeiras renúncias a direitos do trabalhador.

Por decorrência, esse complexo normativo apresenta limitações à regulação da multiforme realidade social, mormente no que tange ao campo trabalhista. O mundo do trabalho, intensamente dinâmico e peculiar, carece de norma estatal apta a alcançar todas as múltiplas e mutantes situações que a vida real teima em criar em um ritmo incessante.

Tem destaque no mundo do trabalho, nesse viés, o pluralismo jurídico, que, conforme ensina Nascimento (2005, p. 1.029), "sustenta a diversificação de processos de formação do direito, entendendo-se por pluralismo jurídico a teoria da origem estatal e não estatal do direito positivo" [7].

Tão certa é essa assertiva que, como se sabe, o Direito do Trabalho surgiu historicamente dos embates coletivos entre trabalhadores e patrões. Em doutrina, afirma-se que o Direito Coletivo do Trabalho antecede a construção do Direito Individual do Trabalho, sendo possível dizer que o Direito do Trabalho é o ramo do direito que mais representa a importância do pluralismo jurídico na construção de seu conjunto normativo.

É importante que se perceba, entretanto, que a história demonstra que o Direito Coletivo do Trabalho não é apto, por si só, a construir um arcabouço suficiente para tutelar os trabalhadores. Tanto assim que, no surgimento do Direito do Trabalho, foi preciso suprir as deficiências do Direito Coletivo - que se construía em um mundo jurídico dominado pelos ideais do individualismo nutridos pelo Direito Civil. Essas deficiências atraíram a necessidade de se estabelecer normas estatais, de cunho imperativo e cogente, que passaram, então, a edificar o Direito Individual do Trabalho. De tal modo que, Direito Coletivo e Direito Individual, juntos e em unidade científica, formam o que se chama, hoje, Direito do Trabalho.

Em suma, o Direito do Trabalho convive com as fontes formais autônomas - no nível individual, pela via do contrato individual do trabalho e no nível coletivo, pelos diplomas fruto da negociação - e, concomitantemente, com as fontes formais heterônomas, que impõem limites àquelas, suprindo-lhe as deficiências e equilibrando as relações entre capital e trabalho que, por natureza, são desiguais.

Nesse sentido, leciona Uriarte (2000, p.15-16):

> [...] o Direito do Trabalho tem uma dupla origem histórico-jurídica: de um lado, a intervenção direta do Estado por meio da lei, limitando as faculdades do empregador e estabelecendo regras de jogo nas relações entre capital e trabalho; de outro, a ação direta dos trabalhadores organizados em sindicatos que impõem ou negociam esses limites ou regras por meio do conflito e da negociação coletiva. [8]

Conceitualmente, a negociação coletiva de trabalho é a maneira pela qual se arquitetam os diplomas coletivos, vale dizer, a convenção e o acordo coletivo de trabalho (CCT`s e ACT`s). Por meio dela, trabalhadores e patrões, através de seus representantes, fixam normas jurídicas que aperfeiçoam e ajustam o conjunto de normas estatais e o contrato individual de trabalho às suas específicas necessidades e anseios. Não sem razão Carnelutti (apud VIANA,

---

[7] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1029.

[8] URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização da greve**. São Paulo: LTr, 2000, p. 15-16.

2000) proclama que a negociação produz roupa sob medida, ao passo que o conjunto heterônomo estatal veste a todos, sem vestir bem a ninguém[9].

Em âmbito internacional, a negociação coletiva passou a ter maior relevância com a aparição das grandes fábricas e o fortalecimento da entidade sindical no início do século XX. Foi também nesse contexto que os diplomas coletivos efetivamente se positivaram, sendo previstos, por exemplo, no Código Civil da Holanda, de 1907, e no Código das Obrigações da Suíça, de 1911[10] (SÜSSEKIND; TEIXEIRA FILHO; VIANNA, 2005). No Brasil, o instituto sobreveio pelo Decreto n. 21.761 de 1932.

Nos países de capitalismo avançado, em que tradicionalmente a autonomia privada prevalece sobre a heteronomia, a negociação coletiva é fruto de prática costumeira, vindo do mundo social para os códigos, isto é, de baixo para cima.

Já no Brasil, assim como na maioria dos países de tradição romano-germânica, em que a lei predomina como fonte jurígena primeira, o instituto foi primeiro regulado pelo legislador para, apenas em momento posterior, vir a ser utilizado na prática social. Veio, portanto, de cima para baixo. Isso significa que não há no Brasil uma tradição cultural de negociação coletiva. Ela está em formação e, por isso, ainda exige monitoramento por um agente externo, o Estado, seja pela via da lei, seja pela via judicial.

Essa visão da ausência de tradição negocial trabalhista no Brasil, seguindo-se a reboque da legislação estatal que a garante, é confirmada pelo magistério de Vianna (2005, p. 1.180): "Como quase toda a legislação trabalhista em nosso país, a primeira lei sobre convenções coletivas foi mais uma antecipação do Estado do que um reclamo dos trabalhadores"[11].

1.1 A negociação coletiva na constituição de 1988

O texto constitucional de 1988 consagrou o princípio da valorização da negociação coletiva, elegendo-a como fórmula primordial de solução de controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Apenas quando tentada a negociação, e não concluída, é que se poderá invocar o Poder Judiciário para a solução da controvérsia do trabalho, nos termos do art. 114, §§ 1º e 2º.

Reconheceu o constituinte, como direito social dos trabalhadores, sem prejuízo de outros que visem à melhoria da sua condição social, o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI). Admitiu, ainda, a autonomia sindical, com liberdade de sindicalização e autorregulamentação (art. 8º).

Nas palavras de Delgado (2013, p. 1.415):

> A Constituição, em seus artigos 8º até 11, implementou, efetivamente, o mais relevante avanço democrático no Direito Coletivo brasileiro, desde a década de 1930 [...] vedou a interferência e a intervenção estatais na organização sindical (art. 8º, I), ampliou os instrumentos de atuação dos sindicatos (art. 8º, III) e conferiu larga amplitude ao direito

[9] CARNELUTTI, *apud* VIANA, A Proteção Social do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito do Trabalho No Limiar do Século XXI. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.37, 2000, p. 153-186.

[10] NETO, *apud* SÜSSEKIND, TEIXEIRA FILHO, VIANNA, **Instituições de direito do trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1178.

[11] SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1180.

> de greve (art. 9º). Feito isso, reconheceu os instrumentos jurídicos clássicos da negociação coletiva, CCT e ACT (art. 7º, XXVI) [...][12].

A Constituição Federal de 1988 expressamente abriu espaço para que se modifiquem condições de trabalho, nas hipóteses por ela elencadas, por meio dos acordos e das convenções coletivas de trabalho (art. 7º, VI, XIII e XIV). Desse modo, os direitos à irredutibilidade salarial e à jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento só podem ser transacionados pela via coletiva, embora haja direitos em que, concorrentemente ao acordo escrito individual, também se adote a negociação coletiva, como o de majoração da duração do trabalho além de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

Embora se encontre na doutrina quem veja na permissividade do texto constitucional a possibilidade de afastamento de direitos pela via da negociação coletiva, esta visão traz inegável confusão exegética. A negociação coletiva para alguns direitos, expressamente autorizada pela Constituição, não foi uma porta aberta para a precarização ou supressão de direitos trabalhistas. Foi uma medida correta para se adequar o rigor da lei a situações práticas que a generalidade da norma nem sempre consegue apreender.

A flexibilização da norma legal não pode ser tida, em hipótese alguma, como sinônimo de precarização. A negociação coletiva de trabalho que produz a precarização deve, pois, ser banida, tachada de nulidade, por conter vício de fundamento. Um direito fundamental só pode ser retirado se outro, de igual ou maior relevância, o substitui.

Assim, apesar da importância dada pela Constituição, é preciso estar atento ao fato de que a autonomia coletiva, a par de representar um meio acessível para a obtenção de melhores condições de labor, também pode se constituir em uma arapuca jurídica para os trabalhadores, um cheque em branco que, mal utilizado, pode vir a aniquilar conquistas históricas, fomentando a precarização da tutela, em um retrocesso que a nenhum meio – seja heterônomo, seja autônomo – é dado permitir.

1.2 O papel da entidade sindical

Como define Nascimento (2005, p. 1.062), “o sindicato é uma organização social constituída para, segundo um princípio de autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre os grupos sociais” [13]. Tais atribuições também encontram previsão constitucional (art. 8º, III).

A função primeira dos sindicatos pode ser definida como negocial, caracterizando-se pelo poder que detêm essas entidades de ajustar convenções e acordos coletivos de trabalho (NASCIMENTO, 2005)[14]. Nela reside sua substancial responsabilidade, que alcança também o presente estudo.

Duas são as principais razões para essa responsabilidade: a) o cumprimento das cláusulas coletivas nas relações individuais de trabalho é de

---

[12] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1415.

[13] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1062.

[14] Idem, p. 1064.

cunho obrigatório[15]; b) o conjunto normativo coletivo estende-se a toda uma categoria econômica e profissional, o que abrange associados ou não. Tudo isso em razão da natureza jurídica dos diplomas coletivos: contratual, mas, ao mesmo tempo, normativa.

Segundo os defensores da natureza absoluta da autonomia privada coletiva, a hipossuficiência do trabalhador é imediatamente afastada com a atuação do sindicato em plano coletivo. Como dispõe Romita (2009, p. 430), para os partidários desse posicionamento, "equilibrados os pratos da balança, já não se justifica a inderrogabilidade da lei"[16].

O erro desse entendimento é o estabelecimento de mais uma ficção legal: a de que a autonomia privada coletiva equilibra sempre a relação trabalho/capital. A vida prática mostra, à saciedade, que muitas negociações vêm prejudicar os empregados representados, ao invés de promover o avanço das suas conquistas. Hoje há uma forte realidade vivida pelo sindicato no sentido de perda de forças em termos de representatividade. E por isso não se pode dizer que o coletivo sempre soluciona a desigualdade presente no plano individual.

Sendo assim, melhor seria dizer que a inderrogabilidade da lei sempre terá lugar quando a negociação for mais vantajosa, o que o princípio da norma mais favorável já dita há muito.

Essa perda de poder sindical se constata pela enorme dificuldade dos sindicatos de mobilizar os empregados para a greve, receosos que estes ficam de perder seu maior direito: o emprego. Não se está, pois, dizendo que sempre o sindicato negocia visando prejudicar os empregados ou que o faz de má-fé, por intuito meramente político ou promocional. Mas também é sabido que essas situações acontecem, ainda mais agravando o problema de se elastecer a autonomia coletiva sem os freios de uma regulamentação cogente suficiente.

Nesse sentido, além de sindicatos de conotação nitidamente cartorial, verifica-se a presença de sindicatos altamente fragilizados, o que advém de fatores como o surgimento de novas formas de trabalho, a exemplo da terceirização em massa e do trabalho à distância, o crescimento do trabalho informal, bem como o desemprego elevado – que contribuem para a redução e, em alguns casos, supressão, do sentimento de classe. Parte da doutrina ainda atribui a falta de representatividade desses entes à não admissão do pluralismo sindical, preconizado na Convenção n. 87 da OIT.[17]

A dificuldade financeira é outro elemento de enfraquecimento. A redução do número de empregados formais e, mais recentemente, o fim financiamento compulsório sindical[18] (art. 579 da CLT, redação dada pela MP nº. 873/2019), além do decrescente número de sindicalizados[19], prejudicam o financiamento da entidade, abalando as possibilidades de uma ação mais efetiva.

---

[15] Registre-se que, conforme Lei da Reforma Trabalhista, as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção (art. 620, CLT).

[16] ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 3. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2009, p. 430.

[17] Não é pacífico o entendimento da unicidade sindical como fator preponderante para a fragilização dos sindicatos, tendo em vista a verificação dessa situação mesmo em países adeptos aos ditames da Convenção n. 87 da OIT.

[18] Declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal via ADI n. 5794. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954> Acesso em 29 mai. 2019.

[19] A respeito, vide Orientação Jurisprudencial n. 17 e Precedente Normativo n. 119 do Tribunal Superior do Trabalho.

Questões ainda mais profundas, como o descuido do Estado no trato dos seus deveres perante a sociedade, descurando-se de suas funções próprias (saúde, educação etc.), acabam acirrando o subjetivismo e o individualismo, de modo a que a consciência de grupo como movimento de força e reação fica diluído no tecido social.

O resultado disso é o nascimento para o mundo jurídico de cláusulas coletivas repletas de concessões por parte do operariado, e não de cláusulas que, objetivando a elevação do patamar social dos trabalhadores, adequem o conjunto normativo laboral às peculiaridades de cada categoria. A assimetria já existente no contrato individual de trabalho é, pois, reproduzida no âmbito coletivo.

É nesse contexto que o novo artigo 611-A da CLT não pode ser interpretado de forma irrestrita, pura e tão somente nos termos dos acanhados limites impostos pela Lei da Reforma Trabalhista (art. 611-B, CLT).

O sindicato brasileiro, em seu aspecto geral, ainda não se encontra preparado para assumir o papel que a flexibilização lhe reserva, o que recomenda a graduação da sua implantação, ao lado de um programa de incremento da formação da consciência coletiva do trabalhador que representa (PINTO, 1997).[20]

Destarte, como estabelece Santos (2010, p. 71),

> A negociação coletiva constitui um sistema fundamental para a solução dos conflitos trabalhistas, em uma sociedade democrática. É necessário, porém, um poder de negociação suficientemente forte para promover o equilíbrio dos poderes: o patronal e o dos sindicatos, sem o que a balança da justiça acabará pendendo para o lado mais forte.[21].

Não há dúvida, portanto, da profunda transformação do papel da entidade sindical em curso na sociedade contemporânea. De ativo representante social, detentor do poder de elevação do patamar das conquistas laborais, tem o sindicato se convertido em legitimador de propostas neoliberalizantes, restando-lhe o papel de refrear a corrente de redução de direitos pela via da negociação coletiva de trabalho. É isso que um capitalismo sem qualquer freio ético, associado a um Estado fraco na assunção de seu papel como gestor dos interesses sociais e promoção dos mais fracos, provoca. Rever a força do sindicato exige rever as regras sobre o capital e sobre o Estado.

O fortalecimento do sindicato, mediante resgate da idoneidade da instituição e incremento da representatividade, é medida que se faz necessária para que a negociação coletiva não seja instrumento de renúncia, tampouco de redução do núcleo protetivo laboral.

2. NEOLIBERALISMO E FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS: ART. 611-A DA CLT

O advento do modelo do Estado Social de Direito, que trouxe em seu bojo a consolidação das normas de proteção do trabalho, ocorreu a partir da segunda

[20] PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 125.

[21] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social. **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Organizadores: Candy Florencio Thome, Rodrigo Garcia Schwarz. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 71.

década do século XX nos países de capitalismo avançado[22]. As precárias condições de labor vislumbradas na grande indústria liberal e, por decorrência, a junção de forças da massa trabalhadora no sentido de sua modificação, foram determinantes para a ascensão de um novo modelo de Estado promotor de políticas sociais e berço do Direito do Trabalho.

Da mesma forma que se testemunhou o declínio do protótipo liberal, todavia, é sabido que a premissa na qual fora construída a base normativa do Direito do Trabalho não mais remanesce. A crise econômica no início de 1970, as inovações tecnológicas e modificações radicais na organização da produção, bem como o surgimento de novas formas de competitividade empresarial global (BARROS, 2012)[23] são alguns dos fatores que determinaram o fim do desenvolvimento econômico capitaneado pelo Estado e a consolidação do atual modelo estatal no final do século XX: o Estado Neoliberal.

Sobre o tema, já sustentava Pinto (1997, p. 125):

> Sabe-se ter sido um fato de natureza essencialmente econômica, sintetizado através dos séculos sob o nome de Revolução Industrial, a motivação mais profunda do advento do Direito do Trabalho. O que se dá agora não diverge, em sua essência, do que ocorreu no século XVIII. Entramos, desde o meio deste século e o término da II Guerra Mundial, numa nova Revolução Industrial, causada por um impressionante salto tecnológico dos meios de produção e dos veículos de domínio das novas técnicas [...].[24]

As consequências do então novo modelo neoliberal foram logo percebidas. Empresas desmoronaram, embora as mais fortes, naturalmente, tenham se beneficiado dos novos padrões de produção. Instalou-se o terror do desemprego, utilizado ideologicamente como suporte da nova doutrina. Modificou-se também a mentalidade dos trabalhadores: sob a ameaça de perda do emprego, surge a tendência individualista, cada um pensando em si (VIANA, 1995). [25] É nesse contexto que perde o sindicato sua força de atuação, passando a ser menos conflitante e mais complacente que no período anterior.

Diante dessa nova e vigente premissa, o ordenamento jurídico do trabalho tem sido alvo de modificações nos últimos anos. Na medida em que destinada à regência das relações trabalho/capital, a legislação laboral obviamente não está imune às transformações políticas e socioeconômicas, sendo tencionada a se adequar aos paradigmas orientados pelo novo sistema.

Enquanto ideologia, movimento intelectual e política, o neoliberalismo se caracteriza por dois postulados fundamentais: a apologia à livre atuação do mercado e as críticas à intervenção estatal naquilo que não lhe seja conveniente (BARROS, 2012).[26] Resultam desse modelo os baixos salários, a insegurança

---

[22] Referido marco coincide com o processo da Primeira Guerra Mundial e seus desdobramentos, como a formação da Organização Internacional do Trabalho e a promulgação da Constituição de Weimar em 1919. No Brasil, entende-se que a institucionalização do Direito do Trabalho se deu no período entre 1943 e 1964.

[23] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 68.

[24] PINTO, José Augusto Rodrigues. O sindicato e a flexibilização do Direito do Trabalho. **Synthesis [S.l**.], n.24, 1997, p. 125.

[25] VIANA, Márcio Túlio. Desregulamentar...Regulamentando. **Revista LTr**, Vol. 59, n. 07, Julho de 1995.

[26] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 68.

no emprego e as perdas dos benefícios e proteções do trabalho. O afrouxamento da legislação heterônoma seria, com efeito, o único meio de se alcançar o desenvolvimento, já que a empresa exige redução de custos, e um dos seus custos é o próprio direito (VIANA, 2000).[27]

Nesse contexto, os diplomas de negociação coletiva, cujo surgimento histórico se demonstrou eminentemente positivo no sentido de adequar a legislação trabalhista às particularidades de cada setor social, têm se revelado foco de preocupação. Se, quando orientada pelas diretrizes de um Estado garantista, a transação coletiva não suscitava grandes impasses, a resposta atual parece não ser a mesma.

A respeito, adverte Viana (2000, p. 153):

> Uma das características dos novos tempos tem sido a apropriação de discursos da classe trabalhadora pela classe dominante. Um bom exemplo é a negociação coletiva. Velha bandeira dos trabalhadores, agora é defendida com ardor crescente pela classe empresarial. Aliás, tornou-se tão importante que já não é vista como simples complemento da lei, mas virtualmente como a sua sucessora. O problema é *a outra metade* do discurso, que permanece oculta. [...] quando falam em "negociação", trabalhadores e empresários sonham coisas diferentes: aqueles tentam valorizar e fortalecer o sindicato, dando-lhe mais representatividade; estes se aproveitam de sua crise e apostam nela.[28]

Partindo da premissa de que porque promovida a negociação pelos entes sindicais estariam justificadas quaisquer estipulações, a flexibilização encontra na crise a melhor maneira de realizar a substituição das garantias heterônomas por um vasto rol de normas precarizadoras. O reconhecimento constitucional dos instrumentos de negociação coletiva (art. 7º, XXVI), bem como a autonomia sindical preconizada pela Constituição (art. 8º, I,) seriam, assim, suficientes para que o negociado prevaleça sobre o legislado.

Não surpreendente, nesse sentido, a positivação no ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de ampla flexibilização de direitos pela via da negociação coletiva, através dos novos artigos 611-A e 611-B da CLT - incluídos no sistema, como já tratado, pela Lei da Reforma Trabalhista.

De acordo com a nova legislação, a convenção e o acordo coletivo têm prevalência sobre a lei quanto aos seguintes temas, ilustrativamente (art. 611-A, CLT): intervalo intrajornada - observado o mínimo de 30 minutos para jornada superiores a 06 horas[29]; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem de licença prévia do Ministério do Trabalho[30]; regime de sobreaviso; trabalho intermitente; representação do trabalhadores no local de trabalho.

---

[27] VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito do Trabalho No Limiar do Século XXI. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.37, 2000, p. 153-186.

[28] VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito do Trabalho No Limiar do Século XXI. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.37, 2000. p. 153.

[29] Com o advento da Lei da Reforma Trabalhista, regras sobre intervalo intrajornada deixaram de ser consideradas medidas de saúde, higiene e segurança do trabalho (art. 611-B, p.u, CLT), em oposição ao disposto na Súmula n. 437 do Tribunal Superior do Trabalho.

[30] Extinto pelo Decreto n. 9.745, de 8 de abril de 2019, com sequente incorporação ao Ministério da Economia.

E não se cogite, segundo a lei, em interferência do Poder Judiciário no conteúdo da "transação" (art. 611-A, § 1º, CLT), limitado este apenas ao parco rol taxativo de direitos inegociáveis do novo art. 611-B celetista. Ademais, a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas nos instrumentos coletivos não teria o condão de ensejar sua nulidade, por não caracterizar vício do negócio jurídico (611-A, §2º, CLT).

A respeito da nova legislação, discorrem Delgado e Gabriela Delgado (2017, p. 43):

> Ao invés de ser um instrumento de harmonização, agregação e, em certas situações, de adequação em face do patamar civilizatório mínimo fixado no Direito Individual do Trabalho, o Direito Coletivo do Trabalho passaria a se direcionar, nos termos da nova lei, para o caminho de se tornar mais um meio de redução do patamar civilizatório mínimo trabalhista garantido pela ordem jurídica especializada da República brasileira.[31]

É que, como abordado anteriormente, a corrente da flexibilização vem desacompanhada de sindicatos fortes ou de políticas sociais que possam fazer frente ao retrocesso social. E conforme Silva (2010, p. 120),

> [...] com a convenção coletiva, a problemática se transforma porque a autonomia para editar normas pertence ao grupo e não ao Estado. Pertencendo ao grupo, o objetivo principal é a satisfação de interesses parciais e não gerais.[32]

Assim, o mais das vezes, já não se está mais a tratar de negociação, mas de renúncia a direitos do trabalhador, que, salvo exceções, é sumariamente rechaçada pelo ordenamento jurídico trabalhista. Eis os ensinamentos de Delgado (2010, p. 62) sobre o tema:

> [...] o processo negocial coletivo falece de poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.[33]

Não se pode admitir a renúncia a direitos trabalhistas previstos em lei, eis que todo direito trabalhista heterônomo, ainda que de maneira mediata, encontra-se contido na esfera dos direitos da personalidade do trabalhador. Nula, ainda, a pretensão de negociar direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis, eis que revestidos de um interesse público maior, e não possui a Lei da Reforma Trabalhista o condão de ditar o que seria essa indisponibilidade, regida por complexo normativo de natureza superior.

Incabível que a transação constitua prejuízo ao trabalhador, o que significa também dizer que qualquer redução de direitos relativamente indisponíveis fica condicionada à concessão de vantagem trabalhista

---

[31] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO; Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017. p. 45.

[32] SILVA, Antônio Álvares da. **Direito Coletivo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 120.

[33] DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 62.

correspondente ou superior, ainda que novas normas infraconstitucionais prevejam o contrário.

Como se vem tratando, os dispositivos constitucionais não configuram autorização à desmedida negociação coletiva em prejuízo da parte hipossuficiente, sendo sua consolidação permeada de limitações. Descabido pensar-se em desenvolvimento nacional sem a preservação da dignidade do trabalhador, intrinsecamente subordinada à oferta das condições mínimas de trabalho ditadas pela legislação imperativa heterônoma.

Os novos padrões de competitividade empresarial global têm, de fato, compelido empresas a aderir à nova onda de redução de custos, a qual possui reflexos diretos sobre os encargos sociais trabalhistas. Todavia, há que se construírem novos modelos de adaptação que não impliquem, necessariamente, precarização do Direito do Trabalho em prol dos interesses do capital.

Essa adaptação não deve se dar apenas por parte dos trabalhadores, sendo imperioso que a empresa também se adeque às dificuldades de acumulação de capital dos novos tempos. Flexibilizar, teoricamente, nem sempre implica precarizar. É cabível flexibilizar-se por um lado e, por outro, conceder-se vantagem que compense o afrouxamento proposto.

3. LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Inicialmente, a respeito da interpretação da norma heterônoma estatal pelo operador do direito, já ensinava Cappelletti (1993, p. 20-21):

> Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda "a melhor arte de redação das leis", e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas[34].

Hodiernamente, e no mesmo sentido, destacam Delgado e Gabriela Delgado (2017, p. 257),

> Embora a Lei n. 13.467/2017 tenha alargado o elenco de parcelas de indisponibilidade apenas relativa, [...] há um conjunto normativo circundante ao novo art. 611-A da CLT, formado por princípios e regras jurídicas superiores[35].

Como cediço, a Constituição Federal de 1988 se coloca no vértice do sistema jurídico brasileiro, a que confere toda a validade. É a lei suprema do Estado, nela se encontrando a própria estruturação e as normas fundamentais deste (SILVA, 2005).[36]

Em continuidade, segundo o método de interpretação lógico-sistemático da Constituição, toda e qualquer disposição constitucional não se compreende isoladamente, devendo o intérprete entender o sistema constitucional como um todo uno, harmônico e coerente. Ensina Bonavides (2009, p. 445) que

---

[34] CAPPELLETTI, Mauro. ***Juízes legisladores?*** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 20-21.

[35] DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO; Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017, p. 257.

[36] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

> [...] se concebe a norma como parte de um sistema - a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerarmos insulada, individualizada [...].[37]

No mesmo viés, Mendes (2012, p. 105):

> Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste que 'não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços', acrescentando que 'a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado'. [...] Convém ao intérprete, a esse propósito, pressupor a racionalidade do constituinte, ao menos como ponto de partida metodológico da tarefa hermenêutica.[38]

O texto constitucional de 1988, com fundamento nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, demonstra ser através do trabalho que o homem garante o desenvolvimento do País, assim prevendo, nas mais diversas passagens, a liberdade e o respeito à dignidade do trabalhador (arts. 5º, XIII, 6º, 7º, 8º e 194-204) (MORAES, 2013)[39]. Em seu art. 3º, estabelece que construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Nesse mesmo passo, a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), norteia o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, tratando de evidenciar que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem. Deve a negociação coletiva, assim, contribuir para o aperfeiçoamento das condições de vida dos trabalhadores, visando à progressividade social e promoção da sua dignidade.

Outrossim, pela leitura do *caput* do art. 7º da Constituição, verifica-se que o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas de trabalho, disposto em seu inciso XXVI, foi consignado pelo constituinte como *direito social* dos trabalhadores urbanos e rurais.

Os direitos sociais, tidos como direitos fundamentais de 2ª geração sob a perspectiva geracional[40], são aqueles que visam o bem-estar da pessoa humana, promovendo o acesso do homem aos bens que satisfaçam suas necessidades básicas. Destinam-se a proteger os mais fracos, atendendo a uma finalidade de igualdade material (MOTTA; SANTOS, 2004)[41].

Desse modo, compreendendo-se o sistema constitucional como um todo uno e harmônico, forçoso chegar-se a uma única conclusão: a convenção e o acordo coletivo de trabalho detêm o objetivo de promoção das condições sociais dos trabalhadores, sendo impossível atribuir-lhes papel contrário.

---

[37] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 445.

[38] MENDES, **Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Saraiva, 2012, p. 105.

[39] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

[40] Os direitos fundamentais de 2ª Geração surgiram no período pós 2ª Guerra Mundial, com o advento do Constitucionalismo Social, momento em que se consagraram também os direitos econômicos e culturais. Exigem do Estado prestações materiais como meios de efetivação dos direitos individuais.

[41] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito constitucional:** teoria, jurisprudência e 1000 questões. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 70.

A mesma conclusão se alcança a partir do princípio da progressividade e não retrocesso social, acolhido na ordem jurídica nacional pelo art. 4º, II, da Constituição de 1988 e consagrado no art. 7º, *caput*, do texto constitucional, o qual enuncia os direitos fundamentais dos trabalhadores, *sem prejuízo de outros que visem à melhoria da sua condição social.*

Sobre o princípio, dispõe Reis (2011, p. 595) que

> [...] são insusceptíveis de rebaixamento os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, seja por meio de normas supervenientes seja por intermédio de interpretação restritiva.[42].

E prossegue:

> A função negocial do sindicato orienta-se pelo princípio da progressividade e não regresso das condições sociais e, nestes termos, os padrões jurídicos estabelecidos nos instrumentos negociais coletivos não poderão, a princípio, ser inferiores aos padrões assegurados pelas normas estatais de proteção ao trabalho (REIS, 2011, p. 601)[43].

Na medida em que seu reconhecimento configura direito social, descabe aos diplomas coletivos o papel de diminuição do bem-estar e da proteção do trabalhador - como erroneamente autorizou o novo art. 611-A da CLT. O pressuposto político para a distribuição de poderes entre o Poder Público e a autonomia privada, com efeito, está claramente formulado no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988: a melhoria da condição social da categoria profissional. Como teria o legislador criado um direito social com fincas na redução de patamares sociais?

A negociação coletiva, sendo um direito do trabalhador, não pode se prestar a retirar ou reduzir outros direitos a ele igualmente garantidos, postos no mesmo patamar de fundamentalidade. Pensar de maneira contrária não é proteção, não é avanço social. É retrocesso.

Ao contrário do Direito Comum, que supõe a igualdade das partes, o Direito do Trabalho pressupõe a desigualdade entre elas. Sendo o trabalhador a parte mais frágil da relação de trabalho, sua proteção deve constituir a raiz de todo o sistema juslaboral (SUSSEKIND, 2004)[44].

A norma trabalhista, nesse sentido, não busca apenas *regular* as relações entre dois contratantes (para isso seria bastante o Direito Comum), mas *proteger* um deles, em face do outro. Se a tutela se vai, nada lhe sobra de especial (VIANA, 2000).[45] Daí porque sustenta Plá Rodriguez ser a proteção, diante da sua finalidade de origem, o princípio maior do Direito do Trabalho (apud NASCIMENTO, 2013)[46].

---

[42] REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 75, n.5, p. 595, 2011.
[43] Idem, p. 601.
[44] SUSSEKIND. Arnaldo Lopes. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 69.
[45] VIANA, Marcio Túlio. A Proteção Social do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito do Trabalho No Limiar do Século XXI. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.37, p. 153-186, 2000.
[46] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 469.

A existência de outro centro de produção normativa ao lado do Estado, pois, não significa dizer que os entes coletivos tenham em mãos um cheque em branco que possam fazer valer contra a vontade da norma heterônoma. Uma vez pelo Estado reconhecidas, as fontes sociais do direito, ainda que dotadas de certa autonomia, remontam à matriz estatal.

E já que inexiste absoluta autonomia privada coletiva, imprescindível a interferência do Poder Judiciário no conteúdo da negociação. Um direito reconhecido de cima para baixo e em crescente formação ainda exige, por certo, monitoramento por um agente externo, seja pela via da lei, seja pela via judicial. Portanto, pode - ou mais, deve - o Judiciário atuar na anulação de cláusulas coletivas que atuem fora da órbita dos preceitos que privilegiem o trabalhador, sendo inócua a nova previsão celetista de limitação à judicialização (art. 611-A, § 3º), a qual inclusive viola a garantia constitucional de acesso à Justiça (5º, XXXV, CF/88).

Destarte, a ausência de interferência do Estado nas entidades sindicais a que alude o art. 8º, I, da Constituição não deve ser interpretada como total ausência de controle estatal no âmbito da negociação coletiva de trabalho. Ainda que reduzida com a promulgação do novo texto constitucional, remanesce a regulação do Estado sobre as atividades de tais entidades e, por conseguinte, sobre sua atuação em prol da massa trabalhadora.

Cumpre-se frisar, ainda, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador, que tem como escopo o fortalecimento da manutenção dos direitos trabalhistas face às ameaças de sua substituição pela autonomia da vontade, exposta às fragilidades da posição do obreiro perante o empregador.[47] Assenta Barros (2012, p. 146): “não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos [...]”.[48]

Nesse viés, inválido que o empregado abra mão do patamar mínimo de vantagens a ele conferidas pelo Estado para a sua proteção - como forma de restabelecer a igualdade das partes no contrato de trabalho - com espeque na indistinta utilização da autonomia da vontade das partes.

E se é certo que ao trabalhador não é dado o direito de renunciar a essas vantagens pela sua própria vontade individual, mais certo é que, no âmbito da negociação coletiva, tal restrição deve se apresentar de maneira ainda mais contundente. Isto porque, como entabulada por representantes, a negociação coletiva não se perfaz pela total autonomia dos trabalhadores, sendo de se destacar que, ainda que a representação se dê com a melhor intenção possível, a fragilidade sindical demonstra que a desigualdade apresentada no contrato individual de trabalho se faz presente também em âmbito coletivo.

Aponta-se, finalmente, o acertado princípio da adequação setorial negociada, segundo o qual podem ser transacionadas pela via coletiva apenas normas de interesse privado, que não se incluem em um *padrão civilizatório geral mínimo*. Como exemplos, ter-se-iam as próprias normas autônomas, as referentes a modalidades de pagamento, aos tipos de jornadas pactuadas ou ao

[47] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 470.

[48] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 7. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2012, p. 146.

fornecimento ou não de utilidades. Neste caso, admite-se a transação, desde que não acarrete prejuízo ao trabalhador (DELGADO apud CASSAR, 2007).[49]

Nesse diapasão, a indisponibilidade absoluta de direitos tratada pelo princípio é aquela cujo direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público. Refere-se, assim, aos direitos constitucionais em geral, às normas internacionais vigentes no país, bem como às infraconstitucionais que assegurem patamares mínimos de cidadania ao indivíduo que labora. Ilustrativamente, cita-se a garantia do salário mínimo, os procedimentos antidiscriminatórios e as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Tais direitos não podem ser sequer reduzidos pela via da negociação coletiva de trabalho (DELGADO, 2010)[50].

Toda a principiologia ora explorada permanece em vigor após o advento da Lei da Reforma Trabalhista, a qual certamente não tem a prerrogativa de afastar patamares mínimos de tutela ao trabalhador há muito aclamados pelo legislador constitucional e infraconstitucional. Faz-se mister, portanto, a apreciação cuidadosa dos novos dispositivos celetistas trazidos pela lei, em especial, quanto a este trabalho, do art. 611-A da CLT.

CONCLUSÃO

Pelo estudo empreendido, constatam-se equívocos na leitura que se faz da Constituição Federal de 1998 no que pertine ao reconhecimento dos instrumentos de negociação coletiva (art. 7º, XXVI). Esse direito precisa ser lido em conjugação harmônica com todo o art. 7º do texto constitucional, que consagra a negociação coletiva como direito social dos trabalhadores, bem como em consonância com os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Importante, pois, ter-se em mente que a negociação coletiva deve se prestar à elevação do patamar de conquistas sociais do trabalhador. Para tanto, o fortalecimento dos sindicatos revela-se de urgentíssima necessidade, seja pelo fortalecimento das punições a atos antissindicais, seja pela adoção de novas formas de manifestação sindical que se amoldem ao contexto neoliberal.

Deve ser repudiada, pois, a posição exegética relativa ao art. 611-A da CLT que admite, por acordo ou convenção coletiva, supressão ou redução de direitos trabalhistas há muito absolutamente indisponíveis, ou que impeça, ainda, intervenção do Poder Judiciário no conteúdo avença. Isso não é negociação; é renúncia, é precarização, é retrocesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

[49] DELGADO, *apud* CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói, RJ: Impetus, 2007, p. 228-230.
[50] DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 62.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, Vade Mecum, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 24. Mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 21.761. Institui a convenção coletiva de trabalho. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21761-23-agosto-1932-526768-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 28. Mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5794. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954> Acesso em 24. Mai. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. ***Juízes legisladores?*** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

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

MENDES, **Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito constitucional:** teoria, jurisprudência e 1000 questões. 14. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O sindicato e a flexibilização do Direito do Trabalho. **Synthesis [S.l**.], n.24, 1997.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 75, n.5, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável. **Revista de Direito do Trabalho**. RDT 107/13, jul.-set./2002.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 3. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. **Direito Coletivo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social. **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**/organizadores, Candy Florencio Thome, Rodrigo Garcia Schwarz. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização da greve**. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito do Trabalho No Limiar do Século XXI. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.37, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Desregulamentar...Regulamentando. **Revista LTr**, Vol. 59, n. 07, julho, 1995.

VIANA, Márcio Túlio. Proteção ao emprego e flexibilização: onde termina o discurso e começa a realidade. **Revista do TRT da 15ª Região,** n. 20, setembro, 2002.

A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017 E SUA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE

Bianca Carolina Marcos [51]
Luís Felipe do Nascimento Moraes[52]

Resumo: O presente Artigo Científico objetiva a análise do dano extrapatrimonial à luz da Lei nº 13.467/2017, que, a partir da inserção do "Título II–A: Do Dano Extrapatrimonial", artigos 223-A ao 223-G na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), passou a apresentar um novo regramento à temática. A Reforma Trabalhista trouxe limitações à responsabilização dos danos extrapatrimoniais, o que pode significar um grande prejuízo aos direitos dos trabalhadores, vez que estabeleceu parâmetros e limites às indenizações na Justiça do Trabalho. Neste sentido, diante da importância de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana e ante a relevância dos danos extrapatrimoniais nas relações trabalhistas, necessário o estudo desta alteração. No que se refere à metodologia científica utilizada, a presente pesquisa possui abordagem qualitativa, é do tipo bibliográfica, possui como parâmetro o caráter explicativo e o método dedutivo. A partir deste estudo, conclui-se que o art. 223-G da CLT é um dos pontos mais polêmicos da Reforma Trabalhista no tocante à reparação dos danos extrapatrimoniais, em razão das limitações impostas à valoração da indenização devida, tendo afastado a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no arbitramento do valor indenizatório, em evidente tarifação do dano extrapatrimonial. A indenização tarifária pretendida pelo legislador caminha na direção oposta a princípios constitucionais relevantes, vez que realiza a mensuração dos danos extrapatrimoniais com fundamento na capacidade econômica do ofendido e não na dimensão do dano sofrido, o que vem fomentando vasta discussão no mundo jurídico ante a sua possível inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Tarifação do dano extrapatrimonial. Lei nº 13.467/2017. Inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Em razão da dinâmica social e econômica do país, a legislação trabalhista foi alterada para se adequar às novas realidades, para tanto, a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, introduziu profundas alterações na CLT de 1943. Dentre as alterações, a tarifação do dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho vem causando grande polêmica, sendo objeto de inúmeras discussões na seara jurídica.

Antes do advento da Lei nº 13.467/2017, os danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho eram caracterizados e fixados segundo os critérios jurisprudenciais, com fundamento no Código Civil brasileiro, o qual reconhece o caráter amplo deste instituto. No entanto, a referida lei trouxe limitações à responsabilização dos danos extrapatrimoniais na esfera trabalhista, sobretudo no que se refere à valoração da indenização devida, o que pode significar expressivos prejuízos aos direitos dos trabalhadores. Neste sentido, diante da importância de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana, e ante a relevância dos danos extrapatrimoniais nas relações trabalhistas, este estudo traz discussões fundamentais sobre o tema.

Para tanto, o presente estudo foi dividido nos seguintes tópicos: 1) a regulamentação do dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho proposta pela

[51] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: bianca_cmarcos@hotmail.com.
[52] Professor doutor do curso de Direto da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: lfmadv@terra.com.br.

Lei nº 13.467/17; 2) a tarifação do dano extrapatrimonial na justiça do trabalho após o advento da Lei nº 13.467/2017 e sua possível inconstitucionalidade.

Assim, realizou-se na primeira parte a análise dos artigos 223-A ao 223-G da CLT, de modo a apresentar as inovações de cada artigo, bem como seus efeitos na reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho. Por fim, na segunda parte, discutiu-se a respeito do novo critério de fixação do montante indenizatório, o qual é fixado, agora, com base no salário contratual do trabalhador. Ainda, discorreu-se acerca da possível inconstitucionalidade de tal parametrização.

1. A REGULAMENTAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO PROPOSTA PELA LEI Nº 13.467/17

Antes da inserção do "Título II–A: Do Dano Extrapatrimonial", artigos 223-A ao 223-G na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), utilizava-se como "base legal para a fixação do valor da indenização dos danos extrapatrimoniais o estabelecido nos arts. 186, 187, 927, 944, 946, 953, 954 do Código Civil de 2002" (FREITAS, 2017, p. 33-34). Ademais, além dos diplomas legais acima mencionados, conforme assevera Freitas (2017), os arts. 5º e 7º da CF/88 também eram utilizados para caracterizar e quantificar as indenizações por danos extrapatrimoniais. Assim, antes da Reforma Trabalhista, cabia ao magistrado arbitrar, com base nos princípios constitucionais e na legislação civil, o valor a ser fixado à título de indenização por danos extrapatrimoniais, consoante leciona Batista (2014, *apud* FREITAS, 2017).

Entretanto, a Lei nº 13.467/2017 passou a apresentar um novo regramento à temática dos danos extrapatrimoniais, alterando significativamente seus critérios de configuração e reparação na Justiça do Trabalho. Assim, far-se-á a análise dos artigos 223-A ao 223-G da CLT, bem como de seus efeitos na reparação dos danos extrapatrimoniais.

1.1 Análise dos arts. 223-A ao 223-F da CLT

O art. 223-A da CLT, que inaugura o "Título II–A", preceitua que "aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título". Nesse sentido, o artigo delimita a aplicação dos dispositivos legais aplicáveis aos danos de natureza extrapatrimonial, de modo que somente os artigos constantes no "Título II-A" da CLT devem ser considerados e aplicados aos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, afastando a aplicação subsidiária das normas civis e constitucionais, bem como a interpretação do magistrado.

Posteriormente, o art. 223-B da CLT conceitua, genericamente, o dano extrapatrimonial, estabelecendo que "causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação". Desse modo, tem-se que ocorre o dano de natureza extrapatrimonial quando o ato praticado, seja pelo empregado ou empregador, atingir a esfera subjetiva da vítima, qual seja, a esfera moral ou existencial, podendo a vítima ser, inclusive, pessoa jurídica. Ademais, destaca-se que, ao final do dispositivo em apreço, o legislador enfatizou que apenas a vítima direta é titular exclusiva do direito à reparação, não permitindo que terceiros possam pleitear a indenização, a exemplo dos herdeiros em caso de morte ou do dano reflexo.

Nos arts. 223-C e 223-D da CLT, o legislador listou quais os bens

juridicamente tutelados inerentes à pessoa física e à pessoa jurídica, respectivamente, de modo que, se violados, possuem direito à reparação pelos prejuízos imateriais sofridos. Acerca dos mencionados artigos, Silva (2017, p. 60) questiona: “quem poderá falar que o rol do art. 223-C é taxativo? [...] mas, de plano, se esqueceu de assuntos muito delicados, como a dispensa de pessoas em idade avançada [...] e assuntos ligados à nacionalidade do empregado [...]”. Nesse viés, “a melhor interpretação é considerá-lo como um rol meramente exemplificativo, sob pena de vulneração do princípio da restituição integral” (PEREIRA, *et al*, 2017, p. 199).

Ademais, consoante o exposto, Pereira, Fontenele e Costa (2018, *web*) preceituam que “não há como considerar apenas estes, como direitos personalíssimos inerentes à pessoa física ou jurídica, excluindo outros de igual valor. Portanto, o rol apresentado por ambos os dispositivos devem ser interpretados como exemplificativos, não de forma taxativa”. Nesse cenário, tendo em vista que vários direitos inerentes à pessoa física e à pessoa jurídica passíveis de sofrerem prejuízos imateriais não foram elencados nos arts. 223-C e 223-D da CLT, cabe ao magistrado, em análise ao caso concreto, a subsunção do fato real à lei, conforme esclarece Santos (2017).

O art. 223-E da CLT dispõe acerca dos responsáveis pela reparação dos danos extrapatrimoniais, nesse sentido “são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão”. Assim, consoante Silva (2017 *apud* FREITAS, 2017), o art. 223-E da CLT estabelece a solidariedade dos indivíduos que concorrem para o fato danoso.

Em que pese a sistemática distinta entre a reparação dos danos extrapatrimoniais e patrimoniais proposta pela Lei nº 13.467/2017, o legislador permitiu, com base no art. 223-F da CLT, a cumulação dos pedidos de indenização à título de dano extrapatrimonial e material, decorrentes do mesmo ato lesivo, consagrando o entendimento jurisprudencial e doutrinário. Assim, deverá o juiz discriminar os valores indenizatórios conforme a natureza do dano, a teor do art. 223-F, §1º da CLT, não sendo possível a fixação de um único valor indenizatório englobando todos os danos e suas espécies. Por fim, com a redação do §2º do art. 223-F da CLT, o legislador enfatizou que a reparação dos prejuízos materiais não prejudica a avaliação dos danos extrapatrimoniais, devendo ser analisados em separado.

1.2 Análise do art. 223-G da CLT

O art. 223-G encerra o “Título II–A” da CLT, apontando ao magistrado diretrizes que devem ser observadas no momento da apreciação do dano extrapatrimonial, para, posteriormente, fixar o *quantum* indenizatório. Nesse sentido, ao analisar o pedido, primeiramente o magistrado deverá considerar os critérios subjetivos dos danos extrapatrimoniais, disciplinados nos incisos I ao XII do art. 223-G da CLT, quais sejam:

I - a natureza do bem jurídico tutelado: para Prado (1997, p. 18) “o bem jurídico em sentido amplo é tudo aquilo que tem valor para o ser humano”, assim, sendo valioso, nasce no direito o interesse de proteção por meio de sua normatização, sendo que, uma vez protegidos pela legalidade, consideram-se bens jurídicos tutelados, consoante Allegro (2005). Portanto, cabe ao juiz identificar qual o bem juridicamente tutelado que fora violado, a exemplo dos bens listados nos artigos 223-C e 223-D da CLT.

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação: tal análise é fundamental para quantificar o valor indenizatório, tendo em vista o caráter compensatório da prestação pecuniária, que tem o condão de indenizar o sofrimento ou humilhação suportados pelo lesado. Entretanto, a intensidade do sofrimento da vítima está intrinsicamente relacionada ao direito personalíssimo violado, bem como com as particularidades da vida privada do lesado, assim, não basta analisar a intensidade do sofrimento isoladamente, vez que "[...] não é critério suficiente para fixar o valor adequado da indenização". Desse modo, "é necessário avaliar as condições particulares da vítima em conjunto para que se verifique qual a importância que o direito da personalidade violado tinha na vida da parte lesada" (FAVARETTO, 2014, *web*). Portanto, deverá o magistrado observar a natureza da ofensa, seus efeitos e circunstâncias conjuntamente, para, então, verificar a sua intensidade.

III - a possibilidade de superação física ou psicológica: a fim de verificar se o dano causado é permanente ou transitório, o juiz poderá recorrer a laudos médicos e psicológicos, de modo que, no caso de lesão permanente, por óbvio, o valor indenizatório a ser arbitrado deverá ser superior à hipótese de abalo superável. Nesse sentido, Boucinhas Filho (2018, *web*) conclui que "a perda definitiva de membro ou função deve ser compensada com pagamento mais elevado do que o atribuído em caso de perda transitória". Portanto, considerando o caráter permanente ou transitório da ofensa, deverá o magistrado fixar o *quantum* indenizatório de modo a compensar os impactos da lesão na vida do ofendido, fixando valores mais elevados aos casos de impossibilidade de superação do dano.

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão: ao analisar este fator o juiz deverá considerar os aspectos pessoais de cada indivíduo, as particularidades de cada ser humano, além de suas interações sociais, para, com base no caso em concreto, verificar os impactos do dano na vida da vítima. Tendo em vista a subjetividade de cada ser humano, tem-se que os reflexos da lesão imaterial impactam de modo diferente indivíduos distintos. Portanto, cabe ao juiz analisar o caso em concreto, observando os impactos da ofensa na dimensão familiar, sexual, afetiva, desportiva, intelectual, artística, científica, social, interpessoal, educacional e profissional, bem como os impactos na convivência familiar, profissional e social da vítima, objetivando a compensação integral do abalo sofrido pelo ofendido (FROTA, 2011, *web*).

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa: o art. 944 do Código Civil brasileiro disciplina que "a indenização mede-se pela extensão do dano", entretanto, em se tratando de lesão à esfera não patrimonial da vítima, não é tarefa simples analisar a extensão exata do dano. Para tanto, o magistrado deverá observar, dentre outros fatores, os aspectos da vida privada do ofendido, a exemplo das "[...] suas aptidões, o seu grau de relacionamento no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários, enfim, os padrões comportamentais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido" (REIS, 2003, p. 117-118). Assim, identificar e analisar tais fatores contribui para estabelecer um valor indenizatório compatível com a realidade da vítima e, portanto, condizente com a extensão da ofensa sofrida.

Por sua vez, considerar a duração dos efeitos da ofensa é realizar uma análise cronológica da lesão, assim, "avalia-se o transcurso de tempo entre o início e o fim da violação do direito da personalidade, ou, dependendo do caso, se o dano acarretou em prejuízo definitivo" (FAVARETTO, 2014, *web*). Nesse

sentido, consoante Favaretto (2014), o *quantum* indenizatório deve ser proporcional ao tempo de duração da ofensa, de modo que, quanto maior o tempo de sofrimento da vítima, maior o valor indenizatório necessário para compensá-lo.

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral: ao arbitrar o valor indenizatório, deverá o julgador analisar quais os meios e instrumentos utilizados para a realização da ofensa, bem como em qual ambiente ocorreu, tendo em vista que existem locais com maior repercussão social, impactando numa maior publicidade e consequente agravamento da lesão. Ademais, deverá considerar a posição do ofendido na empresa, suas condições sociais, econômicas, culturais e seu modo de vida, fatores que influenciam diretamente na extensão do dano.

VII - o grau de dolo ou culpa: consoante Piacenti (2013), considera-se que o agente agiu com dolo quando, de forma voluntária e intencional, praticar ou deixar de praticar determinada ação, objetivando um resultado ilícito, causando prejuízos a outrem. Assim, no caso de dolo do agente, a conduta já nasce ilícita. Todavia, diz-se que o agente agiu com culpa quando, apesar de praticar condutas lícitas, provoca um dano, de forma involuntária, por imprudência, negligência ou imperícia. Portanto, tendo em vista o caráter punitivo da indenização, o magistrado deverá considerar o grau de dolo ou culpa do agente causador do dano ao arbitrar o montante indenizatório, de modo a punir o ofensor para que este não volte a reincidir.

VIII - a ocorrência de retratação espontânea: tal prática consiste no desejo do ofensor em reparar os danos causados à vítima. Consoante Ferreira (2017), a retratação espontânea deverá ser realizada tão logo o ofensor tenha oportunidade para tanto, seja nos autos ou antes da lide chegar ao judiciário. Assim, em se tratando de danos de natureza extrapatrimonial, caberá ao magistrado analisar os impactos da retratação ao mensurar o valor indenizatório.

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa: pode o ofensor, diante da lesão causada, prestar os auxílios necessários à vítima, a fim de minimizar os impactos pessoais e sociais da ofensa, devendo o juiz analisar a repercussão dessas atitudes do ofensor em relação aos demais critérios aqui elencados.

X - o perdão, tácito ou expresso: o perdão tácito ocorre quando a vítima realiza ato não condizente com a vontade de punir o ofensor ou quando deixa de apresentar reação diante do ato ilícito praticado. Por sua vez, o perdão expresso é caracterizado pela desculpa formal realizada pelo ofendido ao ofensor (ALVARENGA, 2017).

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas: uma vez mensurada a gravidade da ofensa a partir da análise dos demais critérios estabelecidos no art. 223-G da CLT, o juiz deverá fixar o montante indenizatório considerado razoável e proporcional ao dano, observando a condição social do ofendido e a situação econômica do ofensor, que é o responsável pela reparação integral dos danos causados. Para tanto, o magistrado deverá considerar o caráter duplo da indenização, que possui a função de compensar os danos sofridos pelo lesado e punir o ofensor para que este não volte a reincidir. Nesse sentido, Freitas (2014, *web*) esclarece que “o dano moral deve ser fixado com vistas ao efeito pedagógico e moralizador. Deve representar uma persuasão que impeça novo atentado de ordem moral. Uma sanção ao ofensor”. Assim, a reparação pecuniária deverá ser suficientemente expressiva, de modo a inibir a conduta do agente ofensor, vez que “a pena pecuniária constitui-se em uma

penalidade das mais significativas ao lesionador em nosso mundo capitalista e consumista, já que o bolso é a parte mais sensível do corpo humano" (REIS, 1994, p. 90-91).

XII - o grau de publicidade da ofensa: o conceito de publicidade está diretamente relacionado ao ato de divulgar, tornar público, um fato. Nesse sentido, Ferreira (2017, *web*) esclarece que "quanto maior o raio de divulgação da ofensa, considerando a relação do público com a pessoa ofendida, maior será a gravidade da ofensa". Assim, deverá o magistrado considerar a dimensão da publicidade da ofensa a fim de arbitrar uma justa indenização, partindo do pressuposto de que quanto maior a divulgação da ofensa, maior será a sua gravidade, sendo necessário, portanto, uma maior indenização.

Assim, após analisar os critérios subjetivos dos danos extrapatrimoniais com a finalidade de determinar a natureza da ofensa, se o juiz julgar procedente o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, fixará o *quantum* indenizatório a ser pago a cada um dos ofendido em consonância com os parâmetros elencados no art. 223-G, §1º, I-IV da CLT, de tal modo que, em sendo a ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, I da CLT); ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, II da CLT); ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, III da CLT); ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, IV da CLT), vedada a acumulação.

Nesse sentido, os incisos do §1º, art. 223-G da CLT, fixaram, com base na gravidade da ofensa, valores máximos e mínimos que devem ser observados pelo julgador ao arbitrar o valor da indenização, utilizando como base para o cálculo do montante indenizatório o último salário contratual do ofendido. Ademais, a teor do disposto no §2º do art. 223-G da CLT, em sendo o ofendido pessoa jurídica, a base de cálculo da indenização será o último salário contratual do ofensor. E, por fim, no caso de reincidência entre as partes, faculta-se ao juiz dobrar o valor indenizatório, nos termos do art. 223-G, §3º da CLT.

1.3 Os efeitos da Lei nº 13.467/2017 na reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho

A Lei nº 13.467/2017 alterou significativamente a responsabilização dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, de modo que se verifica uma limitação deste instituto, vez que define a aplicação dos arts. 223-A ao 223-G da CLT, única e exclusivamente aos prejuízos imateriais decorrentes das relações de trabalho, nos termos do art. 223-A da CLT. Conforme Boucinhas Filho (2017, *web*), "isolar o direito do trabalho dos demais ramos do direito não permitindo a busca por preceitos que possam lhe assegurar melhor saída não foi uma solução adequada para a busca de melhores respostas para as lides jurídicas surgidas". Nesse sentido, a limitação imposta pelo art. 223-A da CLT é inconcebível, vez que não há como a legislação trabalhista disciplinar e prever soluções para todos os casos, ante a dinâmica social e a particularidade de cada tema e sujeito, sendo necessária a interação do Direito do Trabalho com os mais diversos ramos do direito.

Ademais, a referida lei limitou a reparação dos danos extrapatrimoniais apenas aos ofendidos. Neste sentido, o art. 223-B da CLT define como titulares exclusivos do ressarcimento apenas as vítimas diretas do dano. Desse modo, os

danos morais reflexos, conhecidos também como ‘em ricochete’, que consistem no abalo moral sofrido pelas pessoas afetadas pelo dano ocasionado ao trabalhador, especificamente, não podem mais ser pleiteados. Portanto, percebe-se que a Reforma Trabalhista, no que se refere à reparação dos danos extrapatrimoniais, possui um reflexo limitante dos direitos dos trabalhadores. Assim, as alterações realizadas pela Lei nº 13.467/2017, conforme Delgado (2017), representam um verdadeiro retrocesso ao ordenamento justrabalhista brasileiro.

Nos arts. 223-C e 223-D da CLT, o legislador listou quais os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física e à pessoa jurídica, respectivamente, de modo que, se violados, merecem reparação. Este rol é bastante restrito, contudo, não há como considerar apenas os direitos personalíssimos elencados nos mencionados artigos como os únicos bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física e à pessoa jurídica, de modo a excluir outros de igual valor, a exemplo da dispensa em idade avançada. Diante da complexidade inerente à relação trabalhista, os danos extrapatrimoniais não podem ser limitados a um rol taxativo, sendo, na verdade, ampla a sua caracterização, conforme Borges e Cassar (2017) afirmam. Portanto, apesar do art. 223-A da CLT sugerir apenas a aplicação do disposto no “Título II–A” da CLT à reparação dos danos de natureza extrapatrimonial na Justiça do Trabalho, incabível, nesse aspecto, limitar a interpretação do magistrado ao caso concreto.

Ainda, a Reforma Trabalhista inovou ao permitir a indenização à título de danos extrapatrimoniais às pessoas jurídicas, de modo a acolher o disposto na Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça, a qual disciplina que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

O art. 223-E da CLT “contempla a possibilidade de responsabilidade solidária ou subsidiária, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o partilhamento da indenização seja feito de forma equitativa entre os co-responsáveis pela lesão” (SANTOS, 2017, p. 66). Assim, havendo pluralidade de ofensores, a responsabilidade da reparação recairá sobre todos, na medida em que contribuíram para a lesão.

Concernente ao art. 223-F da CLT, o legislador foi claro ao permitir a cumulação dos pedidos de indenização por danos extrapatrimoniais e danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo, sem que uma indenização prejudique a outra. Assim, acertou o legislador ao consagrar expressamente na legislação trabalhista a possibilidade da cumulação da indenização por danos extrapatrimoniais e danos materiais, em consonância com a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto estabelece que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Ainda no tocante aos efeitos da Lei nº 13.467/2017 na reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, a lei ao inserir o “Título II-A” na CLT não cuidou em diferenciar os possíveis ofensores e suas penas, resultando na possibilidade do empregado causar um dano de natureza extrapatrimonial em face do empregador e ser responsabilizado com base nos mesmos critérios utilizados no caso contrário. No entanto, a relação entre empregado e empregador não é igualitária, pois este possui superioridade econômica. Assim, em regra, o empregado não consegue suportar uma indenização imputada em seu desfavor nos mesmos moldes de que se fora imputada em desfavor do empregador, pois há um desequilíbrio financeiro entre as partes.

No que se refere às indenizações, o art. 223-G, §1º, *caput*, veda a

cumulatividade dos danos extrapatrimoniais. Destarte, a referida alteração legislativa não traz distinção entre os tipos de danos passíveis de indenização, conceituando-os em um único bloco interpretativo. Por esta lógica, os danos morais, estéticos e existenciais não podem ser cumulados, cabendo um valor único referente ao dano ocorrido, independentemente da sua distinção. Sobre este aspecto, Boucinhas Filho (2017) sustenta que o legislador se equivocou ao impedir tal cumulação, vez que um ato lesivo é capaz de gerar inúmeras lesões imateriais à vítima, de modo que, ao fixar uma única indenização para compensar todos os danos, o ofendido ficará sujeito à não reparação integral dos prejuízos suportados. Desse modo, há uma clara limitação ao direito de reparação dos danos causados ao ofendido, assim, caso seja acolhida a interpretação literal do texto normativo, vários danos causados ao trabalhador não serão objetos de reparação de forma integral.

A Lei nº 13.467/2017 trouxe limitações à reparação dos danos extrapatrimoniais na esfera trabalhista, sobretudo no que se refere à valoração da indenização devida. Nesse sentido, o art. 223-G, § 1º da CLT fixou o *quantum* indenizatório a ser arbitrado pelo magistrado, afastando a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo que essas limitações podem significar expressivos prejuízos aos direitos dos trabalhadores em face da não reparação integral do dano. Assim, tem-se que a lei trouxe mudanças significativas e polêmicas no tocante à reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, tendo em vista que antes de sua vigência a CLT não dispunha de um regramento específico para a temática, utilizando-se de normas subsidiárias e da jurisprudência pátria.

2. A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017 E SUA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE

Dentre as inovações da Lei nº 13.467/2017 no tocante à reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, pode-se dizer que um dos pontos mais polêmicos é a limitação do valor indenizatório com base no último salário contratual do ofendido, conforme disposto no art. 223-G, §1º da CLT.

Em que pese a ânsia do legislador em parametrizar os valores das indenizações, este novo critério viola diretamente o texto constitucional, especificamente o enunciado dos art. 1º, III, art. 3º, IV, art. 5º *caput*, incisos V e X da Constituição Federal, além de afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da reparação integral do dano, da não discriminação, da proporcionalidade e razoabilidade, todos garantidos constitucionalmente (PEREIRA, *et al*, 2018).

Conforme anteriormente aludido, nos termos do art. 223-G, §1º da Lei nº 13.467/2017, a quantia indenizatória está vinculada ao último salário contratual do ofendido, chegando-se ao valor indenizatório a partir da multiplicação dos parâmetros fixados na lei pelo salário da vítima. Nesse sentido, a utilização do último salário contratual do ofendido como base de cálculo do montante indenizatório, estabelece indenizações diversas a casos idênticos ou semelhantes, tendo em vista que o valor varia conforme a renda da vítima, “como se a dignidade daquele que ganha mais tivesse maior valor que a daquele que ganha menos” (PEREIRA, *et al*, 2018, *web*).

Desse modo, considera-se dois trabalhadores, Lucas e Tiago, com remunerações de R$ 3.000,00 e R$ 1.500,00 respectivamente, que sofreram

idênticos prejuízos imateriais, tendo ambos sofrido ofensa de mesma natureza e intensidade. Tendo em vista os parâmetros estabelecidos no art. 223-G, §1º, I-IV, e os salários das vítimas, cada trabalhador receberá à título de indenização, no máximo, os seguintes valores:

Quadro 01 – *Quantum* indenizatório conforme o art. 223-G, §1º, I-IV da CLT

Ofendido	Ofensa de natureza leve	Ofensa de natureza média	Ofensa de natureza grave	Ofensa de natureza gravíssima
Lucas R$ 3.000,00	R$ 9.000,00	R$ 15.000,00	R$ 60.000,00	R$ 150.000,00
Tiago R$ 1.500,00	R$ 4.500,00	R$ 7.500,00	R$ 30.000,00	R$ 75.000,00

Fonte: Primária

Assim, evidente que a tarifação do dano extrapatrimonial estabelece indenizações diversas a ofensas de mesma natureza, vez que o *quantum* indenizatório varia conforme o padrão salarial do ofendido, em manifesto prejuízo aos trabalhadores, os quais não poderão contar com a análise subjetiva do magistrado no caso concreto, mas tão somente com os critérios fixados na lei.

Ademais, essa tarifação, além de não permitir o arbitramento do magistrado com base nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, fere diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não discriminação, vez que "usa como fator determinante a posição econômico-social do ofendido para quantificar o dano sofrido" (PEREIRA, *et al*, 2018, *web*), em evidente desarmonia constitucional, como será visto no tópico 2.1 adiante, que trata da ADI nº 5.870/2017. Nesse sentido, alguns Tribunais Regionais do Trabalho já se manifestaram sobre o tema, argumentando pela inconstitucionalidade do art. 223-G, §1º da CLT, a exemplo do TRT da 15ª Região:

> [...] Com relação ao disposto no art. 223-G da CLT, deve-se ressalvar que traz uma tarifação e fórmula de cálculo do dano moral inconstitucionais, porque a indenização deve ser proporcional ao dano, não podendo ser limitada por lei (inteligência do art. 5º, incisos V e X, da CF/88). (...) O grande problema de tal dispositivo é o § 1º, que pretendeu inserir a tarifação do dano extrapatrimonial. Essa tarifação é inconstitucional. Ela cria uma limitação artificial da reparação extrapatrimonial trabalhista em desconformidade com a própria previsão da Constituição Federal (art. 5º, caput e, ainda, incisos V e X). A indenização, bem como o direito de resposta, deverão ser proporcionais ao agravo (TRT-15 - ROPS: 00104286920185150098 0010428-69.2018.5.15.0098, Relator: LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, 5ª Câmara, Data de Publicação: 06/11/2018).

Assim, verifica-se que esta modalidade de tarifação indenizatória vai na direção oposta a princípios constitucionais relevantes, vez que desconsidera os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na análise do caso concreto, bem como deixa de observar os aspectos subjetivos inerentes aos danos imateriais, reduzindo a sua aplicação a meros números expressos na letra da lei, não abrindo margem à interpretação do magistrado, o que poderá resultar na não reparação integral do dano.

A fim de ilustrar os prejuízos da tarifação do valor da indenização, analisa-se o caso colacionado a seguir, em que o ofendido requereu o pagamento de indenização por danos morais e estéticos em razão de acidente de trabalho sofrido enquanto trabalhava na operação de empilhadeira, que resultou na amputação da sua coxa direita. Diante dos fatos, o magistrado arbitrou o valor indenizatório no montante de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRABALHO. AMPUTAÇÃO DA PERNA DIREITA. CULPA DA RECLAMADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. **No caso dos autos, o reclamante pediu o pagamento de indenização por danos morais e estéticos, pois, enquanto trabalhava na operação de empilhadeira, sofreu acidente de trabalho, o qual resultou na amputação da coxa direita e na consequente perda total do membro inferior direito.** [...] **ACIDENTE DE TRABALHO. AMPUTAÇÃO DA PERNA DIREITA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ARBITRADA EM R$ 200.000,00 (DUZENTOS MIL REAIS). REDUÇÃO INDEVIDA**. No caso, a reclamada requer a redução do valor de R$ 200.000 (duzentos mil reais), o qual foi arbitrado a título de indenização por danos morais e estéticos em virtude do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante, o qual ocasionou a amputação da sua perna direita. [...] Na hipótese dos autos, conforme se extrai do acórdão, **foram levados em conta para a fixação do *quantum* indenizatório a compatibilidade da natureza com a gravidade do dano, os prejuízos reais advindos da lesão, o caráter punitivo em relação à empregadora e compensatório em relação à vítima, "sem se constituir em fonte de enriquecimento ilícito desta ou ser ínfimo a ponto de nada representar para a empregadora, diante da sua ampla capacidade de pagamento"**. [...] **Nesse contexto, a indenização arbitrada em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) revela-se adequada à situação fática delineada nos autos e apta a amenizar a dor e as dificuldades sofridas cotidianamente pelo empregado.** Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 125148420155030087, Relator:

> José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 20/02/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019) (grifo da autora).

Conforme o julgado do TST acima colacionado, percebe-se que o magistrado ao arbitrar o valor indenizatório no montante de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) considerou as peculiaridades do caso concreto, de modo a condenar o ofensor a uma indenização proporcional e razoável à situação fática. No entanto, caso a ofensa tivesse ocorrido na vigência da Lei nº 13.467/2017, a discrepância do montante indenizatório a ser arbitrado pelo magistrado seria absurda ao comparar com o caso acima exposto.

Em pesquisa acerca da média salarial de um operador de empilhadeira, verifica-se que a faixa salarial "fica entre R$ 1.227,76 (média do piso salarial 2019 de convenções coletivas e dissídios), R$ 1.625,50 (salário mediana da amostragem) e o teto salarial de R$ 2.613,28, levando em conta profissionais contratados com carteira assinada em regime CLT a nível nacional" (SALÁRIO.COM.BR, 2019, *web*). Assim, considerando que a perda total do membro inferior direito configura dano extrapatrimonial de natureza gravíssima, nos termos do art. 223-G, §1º, IV, da CLT, o valor indenizatório máximo a ser determinado pelo magistrado é de até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. Portanto, considerando como sendo o salário do ofendido o teto salarial de um operador de empilhadeira, tem-se que o valor máximo da indenização será de R$ 130.664,00 (cento e trinta mil seiscentos e sessenta e quatro reais), configurando evidente prejuízo ao ofendido.

Nesse sentido, Pereira, Fontenele e Costa (2018, *web*) preceituam que "os direitos fundamentais devem ser tutelados de forma universal, não podendo, assim, ser valorados de acordo com a posição socioeconômica do ofendido. A própria natureza do dano extrapatrimonial se traduz na total indiferença ao patrimônio do indivíduo". Assim, a Lei nº 13.467/2017 contraria o atual entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do arbitramento das indenizações a título de danos extrapatrimoniais.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana tem um papel fundamental para a estabilização dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, equalizando o desvio na utilização das normas jurídicas. Portanto, todos os institutos jurídicos devem ser criados e aplicados com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana. Nesse viés, a atual evolução dos danos extrapatrimoniais e suas características é resultado dessa proteção outorgada ao ser humano, sobretudo nas relações trabalhistas. Logo, verifica-se que o tarifamento das indenizações deixa desprotegida a dignidade do trabalhador, uma vez que limita a verdadeira dimensão da responsabilização do causador dos danos imateriais.

Portanto, diante do caráter compensatório, educativo e preventivo da reparação dos danos extrapatrimoniais, o tarifamento indenizatório representa um retrocesso, violando a dignidade do trabalhador, o princípio da isonomia, da reparação integral do dano, da não discriminação, da proporcionalidade e razoabilidade, vez que realiza a mensuração dos danos extrapatrimoniais com fundamento na capacidade econômica do ofendido, e não na dimensão do dano sofrido. Desse modo, a reparação, por vezes, não será integral, ao passo que será discriminatória, visto que aos de mais baixa renda o *quantum* indenizatório fixado será menor.

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.870/2017

Ante a possível inconstitucionalidade da tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais proposta pela Lei nº 13.467/2017, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.870/2017, com pedido de medida cautelar, em face dos incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da CLT, sob o argumento de que "a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação do valor de indenização por dano moral, previsto no inciso XXVIII, do art. 7º, da CF, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição" (ANAMATRA, 2017, p. 02).

Desse modo, a ANAMATRA (2017) se posiciona no sentido de que a indenização deve ser ampla, de modo que tarifá-la pode significar a não reparação integral do dano, sendo necessário extrapolar os limites fixados conforme o caso em concreto. Ademais, assevera que estipular o valor indenizatório com base no salário contratual do ofendido viola o princípio da isonomia. Assim, da peça inaugural da ADI nº 5.870/2017, verifica-se que a ANAMATRA (2017, p. 02) sustenta que a proposta da Lei nº 13.467/2017 impede o Poder Judiciário de "[...] fixar uma indenização superior à efetivamente devida para reparar o dano ocorrido". Ademais, além da problemática da tarifação, destaca a ofensa ao princípio da isonomia, "[...] porque a indenização decorrente de um mesmo dano moral (p. ex.: tetraplegia de um servente ou de um diretor de empresa) teria valor diferente em razão do salário de cada ofendido" (ANAMATRA, 2017, p. 02).

Outrossim, a ANAMATRA (2017) argumenta pela semelhança da questão discutida na ADI nº 5.870/2017 à já debatida pelo STF quando declarou a inconstitucionalidade da tarifação das indenizações por dano moral decorrentes da ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, proposta pela Lei da Imprensa. Nesse sentido, a Associação afirma que "se a tarifação da indenização por dano moral decorrente de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas é inconstitucional, a tarifação da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho também se mostra inconstitucional" (ANAMATRA, 2017, p. 05).

Nesse viés, a referida Associação pugna pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta, objetivando a retomada da interpretação nos moldes da Constituição Federal, de modo a permitir, conforme o caso concreto, o arbitramento de indenizações em valores superiores ao fixado na CLT.

A petição inicial da ADI nº 5.870/2017 foi protocolada em 21/12/2017 e distribuída ao Ministro Gilmar Mendes em 22/12/2017, que remeteu os autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Intimado para se manifestar acerca da ação proposta, o ex-Presidente da República Michel Temer argumentou pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, sustentando que a limitação do valor das indenizações por danos extrapatrimoniais é condizente com os princípios da segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, equidade e isonomia. Por sua vez, o Advogado-Geral da União pugnou pelo não conhecimento da ação, sob a alegação de ilegitimidade ativa. No mérito, sustentou que os dispositivos legais impugnados não ferem a prerrogativa do julgador de fixar indenizações justas aos trabalhadores, e que os parâmetros ditados evitam tratamentos desiguais no âmbito do Poder Judiciário. Em contrapartida, a Procuradora-Geral da República opina pelo conhecimento da ação e procedência do pedido, para que seja

declarada a inconstitucionalidade do art. 223-G, §1º, I-IV da CLT e, por arrastamento, dos parágrafos 2º e 3º do art. 223-G, o art. 223-A e art. 223-C, todos inseridos pela Lei nº 13.467/2017 na CLT (ADI 5.870, 2019, *web*).

Em 07/02/2019, a ADI nº 6.069/2019, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em face das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 no tocante à reparação dos danos morais decorrentes da relação de trabalho, foi apensada à ADI nº 5.870/2017. Por sua vez, a ADI nº 6.082/2019, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) em face da tarifação das indenizações por danos extrapatrimoniais introduzida na CLT pela Lei nº 13.467/2017, foi apensada aos autos em 23/03/2019 (ADI 5.870, 2019, *web*).

Ante a relevância da questão constitucional discutida, vários interessados requereram seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*[53], o que vem sendo deferido pelo Ministro Gilmar Mendes em razão da representatividade das postulantes (ADI 5.870, 2019, *web*).

Assim sendo, verifica-se que as alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 na CLT, sobretudo no tocante à tarifação da reparação dos danos extrapatrimoniais, vêm causando polêmicas no mundo jurídico, ante a possível inconstitucionalidade da sistemática proposta pelo legislador de fixar parâmetros discriminatórios para a reparação do dano extrapatrimonial sofrido.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo possui como abordagem a qualitativa. Para Appolinário (2016, p. 22), a pesquisa qualitativa "[...] prevê, majoritamente, a coleta dos dados a partir de interações sociais do pesquisador com o fenômeno pesquisado. Além disso, a análise desses dados se daria a partir da hermenêutica do próprio pesquisador". Desse modo, realizou-se a análise dos artigos 223-A ao 223-G da CLT, os quais regulamentam a reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, para, posteriormente, compreender os impactos da aplicação destes dispositivos legais aos casos concretos. Neste sentido, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, que pretendeu analisar as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 ao instituto do dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho, demonstrando a possível inconstitucionalidade da indenização tarifária.

A pesquisa realizada foi do tipo bibliográfica, a qual, segundo Appolinário (2011, p. 145), é realizada por meio de "dados provenientes de fontes documentais", como livros, revistas, artigos científicos e jornais. Nesse viés, Henriques e Medeiros (2017, p. 106) sustentam que a pesquisa bibliográfica "[...] dá apoio à análise, à construção de hipóteses, à formulação do problema de pesquisa", ademais, afirmam que "[...] esse tipo de pesquisa visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa". Assim, a pesquisa bibliográfica permitiu a elaboração de argumentos que

[53] Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA; Confederação Nacional da Indústria – CNI; Associação Nacional das Universidades Particulares – ANUP; Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo – AATSP; Confederação Nacional do Transporte – CNT; Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal – FENASEPE; Associação Sergipana de Advogados Trabalhistas – ASSAT; Central Única dos Trabalhadores – CUT.

sustentam a inconstitucionalidade da indenização tarifária dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho.

No tocante ao método de pesquisa, o presente estudo possui o método dedutivo, o qual, consoante Lakatos e Marconi (2017, p. 107), “parte de teorias e leis para predizer a ocorrência dos fenômenos particulares”. Desse modo, busca-se na dedução a possibilidade de constatar “verdades particulares em verdades universais” (CERVO; BERVIAN e SILVA, 2007), de modo que o presente texto buscou a interpretação dos artigos 223-A ao 223-G da CLT para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis quanto a possível inconstitucionalidade da indenização tarifária na Justiça do Trabalho.

Por fim, no que se refere à metodologia científica, a pesquisa teve como parâmetro o caráter explicativo. Segundo Henriques e Medeiros (2017, p. 98), “as pesquisas explicativas ocupam-se de causas, de fatos que determinam ou contribuem para a ocorrência de determinados fenômenos”. Portanto, a pesquisa explicativa está em consonância com os objetivos do presente estudo, vez que possibilitou demonstrar os impactos da indenização tarifária na Justiça do Trabalho às vítimas de danos extrapatrimoniais.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A Lei nº 13.467/2017 inovou ao inserir na CLT o “Título II–A”, que regulamenta o dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho, disciplinando nos artigos 223-A ao 223-G da CLT quais os dispositivos aplicáveis à reparação dos danos dessa natureza, sua configuração, os titulares da indenização e da reparação, quais os bens tutelados passíveis de sofrerem danos imateriais, as diretrizes que o magistrado deve observar ao apreciar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais e quais os critérios para fixação do montante indenizatório. Nesse sentido, apresentou um novo regramento à temática dos danos extrapatrimoniais, alterando significativamente seus critérios de configuração e reparação na Justiça do Trabalho.

Antes do advento da referida lei, os danos extrapatrimoniais eram apreciados com base na legislação constitucional e civil, legislação subsidiária e suplementar da CLT, além da interpretação e análise subjetiva do magistrado, quem, em atenção as peculiaridades de cada caso, arbitrava o montante indenizatório considerado mais justo e plausível possível, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Entretanto, a Lei nº 13.467/2017 limitou os critérios de reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, determinando apenas a aplicação dos arts. 223-A ao 223-G da CLT a este instituto, não admitindo a aplicação subsidiária e suplementar de outros dispositivos legais. Ademais, estabeleceu que apenas os ofendidos são titulares da reparação, não podendo terceiros reivindicar os reflexos do dano, a exemplo dos herdeiros. Outrossim, nos arts. 223-C e 223-D da CLT, o legislador listou quais os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física e à pessoa jurídica, respectivamente, de modo que, se violados, merecem reparação. Frisa-se que este rol é limitado, porém não taxativo, ante a complexidade das relações trabalhista, portanto, incabível limitar a interpretação do magistrado e a aplicação da legislação complementar nesse aspecto, em contrariedade ao art. 223-A da CLT.

Ainda, o legislador disciplinou a possibilidade da responsabilidade solidária ou subsidiária, na hipótese de múltiplos ofensores, de modo que a indenização será proporcional à ofensa. Também permitiu o legislador, com a

redação do art. 223-F da CLT, a cumulação dos pedidos de indenização por danos materiais e imateriais decorrentes do mesmo ato lesivo.

No que se refere à indenização por danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, o art. 223-G da CLT inserido pela Lei nº 13.467/2017 é o ponto que merece maior reflexão, vez que trouxe limitações à valoração da indenização devida, tendo afastado a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no arbitramento do valor do dano a ser reparado, em evidente tarifação do dano extrapatrimonial. Nos termos do mencionado artigo, primeiramente o magistrado deverá observar os critérios subjetivos dos danos extrapatrimoniais (incisos I ao XII do art. 223-G da CLT) para, posteriormente, enquadrar o dano sofrido nos parâmetros do art. 223-G, §1º, I ao IV, da CLT, fixando o valor indenizatório dentro das faixas estabelecidas conforme a natureza da ofensa (leve, média, grave ou gravíssima) e utilizando como base para o cálculo da indenização o último salário contratual do ofendido.

A indenização tarifária pretendida pelo legislador ao inserir na CLT o art. 223-G, caminha na direção oposta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da reparação integral do dano, da não discriminação, da proporcionalidade e razoabilidade, garantidos constitucionalmente, vez que realiza a mensuração dos danos extrapatrimoniais com fundamento na capacidade econômica do ofendido, e não na dimensão do dano sofrido.

CONCLUSÃO

A partir da análise dos artigos inseridos na CLT por meio da Lei nº 13.467/2017 que regulamentam a reparação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, percebe-se que o legislador buscou uma parametrização dos valores indenizatórios, de tal forma que estabeleceu, no art. 223-G, §1º, I-IV da CLT, limites mínimos e máximos para a fixação do *quantum* indenizatório, o qual varia conforme a gravidade da ofensa e é um múltiplo do salário contratual do ofendido, ou do ofensor em sendo a vítima pessoa jurídica.

Assim, pode-se concluir que esta tarifação dos danos extrapatrimoniais é um retrocesso à Justiça do Trabalho, ao passo que deixa vulnerável a dignidade do trabalhador, vez que impõe limites à reparação do dano sofrido. Nesse sentido, a utilização de um parâmetro indicativo para a fixação do valor indenizatório pelo magistrado, é inconstitucional, por violação direta ao texto da Constituição Federal e ofensa a inúmeros princípios garantidos constitucionalmente.

Dentre os prejuízos da indenização tarifária, destaca-se a vulnerabilidade do princípio da reparação integral do dano, haja vista o afastamento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no momento da fixação do *quantum* indenizatório, em razão dos limites impostos pela lei, de modo que o juiz não poderá se ater as peculiaridades do caso e, em sendo necessário, ultrapassar o teto máximo indenizatório. Ademais, nos termos do art. 223-G, §1º da CLT, o legislador vedou a acumulação das indenizações por danos extrapatrimoniais decorrentes do mesmo ato lesivo, de modo que, caso a vítima sofra mais de um dano dessa natureza, só poderá pleitear uma única indenização. Assim, evidente o retrocesso neste aspecto, vez que plenamente possível um ato lesivo gerar mais de um dano imaterial, de modo que, nos termos da Lei nº 13.467/2017, o trabalhador corre o risco de não ter todos os seus prejuízos reparados.

Não bastasse, a tarifação proposta utiliza o último salário contratual da vítima como base de cálculo do montante indenizatório, de modo que, ocorrendo danos idênticos, haverá indenizações distintas, vez que o valor será um múltiplo do salário do trabalhador. Assim, evidente a violação aos princípios da não discriminação, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a utilização do último salário contratual do ofendido como base de cálculo do montante indenizatório, estabelece indenizações diversas a casos idênticos ou semelhantes. Além disso, o montante indenizatório será menor aos de mais baixa renda, vez que o valor varia conforme o salário da vítima, como se o sofrimento daquele que ganha mais tivesse maior valor se comparado ao daquele que ganha menos.

Ademais, impedir o magistrado de arbitrar valores superiores aos limites impostos na lei, é, de longe, inconstitucional, além de representar um retrocesso absurdo ao ordenamento justrabalhista brasileiro, tanto é que a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.870/2017, pugnando pela inconstitucionalidade da tarifação dos danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, ou seja, dos incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da CLT.

Diante do exposto, inequívoco que a Lei nº 13.467/2017 ao introduzir o sistema de indenização tarifária na Justiça do Trabalho a fim de parametrizar as indenizações por danos extrapatrimoniais, deixa vulneráveis inúmeros princípios constitucionais, sendo, portanto, evidente o seu caráter inconstitucional, além de representar um verdadeiro retrocesso ao ordenamento jurídico trabalhista. Nesse sentido, vez que todos os institutos jurídicos devem ser criados e aplicados com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana, deve ser julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.870/2017, de modo a serem declarados inconstitucionais os incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da CLT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEGRO, Romana Affonso de Almeida. **Bens jurídicos.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2089/Bens-juridicos>. Acesso em: 20 maio. 2019.

ALVARENGA, Leidyane. **Os requisitos essenciais para a dispensa por justa causa.** Disponível em: <https://leidyane2030.jusbrasil.com.br/artigos/492190477/os-requisitos-essenciais-para-a-dispensa-por-justa-causa?ref=serp>. Acesso em: 20 maio. 2019.

ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face dos incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho.** Peticionada em 19/12/2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/01-Anamatra-STF-ADI-DanoMoral-Tabela-Inicial---Assinado.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

APPOLINÁRIO, Fabio. **Dicionário de metodologia científica:** um guia para a produção do conhecimento científico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

APPOLINÁRIO, Fábio. **Metodologia científica.** São Paulo: Cengage Learning Editores, 2016.

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista.** São Paulo: Método, 2017.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Quantificação das indenizações por dano moral**. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. V. 12, nº 1, p. 335-349, janeiro/junho de 2018. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjp3L3Q177iAhUvJrkGHdoHA1wQFjAKegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.fadisp.com.br%2Frevista%2Fojs%2Findex.php%2Fpensamentojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F133%2F174&usg=AOvVaw2IsXh1MNU55-oAMJRfhms7>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

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: 18 maio. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 28 Mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.870.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.069.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.082.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37.** São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227.** A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 0010428-69.2018.5.15.0098. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/645436735/rops-10428692018515009 8-0010428-6920185150098/inteiro-teor-645436759>. Acesso em: 20 maio. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista – AIRR nº 12514-84.2015.5.03.0087. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681865971/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-12514842015503008 7?ref=serp>. Acesso em: 20 maio. 2019.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro A.; SILVA, Roberto da. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FAVARETTO, Cícero. **Os critérios para fixação dos danos morais - parte I - critérios subjetivos.** Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113718912/os-criterios-para-fixacao-dos-danos-morais-parte-i-criterios-subjetivos>. Acesso em: 20 maio. 2019.

FERREIRA, Jesse Rodrigues. **Reforma trabalhista:** o dano moral quando o ofendido é o empregado. Disponível em: <https://provedorjesse.jusbrasil.com.br/artigos/516525617/reforma-trabalhista-o-dano-moral-quando-o-ofendido-e-o-empregado>. Acesso em: 20 maio. 2019.

FREITAS, Andreia Pereira. **A tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito do direito do trabalho**: uma análise sob a perspectiva da inconstitucionalidade. 2017. 78 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Roraima. Boa Vista, 2017. Disponível em: <http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=66:monografia-2017-2&Itemid=314>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FREITAS, Danielli Xavier. **Dano moral na relação de trabalho.** Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/142021796/dano-moral-na-relacao-de-trabalho>. Acesso em: 20 maio. 2019.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20349/nocoes-fundamentais-sobre-o-dano- existencial>. Acesso em: 07 abr. 2019.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina Andrade. **Metodologia do trabalho científico.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Antônio de Pádua Carvalho; FONTENELE, Franklin Caetano de Oliveira; COSTA, Pedrita Dias. **A inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho.** Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=48&path%5B%5D=27>. Acesso em: 07 abr. 2019.

PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael; NAHAS, Thereza. **CLT comparada urgente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PIACENTI, Felipe. **Qual a diferença entre dolo e culpa?.** Disponível em: <https://direitodetodos.com.br/qual-a-diferenca-entre-dolo-e-culpa/>. Acesso em: 20 maio. 2019.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REIS, Clayton. **A reparação do dano moral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REIS, Everton Alexandre. **O dano moral com a reforma/modernização trabalhista.** Disponível em: <https://evertonreisjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/508593350/o-dano-moral-com-a-reforma-modernizacao-trabalhista>. Acesso em: 20 maio. 2019.
SALÁRIO.COM.BR. **Salário de operador de empilhadeira 2019 - média salarial de 46.356 profissionais no cargo.** Disponível em: <https://www.salario.com.br/profissao/operador-de-empilhadeira-cbo-782220/>. Acesso em: 20 maio. 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017, da reforma trabalhista.** Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Reforma Trabalhista II. Paraná, V. 7, nº 62, p. 62-69, setembro/outubro de 2017. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE VIOLENTA E SELETIVA

Bruna Boldo Arruda[54]

Resumo: Esta pesquisa tem por objetivo estudar a influência da mídia sensacionalista, por meio de programas policiais de televisão, sob a ótica da criminologia midiática, teoria do *Labeling Approach*, criminologia crítica e criminologia cautelar. Busca, dessa forma, apresentar como se dá a seletividade no sistema penal e a reprodução dos estigmas pela sociedade, por meio de um senso comum reforçado pela mídia. Para isso, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas na doutrina brasileira e estrangeira traduzida, além de colacionar extratos de publicações nas redes sociais e extratos do pacto contra a violência, documento uruguaio, acessado em seu original na página virtual de seu governo. Cabe ressaltar, que o trabalho não se presta ao esgotamento da matéria, mas à elucidação de um panorama social atual, com o objetivo de fomentar a discussão do tema.

Palavras-Chave: Teoria do *Labeling Approach*. Criminologia crítica. Mídia. Seletividade do sistema penal. Criminologia cautelar.

INTRODUÇÃO

Desde a época dos folhetins, há parte da mídia que se ocupa não só em trazer a notícia à sociedade, mas fazer desta um espetáculo, pois o que não chama a atenção, não vende.

Um dos setores mais disseminados na televisão brasileira é a exploração da violência, tanto na apresentação de crimes quanto em tragédias e desastres naturais[55]. Dessa forma, percebe-se que nos programas policiais existe uma dramatização excessiva em torno de casos reais, transmitindo-se muitas vezes ao vivo a captura (e até execução) de acusados.

Esse tipo de jornalismo expõe ao público pessoas que muitas vezes sequer foram submetidas a um processo criminal. Não há a menor preocupação com a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, quanto menos com

---

[54] Advogada. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola do Ministério Público de SC em convênio com a Univali-Itajaí (2016). Graduada em Direito pelo Ibes Sociesc (2014). E-mail: bruna.boldo@gmail.com.

[55] "Ao mesmo tempo, é importante notar que as pessoas, em média, preferem assistir a programas de TV não-violentos, pelo menos de acordo com uma análise norte-americana (Gerbner, l997). De muitas nações do mundo vêm relatórios de que os habitantes locais preferem assistir a programas produzidos em seus países, se essa alternativa existir — novelas nacionais, ficção nacional etc. (Goonasekera, 1995; Sancho, 1995; Lamb, 1997). Contudo, essas alternativas são poucas ou inexistentes. É caro produzir drama ou ficção e, na maioria dos países, não se pode esperar que os gastos resultem em receita de exportação, como acontece nos EUA, que dominam a exportação mundial nesta área. O que domina a violência na mídia, então, não é primariamente a popularidade, mas o marketing global (Gerbner, 1997). A concentração da propriedade da mídia também dificulta o sucesso doméstico de recém-chegados, empresas menores ou de produção alternativa, que são, portanto, obrigados a entrar no ramo de vídeos e venda para o exterior. Seus produtos precisam de um ingrediente dramático que não exija tradução e se ajuste a tantas culturas quanto possível. Esse ingrediente é, em geral, a violência. Um estudo feito nos EUA indica que os programas norte-americanos exportados para outros países contêm mais violência que os programas americanos transmitidos nos EUA (Gerbner, 1997). Tudo isso significa, entre outras coisas, que quase 90% das crianças com 12 anos de idade estão familiarizadas com personagens violentos como o Exterminador do Futuro e Rambo, de acordo com um estudo global feito em 23 países (ver o artigo, neste livro, de Jo Groebel). Em algumas nações, e não menos nos países ocidentais, a pesquisa criminológica indica que a violência na sociedade aumentou nas últimas décadas." Disponível em <https://www.faneesp.edu.br/site/documentos/crianca_violencia_midia.pdf> Acesso em 27 jun 2019.

a presunção de inocência. Do contrário, o que se noticia são sempre os mesmo tipos de delito, sendo os protagonistas desse “show” os marginalizados, invisíveis aos olhos da sociedade.

Assim, acredita-se na importância de revisitar o tema, pois seria o “mal” composto apenas desta figura estereotipada, que pratica crimes violentos, ou a mídia sensacionalista viria determinando quais crimes e sujeitos devem ser expostos?

Nesse sentido, pretende-se identificar a seletividade do sistema penal ocorrida nos programas televisivos, especialmente os policialescos emitidos no estado de Santa Catarina, à luz da teoria do *Labeling Approach*/Etiquetamento e da criminologia crítica de Alessandro Baratta.

Não obstante, pretende-se verificar, a título de exemplo, a influência desses programas policiais de televisão a partir de comentários na página do *Facebook* dos programas “Cidade Alerta” transmitido pela Record News SC e “Brasil Urgente”, na formação de uma sociedade mais seletiva e violenta.

Por fim, observa-se de forma superficial e ilustrativa, uma das propostas do pacto contra a violência, elaborado pelo governo do Uruguai em 2012, que no sentido proposto por esta pesquisa, previu a delimitação de horários (das 22h – 6:00h) para transmissões de programas de televisão que expõem à violência excessiva, convergindo a iniciativa às propostas criminológicas sugeridas por Eugênio Raúl Zaffaroni em seu livro “A palavra dos mortos”.

1. PROGRAMAS POLICIAIS DE TELEVISÃO, SELETIVIDADE E SENSO COMUM PUNITIVISTA: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO FOMENTO À VIOLÊNCIA

Após o estabelecimento das escolas criminológicas clássicas e positivistas do século XVIII, surge a necessidade de um aprofundamento maior dos estudos tendo por base movimentos de reação social. Neste momento, verifica-se a construção da teoria do *Labeling Approach*[56] que, acompanhando a evolução dos estudos em criminologia, parte de uma base eminentemente sociológica, visando sempre reunir áreas complementares de pesquisa, como a psicologia, as ciências políticas e as ciências sociais.

Diferentemente do que se observava até então, cujo enfoque do estudo dava-se apenas na figura do sujeito criminoso – o porquê pratica crimes -, a premissa dos interacionistas[57] do *Labeling Approach* parte do estudo do sistema penal como um todo, estudando desde o criminoso aos operadores de direito, a

[56] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 86: “[...] o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.”

[57] BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 193: “A teoria interacionista se desenvolve a partir de uma disposição de espírito que leva o lugar-comum a sério e não se contentará com forças invisíveis e misteriosas como mecanismos explanatórios. Essa disposição de espírito floresce indubitavelmente quando alguém se defronta de modo contínuo com os detalhes das coisas que se propõe a explicar com toda sua complexidade. É mais fácil construir infratores míticos, e atribuir-lhes aquelas qualidades que mais se harmonizam com nossas explicações hipotéticas, se tivermos apenas fragmentos de fatos como os que poderíamos encontrar num arquivo oficial ou nas respostas a um questionário. Como Galtung sugeriu em outra conexão, constructos míticos não podem se defender contra o ataque dos fatos produzidos pelo conhecimento íntimo.”

saber: juízes, policiais, promotores, até o sistema econômico e social vigente para compreender a criminalidade de forma contextual.

Estudiosos desta teoria, como Sutherland[58], ao aprofundar-se no estudo da criminalidade, passam a chamar a atenção também para a existência de uma "cifra negra" que até então fora deixada de lado pelo sistema penal e criminologia como um todo. Tal cifra corresponderia a crimes que, por diversas razões, não são registrados por não serem do interesse da tutela do direito penal, pois cometidos por sujeitos de alto poder aquisitivo ou por sua posição/influência na sociedade, pela baixa reprovabilidade da conduta ou mesmo por não se enquadrarem nos perfis estigmatizantes dos ditos criminosos em uma acepção - ainda presente - lombrosiana[59], como será visto ao longo deste trabalho.

Passa-se a notar, então, que há seletividade[60] no sistema penal e, por isso, deveria-se reformular a indagação precursora do estudo, não mais questionando quem seriam os criminosos e por que cometem crimes, mas - entre outras questões declinativas - para quem serve a tutela do direito penal. Assim discorre Alessandro Baratta:

> Só descendo do nível fenomênico da *superfície* das relações sociais, ao nível da sua *lógica material*, é possível uma interpretação contextual e orgânica de ambos os aspectos da questão. Mas isto ultrapassa os limites das teorias de *médio alcance*, e implica um deslocamento do ponto de partida para a interpretação do fenômeno criminal, do próprio fenômeno para a estrutura social, historicamente determinada, em que aquele se insere.[61]

Nesse sentido a mídia, principalmente na contemporaneidade a televisiva, como forte comunicadora das massas, mostra-se em sua maioria seletiva,

---

[58] SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 416.

[59] SABBATINI, Renato M. E. Cesare Lombroso: uma breve biografia. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n01/frenolog/lombroso_port.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016: "Cesare Lombroso foi um professor universitário e criminologista italiano, nascido a 6 de novembro de 1835, em Verona. Tornou-se mundialmente famoso por seus estudos e teorias no campo da caracterologia, ou a relação entre características físicas e mentais. Lombroso tentou relacionar certas características físicas, tais como o tamanho da mandíbula, à psicopatologia criminal, ou a tendência inata de indivíduos sociopatas e com comportamento criminal."

[60] ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73: "Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma orientar-se por 'estereótipos' que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado."

[61] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 99.

representando forte papel no fomento ao estigma[62] de quem seria o desviante[63] para o senso comum.

Nascida inicialmente de um jornalismo de caráter informativo, a mídia molda-se, especialmente em países de economia capitalista, a um mero negócio que busca entreter seus expectadores a todo custo, sem que haja qualquer compromisso com a verdade (pois não há tempo de apurá-la sob o risco de ficar atrás de outras emissoras), visando apenas maior geração de lucros para a empresa. Nessa busca pela audiência e consequente lucro, não há preocupação com a veracidade dos fatos, principalmente em programas televisivos de caráter policialesco, realizados muitas vezes em transmissão simultânea à ocorrência de tais fatos, sendo o objetivo simplesmente atingir os maiores picos de audiência. Explica Israel Drapkin Senderey que:

> Da mesma maneira, o jornal foi adquirindo uma circulação maior à medida que se criavam novas seções que incrementavam o interesse público, tais como o 'mundo dos esportes', a 'página social', o 'noticiário agrícola', o 'movimento bursátil', 'a mulher e o lar' 'telegramas do exterior', as séries humorísticas ou instrutivas, etc. Posteriormente, e como consequência direta da terrível competição entre os periódicos para atrair o volúvel público, nasceu a chamada 'imprensa amarela', com os gritantes títulos de primeira página e seus encabeçamentos grandes e sensacionalistas.
> Este desenvolvimento formidável alcançado pela imprensa foi feito sobre uma base puramente comercial e é este o palanque – o interesse econômico – que ainda conserva toda sua potente vitalidade.[64]

Verifica-se que a mídia precisava de algo que chamasse a atenção dos leitores/telespectadores e não poderiam meramente expor as notícias cotidianas, pois teria de haver um meio de entreter a população naquilo que estava sendo divulgado para que se ampliassem as vendas, o que encontraram em temas como a violência.

---

[62] GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, p. 148-150: "[...] o estigma envolve não tanto um conjunto de indivíduos concretos que podem ser divididos em duas pilhas, a de estigmatizados e a de normais, quanto um processo social de dois papéis no qual cada indivíduo participa de ambos, pelo menos em algumas conexões e em algumas fases da vida. O normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contatos mistos, em virtude de normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro. [...] os processos de estigmatização parecem ter uma função social geral – a de recrutar apoio para a sociedade entre aqueles que não são apoiados por ela – e, presumivelmente, nesse nível, são resistentes à mudança, deve-se ver que parecem estar implícitas aí funções adicionais que variam muito marcantemente segundo o tipo de estigma. A estigmatização daqueles que têm maus antecedentes morais pode, nitidamente, funcionar como um meio de controle social formal; a estigmatização de membros de certos grupos raciais, religiosos ou étnicos tem funcionado, aparentemente, como um meio de afastar essas minorias de diversas vias de competição;"

[63] BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21-22: "[...] ele [o desvio] é criado pela sociedade. Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em 'fatores sociais' que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um 'infrator'. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal."

[64] DRAPKIN, Israel; KOSOVSKI, Ester. **Imprensa e criminalidade**. São Paulo: J. Bushatsky, 1983, p. 36-37.

Nesse diapasão, passam a eclodir os programas de televisão sensacionalistas, onde com bastante frequência divulgam-se nomes de suspeitos e dados de suas vidas privadas, pois a sociedade não se interessa apenas pelos fatos, mas quando são expostos nome, endereço, ofício ou função de agressores e vítimas, a história torna-se mais atrativa, pois acaba tornando-se uma espécie de telenovela.

Sem muitas precauções, tais dados são divulgados antes mesmo de concluída determinada investigação criminal ou mesmo no curso de ações penais, em que ainda não há aferição de autoria e materialidade. Diz Railda Saraiva que:

> Tais programas, que desfrutam em geral de grande audiência, prestam um desserviço à comunidade, contribuindo para a má formação dos jovens, disseminando preconceitos e difundindo, como natural e aceitável, o desrespeito ao ser humano pelo tratamento injurioso e humilhante dispensado aos chamados 'marginais'.[65]

Os prestadores destes serviços filiar-se-ão no direito à liberdade de expressão, porém cumpre lembrar que este não é um direito absoluto, pois comporta limites de atuação quando em conflito com outros interesses e garantias individuais, características de um Estado Democrático de Direito. Tais programas, com suas colocações injuriosas, ultrapassam os limites de sensatez e infringem postulados de direitos humanos. Afirma Israel Drapkin Senderey que:

> Se a crônica policial deve existir, entre muitos outros motivos, por respeito à liberdade de imprensa, é indispensável não confundir esta liberdade com libertinagem. Ninguém se beneficia com uma imprensa sensacionalista e escandalosa. Nem o leitor, nem o jornalista, nem a sociedade na qual ambos vivem e aspiram a melhorar. Uma informação escorreita, precisa, objetiva e exata dos fatos criminosos é amplamente suficiente. O ditirambo, a fantasia, a dramatização e o exagero não só revelam o mau gosto e até a tendência psicopatológica do próprio cronista, mas que enlameiam e denigrem esta mesma liberdade de imprensa que tanto reclamam e defendem.[66]

Não obstante, propagam uma ideia de senso comum[67] preconceituosa e seletiva. Essas impressões são socialmente construídas a partir das interações e vivências das pessoas em conjunto, contudo, observa-se que em uma

---

[65] SARAIVA, Railda. **Poder, violencia e criminalidade.** Rio de Janeiro : Forense, 1989, p. 177.

[66] DRAPKIN, Israel; KOSOVSKI, Ester. **Imprensa e criminalidade**. São Paulo: J. Bushatsky, 1983, p. 133.

[67] BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 190-191: "O senso comum é a sabedoria tradicional da tribo, a mistura das 'coisas que todo mundo sabe', que as crianças aprendem à medida que crescem, os estereótipos da vida cotidiana. Ele inclui generalizações da ciência social sobre a natureza dos fenômenos sociais, correlações entre categorias sociais (por exemplo, entre raça e crime, ou classe e inteligência) e a etiologia de condições sociais problemáticas, como pobreza e guerra. As generalizações de senso comum assemelham-se às da ciência social em sua estrutura formal; diferem amplamente em sua imunidade a observações contraditórias. As generalizações da ciência social, em princípio e muitas vezes de fato, mudam quando novas observações mostram que são incorretas. As generalizações de senso comum, não. Esse tipo de senso comum, em particular porque seus erros não são aleatórios, favorece as instituições estabelecidas."

sociedade em que a televisão é o maior meio de informação do povo[68], este senso comum é facilmente moldado por aqueles que detêm o poder econômico e político ao utilizarem-se de tais meios de comunicação para disseminar seus posicionamentos, aproveitando-se de um veículo que não faz refletir nem raciocinar, apenas transmite imagens e falas de horror e pânico.

Consequentemente, percebe-se na fala de seus telespectadores, que recebem pouca, ou quase nenhuma, informação jurídica - uma vez que os apresentadores de programas policiais não se preocupam em explicar como funciona o direito, mas tão somente dão a noção do que eles próprios entendem por justiça - a reprodução dos discursos de ódio[69] disseminados pelos programas policialescos, que incitam a uma violência subconsciente.

A título de exemplo, transcrevem-se a seguir comentários extraídos de páginas do *Facebook* do programa de televisão *Cidade Alerta SC* e da página online *Brasil 24 horas,* realizados por cidadãos comuns, a partir de postagens de notícias por tais páginas, acerca de delitos cometidos.

Em 14/07/16 foi postado na página do *Cidade Alerta* a seguinte manchete, estampando o rosto de um suspeito que havia acabado de ser conduzido à delegacia, ou seja, sem sequer havia um procedimento aberto: “Operação apreende maconha e drogas sintéticas no Canto da Lagoa, em Florianópolis.” Ao que uma leitora comentou em 15/07/16 às 15h03min, abaixo: “Isto trancas nesses vermes que só querem sombra e agua fresca desgraçando os outros....”.[70]

Em 13/07/16 às 14h20min foi publicado: “Dois rapazes assaltam uma papelaria em São José e atiram em comerciante que teria reagido ao assalto. Câmeras flagraram a ação dos bandidos. Veja #ficaligado”. O vídeo de toda essa ação violenta estava disponível na postagem. São alguns comentários selecionados: “TEM QUE MATAR ESSES CANALHAS VAGABUNDOS.” No mesmo dia, às 21h20min e, “Deus nos livra de td mal.” às 14h24min.[71]

Em 25/07/16 às 18h50min foi publicado na página do *Brasil 24 horas*: “Vagabundos tentam roubar um estabelecimento, em Valinhos, mas não perceberam que havia um policial lá dentro, que viu a movimentação e mandou bala nos meliantes. Com certeza, os ‘Direitos dos manos’ vão cair em cima do policial. Bandido bom é bandido se ferrando! :) #Policia #PM Acesse: https://youtu.be/t9udLz7LXXU”.[72]

A publicação mencionada leva ao acesso do vídeo, sem cortes, onde toda ação pode ser visualizada. Um dos comentários, feito logo em seguida dizia:

---

[68] Segundo a Pesquisa Brasileira de Mídia 2016 - Hábitos de Consumo de Mídia pela População Brasileira – A televisão ocupa o 1º lugar do ranking, com 63% da população recorrendo a este como o primeiro meio informativo. Disponível em: <www.pesquisademidia.gov.br> Acesso em 26 jun 2019.

[69] BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?** Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Revista de Direito Público, n. 117, jan./mar. 2007, p. 118: “[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

[70] Cidade Alerta Record. Disponível em <https://www.facebook.com/CidadeAlertaRecord/?fref=ts>. Acesso em 05 jul 2016.

[71] Cidade Alerta Record. Disponível em <https://www.facebook.com/CidadeAlertaRecord/?fref=ts>. Acesso em 05 jul 2016.

[72] Brasil 24 horas. Disponível em <https://www.facebook.com/Bra24horas/?fref=ts>. Acesso em 05 jul 2016.

"Adoruuu...mata mesmo, esses desgraçados quando nos assaltam, nos humilham e matam sem remorço algum. Os Direitos Humanos poderiam por exemplo ir atrás dos direitos de quem precisa de medicamentos caros e não podem comprar e morrem à mercê de um país imundo e hipócrita..."[73]

Em 21/07/16 às 21h48min, foi postado outro vídeo em que o policial não tenta imobilizar/prender o agente que tentava realizar um assalto, mas atira em sua cabeça para matar. Alguns dos comentários (na mesma data) foram: "SHOW!!! ÓTIMA AÇÃO ESPEROU O MOMENTO CERTO PRA REAGIR..."; "Isso! Ação mais que correta."; "parabens ao êxito" e "Preciso e mandou os vagabundos para a vala!".[74]

Em 19/07/16 às 20h27min foi postado um vídeo em que vizinhos e transeuntes tentam defender o suspeito abordado de ser levado pelos policiais, mas acabam alvejados. O título dizia: "Tentaram livrar os vagabundos das mãos dos policiais e levaram chumbo. Acho é pouco, tem mais é que se foder quem protege bandido." Na sequência, a maioria dos comentários - que giram em torno de 200.000 a cada postagem - elogiava a ação.[75]

Essas notícias, da maneira como são expostas, criam tensão em seus leitores e telespectadores, gerando um estado de temor e insegurança na população, o que pode resultar em outras atitudes violentas a exemplo dos comentários transcritos, devido a toda essa ansiedade coletiva, criando um ciclo violento. Complementa Railda Saraiva:

> Observe-se que em regra as notícias divulgadas sobre a violência revelam-se incompletas ou tendenciosas, pois se a população tem o direito de saber o risco que efetivamente está correndo, tem igualmente o direito de conhecer as causas da violência, dos assaltos, da delinquência juvenil. É o direito de tomar conhecimento dos problemas sócio-econômicos que se escondem por trás da criminalidade crescente. É o direito de saber que uma melhor distribuição de renda, maior assistência à infância e à juventude, enfim, mais justiça social e o efetivo combate à corrupção, o fortalecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário trarão efeitos mais positivos, a médio e longo prazo, no que concerne à redução da criminalidade e consequentemente à segurança da coletividade, do que a simples adoção da pena de morte, ou de qualquer outra medida violenta, que não atinge o cerne do problema.[76]

Além disso, a mídia sensacionalista busca demonstrar sempre uma relação entre o "bem" e o "mal", selecionando as pessoas que seriam de bem, que seriam os ditos "trabalhadores", geralmente representados por brancos de classe média, e os distingue daqueles que consideram ser as pessoas do mal, geralmente representados por não-brancos, pobres, marginalizados, que não tem emprego fixo e que moram em bairros pobres/favelas.

Com suas falas agressivas, faz acreditar a mídia, que as pessoas de bem seriam os puros, que não deveriam conviver com as pessoas selecionadas como más e, com isso criam um inimigo a ser combatido. Em uma representação

---

[73] Brasil 24 horas. Disponível em <https://www.facebook.com/Bra24horas/?fref=ts>. Acesso em 05 jul 2016.
[74] Brasil 24 horas. Disponível em <https://www.facebook.com/Bra24horas/?fref=ts>. Acesso em 05 jul 2016.
[75] Brasil 24 horas. Disponível em <https://www.facebook.com/Bra24horas/?fref=ts>. Acesso em 05 jul 2016.
[76] SARAIVA, Railda. **Poder, violencia e criminalidade.** Rio de Janeiro : Forense, 1989, p. 223.

beirando a ficção cinematográfica, propagam seus discursos promovendo uma guerra entre mocinhos e bandidos onde estes devem ser combatidos, de forma a enaltecer o trabalho do policial como herói do povo, mesmo quando este ultrapassa quaisquer limites de respeito à dignidade da pessoa humana, pois suas ações seriam justificadas na luta contra o "mal".

> Consolidou-se, assim, seletivamente, uma identificação da criminalidade com "a" criminalidade dos baixos estratos sociais (dominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial), a qual, amalgamada com a ideologia da periculosidade e dos sujeitos e/ou grupos perigosos, acabou por estabelecer uma identificação com "a" violência, fazendo este conceito se subsumir integralmente naquele. Daí resulta que a consolidação dos estereótipos de criminalidade e de criminosos (perigosos) e do medo e do sentimento de insegurança contra estes, numa sociedade cada vez mais comandada pelo poder do espetáculo midiático, foi um passo. Aliás, torna-se sempre um passo para a construção de novas emergências. O paradigma punitivo da segurança "da" ordem (e "contra" a criminalidade) em detrimento da segurança dos direitos culminou, dessa forma, por polarizar a sociedade entre potenciais infratores e potenciais vítimas, replicando nesta polarização a desigualdade, a luta de classes e as assimetrias de gênero, raça e outras.[77]

À medida que cada vez mais tal pensamento é incutido na mente da sociedade brasileira, mais distante a tutela do sistema penal lhe parece atingir. Ou seja, nota-se que as pessoas têm dificuldade em enxergar-se como sujeitos suscetíveis à tutela penal, por não estarem enquadradas nos estereótipos criados daqueles que seriam os "maus" na seleção capitalista midiática.

A exemplo dos comentários aqui colacionados, vê-se que a população nesse estado anímico gerado, queda-se apática, sem ter a capacidade de colocar-se no lugar daqueles que recebem a punição do Estado, acreditando que tal tutela serve apenas para aquele grupo específico, não para si. Afirma Eugênio Raúl Zaffaroni sobre a corrente interacionista que:

> A tese central desta corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.[78]

Nesse contexto, é possível dizer que a prevenção como um dos efeitos da pena, no sistema penal brasileiro, dificilmente ocorre pois a população não estigmatizada não acredita que está sujeita à tais sanções e, a realidade, é que de fato não está, ou pouco está, e mesmo neste caso com privilégios, pois os operadores do sistema penal - desde polícias, até promotores e magistrados - reproduzem esse estigma quando promovem suas investigações, denúncias e julgamentos. Discorre Alessandro Baratta:

---

[77] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública**: reflexões criminológicas críticas em torno à proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública 340 Seqüência (Florianópolis), n. 67, dez. 2013, p. 340.

[78] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 60.

> Os mecanismos da criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal. No que se refere à seleção dos indivíduos, o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente a posição ocupada pelos indivíduos na escala social.[79]

Mais do que isso, reproduzem um instinto punitivo, em que vale qualquer coisa, onde é possível passar por cima dos direitos humanos quando se trata de pessoas que cometeram delitos, pois os direitos e garantias individuais serviriam para *nós* cidadãos de bem, não para *eles*, que infringiram a lei e por isso não teriam mais direito algum. É clara a posição de grande parte da população por um direito penal do inimigo, de Günther Jakobs[80], utilizando-se da clássica e repugnante afirmação que "bandido bom, é bandido morto."

Ressalta-se que a seletividade no sistema penal não ocorre apenas em razão do indivíduo, mas em relação aos crimes que são escolhidos pela mídia a serem reproduzidos em seus noticiários. Os crimes de caráter econômico e político, são apresentados com baixíssima frequência, geralmente relacionados a algum escândalo, enquanto os crimes praticados, em sua maioria, pelos marginalizados do sistema econômico capitalista, como furtos, roubos e homicídios[81], tendem a inflar a programação dos noticiários da televisão brasileira, fazendo parecer que estes são os verdadeiros inimigos a serem combatidos, pois a criminalidade é mais perceptível nesse setor do que no primeiro.

Vê-se então, que os detentores do poder político e econômico utilizam-se dos setores midiáticos para exercer o controle social e penal sobre a sociedade marginalizada. Aponta Vera R. P. de Andrade que:

> Estamos diante de um protagonismo do capital e das finanças, social e ecologicamente predatório, que produz desemprego estrutural, desordem social e exclusão, e necessita neutralizá-los, à custa da culpabilização individual neoliberal, em prisões exterminadoras e/ou de segurança máxima. Esse mesmo protagonismo, com sua extraordinária capacidade lucrativa, amplia a produção de mercadorias e necessita maximizar o consumo (bem como a proteção de consumidores ávidos por mais e mais patrimônio e dinheiro), potencializando que a complexa sensação de "insegurança ontológica", típica da existência humana presente, seja reduzida e convertida em insegurança e medo do crime, com decisiva mediação estatal e midiática.[82]

Nesse sentido, manipulam a população telespectadora, enviando mensagens de medo e violência por meio de fatos desprendidos de contexto, potencializando as ocorrências e reforçando os estigmas ao referirem-se aos suspeitos já na qualidade de bandidos e criminosos, fomentando a ânsia punitiva

---

[79] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 165.

[80] JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 81 p.

[81] SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 1 - 416.

[82] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2014, p. 169.

da sociedade, que passa a desacreditar na eficácia do sistema penal, clamando por medidas ainda mais rigorosas.

É o entendimento de Zaffaroni:

> Quando as agências não judiciais notam que seu poder vai minguando ou percebem esta ameaça, por causa de alguma reforma ou tentativa de reforma legal ou jurisprudencial, imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação em massa – lançam uma campanha de "lei e ordem", cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder (entendendo-se sempre por tal a capacidade para obter rendimentos ilícitos).[83]

E continua:

> Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal.[84]

Dessa forma, aqueles que detêm o poder político, utilizam-se da mídia como um revés de sua má administração, ao descaso com políticas públicas inclusivas, mascarando um cenário de totais abismos entre classes sociais, de pobreza e desemprego. Apresentam apenas a consequência e não a causa e, para esquivarem-se deste "problema", fazem crer que existe um "mal" a ser combatido, gerando verdadeiros massacres no seu intento de controle social, ignorados pela população.

A referência a massacres aqui é no sentido dos milhares de mortos produtos deste controle social seletivo, dos "inimigos" que estariam sendo combatidos, como disciplinou Eugênio Raúl Zaffaroni, que explica:

> Desse modo, a vingança, estimulada ao máximo pela criminologia midiática, se traduz em maior violência do sistema penal, piores leis penais, maior autonomia policial e a consequente corrupção, politiqueiros vulgares, oportunistas ou assustados e redução dos juízes à impotência, tudo o que, como veremos depois, provoca mortes reais num processo de fabricação de cadáveres, que a criminologia midiática ignora ou mostra em imagens com *interpretações disformes*.[85]

Nesse sentido, estes programas televisivos enaltecem a figura do executor como o herói do povo, o destemido, que vence o "mal". Seguindo esse papel, trata de neutralizar as condutas abusivas e negatórias de direitos fundamentais que realizam, buscando transmitir ao público que essas seriam condutas naturais.

---

[83] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 126.
[84] Id. Ibdem. p. 128.
[85] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 317.

Seguindo o raciocínio, Eugênio Raúl Zaffaroni[86], propõe o enfrentamento da situação mediante uma criminologia cautelar a fim de prevenir os massacres com medidas proativas, conforme será pincelado com um exemplo referente ao tema deste artigo na próxima seção pois, na sua percepção, resta evidente que o sistema punitivo que rege os países da América do Sul não está sendo eficaz no combate à violência.

2. ASPECTOS DESTACADOS DA PROPOSTA URUGUAIA CONTRA A VIOLÊNCIA E OBSERVAÇÕES DE CRIMINOLOGIA CAUTELAR

Desde a década de 1970, Alessandro Baratta[87] já chamava a atenção para a questão da seletividade estrutural do sistema penal, que criminaliza algumas poucas pessoas, invisíveis para a sociedade, as quais não têm condições de defender-se em paridade de armas frente ao sistema, a fim de com isso promoverem-se como apaziguadores da criminalidade social.

Deste modo, afirma Eugênio Raúl Zaffaroni[88], que o sistema penal produz milhares de cadáveres que, em sua totalidade, não são capazes de passarem assim tão despercebidos, deixando de ser invisíveis aos olhos da sociedade, que passa a perder a confiança neste sistema de controle.

No mesmo contexto, não é concebível admitir que o próprio poder punitivo tente conter tais massacres, pois respondem com mais violência, em um ciclo aterrorizante, embora legitimado pois utilizam-se do poder da mídia para naturalizar suas condutas, vez que seriam necessárias para evitar o “mal”.

Por isso o autor sugere, em seu livro aqui já mencionado, que se trabalhe de forma preventiva em uma denominada criminologia cautelar, cuja síntese de ideias estaria baseada em:

> (i) em primeiro lugar, na análise crítica dos textos suspeitos de ocultar técnicas de neutralização. (ii) Em segundo lugar, deve estudar os efeitos da habilitação irresponsável do poder punitivo e advertir os juristas e os políticos sobre seus riscos. (iii) Em terceiro lugar, deve investigar a realidade violenta, aplicando as técnicas próprias da investigação social de campo, para (iv) neutralizar, com dados reais, a criminologia midiática e (v) adquirir prática comunicacional midiática para revelar publicamente sua causalidade mágica. (vi) Por último, deve analisar as conflitividades violentas e, todas as suas particularidades locais, apontar o caminho mais adequado para desmotivar os comportamentos violentos e motivar os menos violentos.

Para que isso ocorra, o nobre professor julga necessário que o discurso saia das academias e se insira justamente no campo midiático a fim de estabelecer-se uma confrontação de ideias, aproximando o diálogo com as pessoas, para reestabelecer conceitos e valores humanitários.

Neste contexto, em 2012, o governo do então presidente do Uruguai, José “Pepe” Mujica, lançou um pacote de medidas de enfrentamento à violência no país. O documento levou o nome de “Estrategia por la Vida y la Convivencia” e reuniu um conjunto de propostas sobre modificações/criações legislativas a fim de reduzir os índices de violência.

---

[86] Id. Ibdem. p. 1 - 128.

[87] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

[88] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402-403.

É de se destacar, no tocante a este trabalho, a seção que dispôs sobre a regulamentação dos meios de comunicação, propondo a alteração do até aquele momento vigente, Decreto 445/988. É a transcrição da seção:

> Meios de Comunicação
> Finalmente entendemos que todas estas medidas e as que já existem devem ir acompanhadas de um compromisso muito forte dos meio de comunicação. A queda substantiva da pobreza, a quase erradicação da indigência, o índice de desemprego mais baixo da história, as melhoras do salário, etc., nada disso se reflete com a importância que têm os meios de comunicação de massa. Não ocorre o mesmo com a crônica vermelha.
> No ano de 2006, havia mais de 25.000 segundos por mês dedicados a questões policiais, em maio de 2011, o noticiário policial ocupou 35.000 segundos, enquanto em maio de 2012 foi mais de 50.000. E não é apenas um problema quantitativo, mas qualitativo, uma vez que a mídia, especialmente a TV, já não refletem apenas a realidade, mas pode amplificá-la e multiplicá-la, ao gerar imagens e informações que acabam inclusive, mesmo que não seja sua intenção, exaltando a violência e estimulando o comportamento agressivo. Isso acontece quando algumas mídias lidam com as informações de forma irresponsável e sensacionalista, transformando a informação em um espetáculo, repetindo imagens de violência excessiva ou mostrando imagens que são ostensivamente cruéis ou que exaltam o sofrimento das pessoas ou de outros seres vivos. É por isso que temos que refletir, junto com a mídia, seus trabalhadores e todos os cidadãos, sobre como encontrar um equilíbrio saudável entre o direito da mídia de informar sobre assuntos de interesse público e os direitos que as pessoas têm perante essas próprias mídias.
> A regulamentação não pode ser um mecanismo para silenciar a mídia ou impedir a divulgação de coisas que infelizmente acontecem, mas também deve ser dito, enfaticamente, que a mídia tem obrigações e responsabilidades inevitáveis para com a sociedade. Em especial, respeito ao direito das pessoas mais vulneráveis: os meninos e meninas deste país. São eles quem estão expostos a programas e conteúdos que podem prejudicar seriamente seu desenvolvimento e, portanto, tornam-se a principal preocupação deste governo em relação à mídia e estratégia para a vida e a convivência.
> Vastas regulamentações internacionais e até nacionais reconhecem e regulam os direitos das crianças perante a mídia, na compreensão da importância que esses meios têm na formação de significados e valores.
> Todos os países do mundo, sem distinção, têm regulamentação para protegê-los da exposição abusiva de certos conteúdos que são disseminados na mídia Entre elas, acreditamos que não há nenhum fundamento que na norma que regula o horário de proteção do menor, estejam excluídas as notícias, por isso nos propomos que compreenda toda a programação. Nos propomos a revisar e aplicar os regulamentos atuais que o Uruguai já possui a esse respeito, realizando controles efetivos destes e estimulando a participação ativa e informada da população em defesa de seus direitos.
> Entretanto, acreditamos ser imprescindível propor à própria mídia e aos seus trabalhadores, que desenvolvam formas de autorregulamentação adotadas por eles mesmos, de forma livre, transparente e voluntária, e com a mais ampla participação cidadã. (tradução do autor)[89]

89 Medios de Comunicación

Finalmente entendemos que todas estas medidas y las que ya existen deben ir acompañadas de un compromiso muy fuerte de los medios de comunicación. La caída sustantiva de la pobreza, la casi erradicación de la indigencia, el más bajo desempleo de la historia, las mejoras del salario real, etc., nada de esto aparece reflejado con la importancia que tienen en los medios masivos de comunicación. No ocurre lo mismo con la crónica

O trecho extraído vem totalmente ao encontro da proposta contida neste trabalho, vez que concorda em considerar os canais de programa policiais como promotores de mais violência, o que seria inadequado à audiência de qualquer cidadão mas, principalmente, pelas crianças e jovens por estarem ainda construindo sua personalidade e perfil crítico.

Consequentemente, foi criada a lei 19.307/15[90], que trata dos serviços de comunicação audiovisual, onde em capítulo específico sobre a proteção conferida às crianças e adolescentes, restringe o horário das 6h às 22h a conteúdos que não violem o respeito aos seus direitos fundamentais. Dessa forma, os programas de televisão policiais ficariam restritos ao período inverso em obediência ao disposto no art. 32[91] da lei, pois incitariam a violência e criminalidade.

Entretanto, não se pretende com isso extinguir por vez a crônica policial, já que guarda também o seu caráter informativo. Mas é preciso que a informação seja dada de maneira responsável, que o sensacionalismo e a busca pela venda da violência seja deixada de lado, para que prevaleçam apenas os fatos, o que parece ser uma utopia na sociedade capitalista atual e por isso a importância da proteção momentânea, ao menos quanto às crianças e jovens como seres em formação.

---

roja. En el año 2006 hubo algo más de 25.000 segundos por mes dedicados a temas policiales, en mayo del 2011 las noticias policiales ocuparon 35.000 segundos, en tanto en mayo del 2012 fue de más de 50.000. Y no es sólo un problema cuantitativo, sino cualitativo, en tanto los medios de comunicación, en especial la TV, ya no sólo reflejan la realidad sino que pueden amplificarla y multiplicarla, al generar imágenes e informaciones que terminan incluso, aunque no sea su intención, exaltando la violencia y estimulando conductas agresivas. Esto pasa cuando algunos medios manejan la información de manera irresponsable y sensacionalista, convirtiendo a la información en un espectáculo, ya sea reiterando imágenes de violencia excesiva o mostrando imágenes ostensiblemente crueles o que exaltan el sufrimiento de personas u otros seres vivos. Es por eso que tenemos que reflexionar, junto con los medios, sus trabajadores y todos los ciudadanos, sobre cómo encontrar un sano equilibrio entre el derecho de los medios de informar sobre asuntos de interés público con los derechos que tienen las personas ante esos propios medios. La regulación no puede ser un mecanismo para acallar a los medios o impedir que se informe de cosas que, lamentablemente suceden, pero también hay que decir, enfáticamente, que los medios tienen obligaciones y responsabilidades ineludibles para con la sociedad. En especial, respecto al derecho de las personas más vulnerables: los niños y niñas de este país. Son ellos quienes están expuestos a programas y contenidos que pueden perjudicar seriamente su desarrollo, y por tanto se convierten en la principal preocupación de este gobierno en relación a medios de comunicación y la estrategia por la vida y la convivencia. Vasta normativa internacional e incluso nacional reconoce y regula los derechos de la niñez ante los medios de comunicación, en el entendido de la importancia que estos medios tienen en la formación de sentidos y valores. Todos los países del mundo sin distinción tienen regulación para protegerlos de la exposición abusiva de ciertos contenidos que se difunden en los medios de comunicación. Entre ellas creemos que no tiene ningún fundamento que en la norma que regula el horario de protección del menor estén excluidos los informativos, por lo cual nos proponemos comprenda a toda la programación. Nos proponemos revisar y aplicar la normativa actual que Uruguay ya tiene al respecto, realizando controles efectivos de la misma y estimulando la participación activa e informada de la población en defensa de sus derechos. Pero a la vez creemos imprescindible proponer a los propios medios y sus trabajadores, que desarrollen formas de autorregulación adoptadas por ellos mismos, de manera libre, transparente y voluntaria, y con la más amplia participación ciudadana. Disponível em: <https://www.presidencia.gub.uy> Acesso em 15 jul. 2016. p. 13-14.

90 URUGUAY. Ley n. 19.307. 14 enero 2015. Disponível em: <www.impo.com.uy/bases/leyes/19307-2014>. Acesso em: 20 jul. 2015.

91 Artículo 32. (Horarios de protección).- Establécese el horario de protección a niños, niñas y adolescentes todos los días de la semana desde la hora 6 a la hora 22. Los programas, los mensajes publicitarios y la autopromoción emitidos en este horario por todos los servicios de comunicación audiovisual, deberán ser aptos para todo público y deberán favorecer los objetivos educativos que dichos medios de comunicación permiten desarrollar. Se podrán establecer dentro de este horario recomendaciones y guías para informar y orientar a la población sobre la programación en estos temas, en función de franjas de edad. Debe evitarse, en el horario antedicho, la exhibición de programas que promuevan actitudes o conductas violentas, morbosas, delictivas, discriminatorias o pornográficas, o fomenten el esoterismo, los juegos de azar o las apuestas. Sin perjuicio de la información de los hechos, la programación emitida durante el horario de protección a niños, niñas y adolescentes no deberá incluir: A) Imágenes con violencia excesiva, entendida como violencia explícita utilizada de forma desmesurada o reiterada, en especial si tiene resultados manifiestos de lesiones y muerte de personas y otros seres vivos (asesinatos, torturas, violaciones, suicidios o mutilaciones). [...]

Não obstante a restrição da veiculação de imagens violentas pela mídia, é necessário que se veicule mensagens que propaguem valores de compreensão internacional, que externalizem princípios na defesa dos direitos humanos e transcendam a um sentimento de pertencimento do povo na sociedade brasileira, de que é preciso fazer algo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, conclui-se que a partir dos estudos que visam à identificação e caracterização de condutas desviantes, proposto pela referida Teoria do Etiquetamento/*Labeling Approach*, foi possível verificar a construção social de um pensamento - (senso) comum - em que existem as pessoas “boas” e as pessoas “más” na sociedade, os “eles” e os “nós”, que estigmatiza e seleciona tais pessoas em seus grupos, incitando o ódio entre elas.

Nesse sentido, amplia-se o discurso de uma criminologia midiática, que enfatiza a diferenciação entre os “bons” e “ruins” ou “mocinhos” e “bandidos” em caráter quase novelesco, de forma a fomentar o punitivismo e a seletividade social.

Em que pese a mídia sensacionalista tome essa repugnante posição vingativa e violenta, percebeu-se que esse discurso do ódio e promoções a movimentos de lei e ordem, encontram bastante apoio na população, que reproduz a imagem estereotipada preconceituosa, sem ter a capacidade de empatia.

Desse modo, principalmente a mídia televisiva e, sobretudo, os programas policiais de televisão, que tem papel fundamental na formação de opinião pública[92], alimentam a população apenas com a criminalidade violenta, esta do marginalizado, trazendo imagens e conteúdos já construídos desse “mal”, limitando o pensamento crítico de seu telespectador e afastando crimes da “elite”.

Ainda nesta linha, induzem a pensar que só o que basta é a repressão, por meio de leis mais punitivas, entendendo que a única solução é o aprisionamento e o aniquilamento “deles”, legitimando o combate diário exercido pela polícia, que passa por cima de direitos e garantias fundamentais para enfrentar o dito “mal”, ignorando princípios internacionais de direitos humanos.

Toda essa exposição exagerada de violência gera sensação de medo, angústia e insegurança na população, que externaliza tais sentimentos de maneira ainda mais segregadora, aumentando os níveis de intolerância e distanciamento social, na contramão da democracia.

Certamente, não se pretende censurar os meios de comunicação, tão importantes na sociedade democrática. Mas repudiar essa mídia sensacionalista, que pouco serviço presta ao seu povo e só se interessa pela audiência e consequente capital. Só será possível acreditar em uma mídia séria quando esta não estiver totalmente atrelada a interesses econômicos e financeiros que, como visto, utilizam-se desta como meio de manipulação social.

Assim, ainda é preciso revisitar o tema, buscando conscientizar a população da realidade penal brasileira, a fim de diminuir as desigualdades sociais. Por isso, conforme dito ao final deste trabalho, o discurso não deve restringir-se ao meio acadêmico, mas protagonizar uma mudança social e de senso comum, a partir da ocupação de espaços, levando a informação a toda

[92] Haja vista serem o principal meio informativo dos cidadãos brasileiros vide referência 14.

sociedade, utilizando-se principalmente da mídia, já que grande comunicadora das massas, para difundir a criminologia crítica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública**: reflexões criminológicas críticas em torno à proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública 340 Seqüência (Florianópolis), n. 67, dez. 2013.

____. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2014.

ANGRIMANI, Sobrinho Danilo. **Espreme que sai sangue**: um estudo do sensacionalismo na imprensa. São Paulo: Summus, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**, in Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade, ano 7, n. 12. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática**: do Discurso Punitivo à Corrosão Simbólica do Garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

Brasil 24 horas. Disponível em: <https://www.facebook.com/Bra24horas/?fref=ts>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?** Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Revista de Direito Público, n. 117, jan./mar. 2007.

Cidade Alerta Record. Disponível em: <https://www.facebook.com/CidadeAlertaRecord/?fref=ts>. Acesso em: 05 jul. 2016.

DRAPKIN, Israel; KOSOVSKI, Ester. **Imprensa e criminalidade**. São Paulo: J. Bushatsky, 1983.

FLORIANO RIBEIRO, Pedro José. **Campanhas eleitorais em sociedades midiáticas**: articulando e revisando conceitos. Curitiba: Rev. Sociol. Pol., jun. 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; FLÁVIO GOMES, Luiz. **Criminologia**: Introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados Especiais Criminais. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

Pesquisa Brasileira de Mídia 2016. **Hábitos de Consumo de Mídia pela População Brasileira**. Disponível em: <www.pesquisademidia.gov.br> Acesso em: 26 jun. 2019.

SABBATINI, Renato M. E. **Cesare Lombroso**: uma breve biografia. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n01/frenolog/lombroso_port.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016.

SARAIVA, Railda. **Poder, violência e criminalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

URUGUAY. **Estrategia por la vida y la convivência**. Disponível em: <https://www.presidencia.gub.uy> Acesso em: 15 jul. 2016.

URUGUAY. **Ley n. 19.307**. 14 enero 2015. Disponível em: <www.impo.com.uy/bases/leyes/19307-2014>. Acesso em: 15 jul. 2015.

UNESCO Brasil. **A criança e a violência na mídia**. 1999. Disponível em: <https://www.faneesp.edu.br/site/documentos/crianca_violencia_midia.pdf> Acesso em: 27 jun. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ANEXOS

ANEXO A - Estrategia por la vida y la convivência Fundamentación

Sin duda que estamos, desde hace varios años ante la emergencia de “la violencia” como problema prioritario para la población. Una violencia que emerge con fuerza, resultado de largos processos acumulados de exclusión y que se expresa en muy variadas maneras, algunas más públicas, otras más privadas.

Entre ellas destacamos:

- La violencia en los espectáculos deportivos y la participación masiva de personas en grescas callejeras.
- La violencia sistemática hacia los espacios públicos.
- El fuerte aumento de la violencia contra las personas en robos y asaltos.
- La violencia entre alumnos y entre alumnos y profesores en escuelas y liceos.
- La violencia silenciosa en el hogar y contra las mujeres, los niños y la tercera edad.
- Los accidentes de tránsito, en particular con las motos y la falta de prevención así como las nuevas maneras de circular como las picadas u otros juegos similares.
- Los sucesos ocurridos, aunque aislados ellos, en el sistema de salud.

Todo ello va en línea de una pérdida de respeto por la vida humana y a la convivencia ciudadana y es ese el corazón del problema que la sociedade uruguaya toda (Estado y ciudadanos) debemos enfrentar.
El valor del estudio, la educación, la cultura no tiene hoy una alta valoración em términos de reconocimiento social (no sólo de ascenso social) como lo tuvieron hasta la década del 70. Es un aspecto de valores de la sociedad, fenómeno em relación a los cuales no se ha dado respuesta integral y suficiente, en términos académicos, sociales ni políticos. Las expectativas de reconocimiento social están centradas hoy no en los logros educativos y culturales sino en la realización de meteóricas carreras en mundos que terminan siendo irreales para la mayoría y generan frustraciones que inciden en la situación de violência actual.
Una estrategia que pretenda abordar la inseguridad pública como problema debe plantearse la convivencia como solución y tener como objetivo principal vencer el miedo en la sociedad a partir de garantizar los derechos humanos y la seguridad de sus habitantes. La política de seguridad no puede estar construida sobre el temor, ni ser una respuesta intempestiva a éste. La fractura social y el quiebre cultural que aún existe en el país explican en parte uma situación negativa que no queremos que se consolide en forma definitiva.
La profundidad y permanencia de los procesos de fractura social, el quiebre cultural y la segmentación educativa y residencial en nuestro país, sumados al creciente desafío impuesto por las nuevas formas del crimen organizado, ciertos patrones de consumo de drogas y el incremento en el número de personas que reinciden en modalidades violentas de actividad delictiva, suponen la necesidad de pensar los problemas de seguridad ciudadana en su integralidad. A ello, se suma la instalación de formas de comportamientos em nuestra sociedad marcadas por la intolerancia y la falta de respeto hacia formas tradicionales de convivencia pacífica, que vienen definiendo el paisaje cotidiano en nuestro país desde hace ya varios años.
Este es un proceso que no arranca hoy pero al que hay que darle respuesta hoy para garantizar el mañana.

Sin embargo no podemos dejar de tener en cuenta la influencia que han tenido sobre esta situación los procesos de exclusión del mercado de trabajo, de los espacios urbanos, de la circulación en la ciudad, del desarrollo cultural, que se generaron desde los años 70 en la dictadura y que fueron progressivamente consolidándose en los años 90.

Porque en la década del 90 se transformó drásticamente la estrutura productiva del país y el trabajo como pilar central de socialización comenzó a ser cuestionado. Se consolidó además la generación de asentamientos urbanos en primera instancia en la periferia de Montevideo y luego se extendió al interior del país. Por ende el barrio y el espacio público como segundo fator clave de socialización fueron perdiendo centralidad. Y finalmente además del trabajo y el barrio, otros dos ámbitos específicos de inclusión y sentido de pertenencia sufrieron alteraciones significativas: la educación y la familia.

La crisis del 2002, terminó de consolidar definitivamente en Uruguay esse proceso creciente de marginalidad social y cultural una de cuyas características sobresalientes es el cambio de las pautas de convivencia que existían en la sociedad uruguaya.

No es casual que una parte significativa de este problema esté asociado a niños y adolescentes nacidos en los años 90 y posteriormente a la crisis del 2002.

En términos de seguridad, durante años la izquierda ha tenido un discurso monocorde que explicaba la criminalidad y el delito por los factores sociales y económicos derivados, casi exclusivamente del impacto de las políticas neoliberales implementadas en el país y la región a partir de la segunda mitad del siglo XX. Hoy esta explicación, que tiene un muy fuerte componente explicativo, en la visión integral aparece como insuficiente.

En el marco de un país que crece, en el que cada vez más sectores sociales acceden a un conjunto de bienes materiales e inmateriales más amplio, en el que se reducen tanto la indigencia como la pobreza, la marginalidad persiste y se acrecientan diversas formas de anomia social y transgresión.

Y ello, está ligado a una manera de encarar la vida desde la visión del éxito individual y la búsqueda incesante de mayores niveles de consumo, que expresan en esta escala de valores distorsionada la satisfacción individual.

El consumo se expande y, con la ayuda de los medios de comunicación que promueven la idea de la felicidad asociada al consumo, los individuos generan medios múltiples para la obtención de esos fines consumistas que alteran la propia convivencia ciudadana y mercantilizan el concepto de felicidad.

Ello implica entonces dar satisfacción a la demanda cotidiana de mayor seguridad ciudadana, sin contradecir los objetivos de una estrategia sostenida de mejorar la convivencia social, en un marco de plena vigencia de los derechos de todos los uruguayos.

La seguridad y la convivencia democrática avanzan con más y mejores escuelas o empleos, pero ello no es suficiente. Tampoco avanzan unicamente con el incremento de penas, policías en las calles y personas encarceladas. Es necesario articular un conjunto de acciones que logren un equilibrio dialéctico y una síntesis, y que permitan revertir una tendencia basada en la intolerância que se ha profundizado en la sociedad uruguaya.

Estamos convencidos que esa tendencia no es el destino. Las pautas de convivencia en una sociedad son parte de un conjunto de valores y actitudes que socialmente están validadas y funcionan como un acuerdo. En definitiva “el pacto de convivencia es un pacto de obviedad” y podemos y debemos potenciar valores alternativos.

Se puede cambiar y estamos utilizando toda la capacidad pública para construir sociedad y convivencia en el Uruguay. Hay que actuar sobre las causas pero también sobre los efectos de la violencia. Es imprescindible que la sociedade uruguaya (y el Estado debe ser una actor relevante para ello) construya uma alternativa social y cultural al pensamiento y los valores dominantes y mercantilizados que de cohesión a la sociedad uruguaya.

La convivencia que la enorme mayoría de los uruguayos aspiramos a disfrutar se enfrenta a una variada gama de situaciones de violencia en la sociedade actual. Ejemplo de esto, como está dicho más arriba, es la violencia familiar em especial contra niños y mujeres, la violencia en los centros educativos, en el tránsito, en los espectáculos deportivos o culturales y en el espacio público, que se suman a los fenómenos delictivos que ocurren en la sociedad.

Por ello la estrategia propuesta combina la convivencia social y la seguridade ciudadana. La convivencia, en tanto ejercicio de convivir y vivir en compañía de otros requiere que se promueva en las personas el apego a las normas básicas de comportamiento y respeto a la ley. La seguridad ciudadana, requiere la acción del Estado en procura de proteger al ciudadano combatiendo los delitos y las faltas.

La estrategia que proponemos se sustenta en un conjunto de acciones desde el ámbito del estado que tienen por objetivo garantizar la plena vigencia de los derechos ciudadanos para la mejora de la convivencia social. Pero la sola acción del Estado si bien es condición necesaria no es suficiente, es preciso involucrar en este proceso al conjunto de las fuerzas sociales, culturales, económicas. El Poder Ejecutivo será un protagonista central de este proceso, pero es necesario que el mismo sea acompañado por el conjunto del sistema político, por los comunicadores, por artistas y deportistas, por el conjunto de los actores de la sociedad, por el PIT-CNT y las cámaras empresariales, las Iglesias, las Universidades, por los dirigentes de los equipos deportivos y generadores de opinión de los medios de comunicación, por la sociedad toda.

A modo de resumen, y como hemos marcado más arriba, el quiebre social y cultural ha impactado en el Uruguay donde desciende la pobreza y el desempleo y aumenta el miedo y las reacciones violentas de la sociedad, modificando valores de integración tradicionales. Dado que éste es um fenómeno multidimensional y cuyos orígenes son de largo aliento en el pasado, la seguridad no puede concebirse sólo como el conjunto de políticas estatales contra el crimen. Estas son claves, pero en su soledad no son eficaces. Por este motivo, urbanismo y seguridad deben confluir en la medida que el mejoramiento de las infraestructuras y el uso de los servicios y de los espacios públicos urbanos contribuyen al mejoramiento de la convivencia y de la seguridad en las ciudades. Al mismo tiempo esta estrategia tiene um componente transversal en su diseño que es el territorio.

Debe incorporarse el factor de la integración social a partir de potentes intervenciones en infraestructura para la convivencia.

Hay que construir comunidad en los territorios, en el sentido de favorecer la pertenencia a un proyecto común en término de valores por parte de las personas. Hay que construir ciudad en aquellos lugares donde se visibiliza el Estado fracasado y ausente. Intervenir la trama urbana con acciones integrales, cuyo sentido central sea recuperar lugares para estar, para vivir, para intercambiar. La desigualdad territorial que también se expresa en la relación de metros cuadrados de espacio público por barrio, favorece la inseguridad pública.

Creemos con mucha firmeza que es posible re-tejer la fractura social pero debemos disponer de todas las herramientas del desarrollo en determinadas zonas de la ciudad orientadas a su transformación. Debemos recurrir a uma “acupuntura urbana”, en tanto dispositivo preciso de intervenciones plurales pero combinadas en un territorio. Los puntos de intervención se constituyen em los nodos de una red de integración de servicios sociales que se deberá ir tejiendo en la nueva piel de la ciudad. Para que su contacto, nos llame a la caricia y no a la distancia.

Superar el temor colectivo en el espacio público debe ser la estratégia prioritaria para recuperar la ciudad como un escenario de tránsito, intercambio y generador de encuentros. El propósito es dotar de equipamientos para la convivencia y el disfrute de la vida con fino sentido estético y alta funcionalidad.

Lo mejor para quienes más lo necesitan para poder saldar una deuda histórica y garantizar la viabilidad del país como proyecto de vida común.

Y es en ese sentido que las políticas sociales en el territorio articuladas y no dispersas, auto acumuladas en sus impactos y coordinadas por MIDES juegan un rol clave en el proceso de construcción de una estrategia de convivência ciudadana.

Autoridad, reciprocidad y convivência El enfoque de la estrategia de Convivencia y Seguridad Ciudadana está centrado en tres definiciones claves: el ejercicio de la autoridad; la práctica de la reciprocidad y el desarrollo de la convivencia.

El ejercicio de la autoridad implica que el gobierno legitimado por la voluntad popular cumple sus cometidos dentro de las reglas del Estado de Derecho y con estricto respeto de la institucionalidad democrática y de los derechos de las personas. En función de esto utiliza todos y cada uno de los instrumentos legales para hacer efectiva el derecho a la protección de las personas ante la violencia.

La práctica de la reciprocidad implica que existen derechos y obligaciones. El Estado debe garantizar la seguridad respetando los derechos humanos. No responderemos a la violencia ilegítima de la delincuencia con más violência irracional desde el Estado. Las políticas de “mano dura” han demostrado ser poco eficientes y con una clara tendencia a desplazarse hacia la “mano bruta e injusta”. Apelaremos a la prevención como norte estratégico y filosófico, porque estamos convencidos de ello, pero no dudamos en aplicar en todo momento medidas disuasivas o represivas, dentro del marco de la Constitución y la ley cuando ello sea necesario para garantizar el derecho a la seguridad ciudadana.

El desarrollo de la convivencia es la garantía de una sociedad más segura. El problema no es sólo el delito, sino también la cultura de intolerancia, crispación y violencia cotidiana que ha construido la sociedad uruguaya en los últimos años. El pilar central es promover y desarrollar la cultura ciudadana entendida como el conjunto de los comportamientos, valores, actitudes y percepciones que comparten los miembros de una sociedad y que determinan las formas y la calidad de la convivencia, influyen sobre el respeto del patrimonio común, y facilitan o dificultan el reconocimiento de los derechos y deberes ciudadanos.

La integralidad de la respuesta

La estrategia de por la Vida y la Convivencia se construye sobre cuatro pilares centrales, que en su despliegue garantizan la integralidad y el equilíbrio razonable que se debe tener.

1) Adecuación normativa para fortalecer la convivencia

Así como la convivencia es el pacto de lo obvio, los instrumentos legales son acuerdos estipulados por las sociedades que responden a circunstancias específicas. Periódicamente hay que ajustarlos porque las sociedades incluyen como dinámica distintiva la permanencia y el cambio en sus conductas. Las normas para ser justas tienen que ser pertinentes a su tiempo y dar cuenta de la realidad.

En este contexto, el Poder Ejecutivo pondrá a consideración del Parlamento una serie de iniciativas que apuntan a mejorar las normas que permitan fortalecer la convivencia en la sociedad, así como desarrollará otras en el marco de las normas actualmente vigentes.

Hay hoy un conjunto de acciones que ya realiza el Estado en materia de convivencia ciudadana con un eje en los proyectos de integración social del Gabinete social coordinados por MIDES y que se integrarán al marco de trabajo que propone este documento.

A cuenta del desarrollo que cada una de estas medidas tendrá anunciamos la discusión de proyectos de ley que tengan en cuenta:

- Reparación a las víctimas de delito con la constitución de un fondo nacional de indemnización a las víctimas de delitos violentos (pensiones u otras alternativas para familiares). Requiere proyecto de ley que será enviado al parlamento.
- Agravamiento de las penas en caso de corrupción policial y tráfico de pasta base. Requiere proyecto de ley.
- Modificaciones al Código de la Niñez y de la Adolescencia en lo que refiere a la normativa que rige para los menores infractores. Requiere proyecto de ley.

Código de Procedimiento Penal, insistir con la sanción del proyecto a estudio en el Poder Legislativo.
Faltas: trabajar sobre eliminar una cantidad de faltas que dejaron de tener vigencia y mantener las que son necesarias, y volver a crear los Juzgados de Falta.
Abordaje integral de la problemática de las personas afectadas por el consumo problemático de Drogas y su entorno que implica la generación de una estrategia integral e interinstitucional para actuar sobre las principales consecuencias del consumo de Drogas en particular de la pasta base de cocaína La Rendición de Cuentas incluirá el financiamiento para esta estrategia de abordaje.
Creación de dispositivos judiciales especializados en el narcomenudeo
Legalización regulada y controlada de la marihuana. Requiere proyecto de ley.

Por otra parte estamos trabajando fuertemente ya en aspectos sustantivos del proceso que estamos analizando y fortaleceremos esas acciones en materia de uso de los espacios públicos, de la internación de adictos, de la violência intrapersonal y familiar y de los accidentes de tránsito.

Sólo a manera de respaldar estas iniciativas comentamos que:

Uso de Espacios Públicos

Una acción decidida y sistemática de prohibir el uso del espacio público para dormir o acampar debe concebirse como una estrategia que apunta a garantizar los derechos humanos, en primer lugar de quienes duermen y viven en la calle. Todos comprendemos que hay que defender los derechos de las personas incluso cuando la misma no lo desee o demuestre una actitud contraria. Esta acción es la consecuencia lógica de un Estado que está reconstruyendo un sistema de bienestar y protección social y no da vuelta la cara a este problema. Pero también, hay que concebirlo como una decisión de hacer valer los derechos de todos los ciudadanos.

Sabemos que en la actualidad no existen capacidades instaladas de asumir em los centros disponibles el tipo de tratamientos adecuados para lo que hemos denominado núcleo duro en situación de calle. Sabemos que nos encontramos rente a una población de carácter heterogéneo, cambiante, vulnerable y reacia a acercarse a los diversos dispositivos de atención, es por esto que se requiere incrementar la capacidad creativa, flexibilizar las acciones, capacitar personal y contar con recursos humanos y materiales, además de realizar articulaciones múltiples y protocolos de intervención coordinados con otros servicios y entidades para intervenir en calle, a través del apoyo de otras redes especializadas como la atención al consumo problemático de sustancias, salud mental, entre otros.

Por tal motivo entendemos necesario que el Estado en su conjunto desarrolle estrategias que den respuesta, con centros que estén preparados para recibir personas en situaciones de vida o ciclos de sus patologías que no les hace posible adaptarse al servicio que hoy el MIDES brinda y no tienen respuesta em otros lugares del Estado.

Esto significa definir un presupuesto para esta población garantizando la infraestructura y los equipos necesarios a tal fin.

Abordaje integral de personas afectadas por el consumo problemático de Drogas.

Se propone ampliar la instalación de dispositivos orientados a la Reducción de los Riesgos y Daños de los ciudadanos afectados por el consumo de Drogas que implica la instalación de:

Equipos Hospitalarios de Respuesta Inmediata en Crisis Adictivas – ERICA.
Dispositivos de proximidad: Centros de Escucha y derivación.
Consultorios u Hospitales móviles (para Montevideo y Canelones).
Desarrollo de Centros Regionales para el 2do. y 3er. Nivel de Atención.
Centros de atención y tratamiento para personas privadas de libertad.
Dispositivos de tratamiento ambulatorios, mantenimiento y prevención de recaídas.

En conjunto la intervención a realizar tendrá una cobertura total de 1.970 personas.

El conjunto de esta propuesta implica 520 intervenciones de proximidad o de intervención en la emergencia.

La atención directa a partir de los Centros de Día, implicará 780 plazas ambulatorias.
Asimismo participarán de la iniciativa al menos 120 personas privadas de libertad que podrán abordar su problemática en forma “ambulatoria” en los mismos recintos carcelarios.
En centros de internación de 2do y 3er Nivel de Atención se dispondrá de 550 plazas residenciales.
A efectos de la gestión del conjunto de iniciativas esbozadas en esta propuesta se constituirá un Consorcio Público para la Reducción de la Demanda de Drogas, integrado por las Sub-secretarias integrantes de la JND diretamente involucradas en la temática.

Violencia Doméstica

En el año 1995 la legislación uruguaya incorpora el delito de violência doméstica al Código Penal con la aprobación de la Ley N° 16.707 de Seguridad Ciudadana., En julio del año 2002 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley Nº 17.514 o Ley de Violencia Doméstica.
La estrategia central son los Servicios Públicos de Atención garantizan la presencia del Ministerio de Desarrollo Social a nivel territorial en la tarea específica de atender a la problemática de la violencia doméstica basada em género. Los servicios nacionales, a pesar de la ley, estaban radicados en 2005 sólo en Montevideo, hoy están en 13 departamentos y a 2014 se planificaron ya en los 19 departamentos.
Al mismo tiempo en enero de 2009 se celebra un Convenio entre el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA) y el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) para la implementación de medidas que favorezcan el acceso a la vivienda de las mujeres en general y de las mujeres con personas a cargo y/o en situación de violencia doméstica em particular.
Al mismo tiempo se desarrollan casas de breve estadía para mujeres em situación de violencia doméstica con riesgo de vida, en Montevideo y 2 departamentos del interior, con alcance nacional:
A su vez, en la órbita del Ministerio del Interior se pondrá en marcha en las próximas semanas el Sistema de Información Especializado de denuncias de Violencia Doméstica. Este sistema de información nos va a posibilitar captar mejor el problema de la violencia doméstica que en muchos casos quedan tipificados como otros delitos (lesiones, amenazas, violencia privada, etc.) Este módulo incorpora parámetros que permiten construir indicadores de riesgo que ayuden al policía que interviene en cada situación a evaluar la situación que se le presenta y definir con mayor precisión la estrategia de protección de las víctimas.

Medios de Comunicación

Finalmente entendemos que todas estas medidas y las que ya existen deben ir acompañadas de un compromiso muy fuerte de los medios de comunicación. La caída sustantiva de la pobreza, la casi erradicación de la indigencia, el más bajo desempleo de la historia, las mejoras del salario real, etc., nada de esto aparece reflejado con la importancia que tienen en los medios masivos de comunicación.
No ocurre lo mismo con la crónica roja. En el año 2006 hubo algo más de 25.000 segundos por mes dedicados a temas policiales, en mayo del 2011 las noticias policiales ocuparon 35.000 segundos, en tanto en mayo del 2012 fue de más de 50.000.
Y no es sólo un problema cuantitativo, sino cualitativo, en tanto los medios de comunicación, en especial la TV, ya no sólo reflejan la realidad sino que pueden amplificarla y multiplicarla, al generar imágenes e informaciones que terminan incluso, aunque no sea su intención, exaltando la violencia y estimulando conductas agresivas.
Esto pasa cuando algunos medios manejan la información de manera irresponsable y sensacionalista, convirtiendo a la información en um espectáculo, ya sea reiterando imágenes de violencia excesiva o mostrando imágenes ostensiblemente crueles o que exaltan el sufrimiento de personas u otros seres vivos.
Es por eso que tenemos que reflexionar, junto con los medios, sus trabajadores y todos los ciudadanos, sobre cómo encontrar un sano equilibrio entre el derecho de los medios

de informar sobre asuntos de interés público con los derechos que tienen las personas ante esos propios medios.
La regulación no puede ser un mecanismo para acallar a los medios o impedir que se informe de cosas que, lamentablemente suceden, pero también hay que decir, enfáticamente, que los medios tienen obligaciones y responsabilidades ineludibles para con la sociedad.
En especial, respecto al derecho de las personas más vulnerables: los niños y niñas de este país. Son ellos quienes están expuestos a programas y contenidos que pueden perjudicar seriamente su desarrollo, y por tanto se convierten en la principal preocupación de este gobierno en relación a médios de comunicación y la estrategia por la vida y la convivencia.
Vasta normativa internacional e incluso nacional reconoce y regula los derechos de la niñez ante los medios de comunicación, en el entendido de la importancia que estos medios tienen en la formación de sentidos y valores.
Todos los países del mundo sin distinción tienen regulación para protegerlos de la exposición abusiva de ciertos contenidos que se difunden en los medios de comunicación. Entre ellas creemos que no tiene ningún fundamento que en la norma que regula el horario de protección del menor estén excluidos los informativos, por lo cual nos proponemos comprenda a toda la programación.
Nos proponemos revisar y aplicar la normativa actual que Uruguay ya tiene al respecto, realizando controles efectivos de la misma y estimulando la participación activa e informada de la población en defensa de sus derechos.
Pero a la vez creemos imprescindible proponer a los propios medios y sus trabajadores, que desarrollen formas de autorregulación adoptadas por ellos mismos, de manera libre, transparente y voluntaria, y con la más amplia participación ciudadana.

2) Mejoramiento de la eficacia y la transparencia policial.

En la mejora de la seguridad ciudadana es clave mejorar la eficacia policial a través de un conjunto de herramientas que profesionalicen la gestión basada en el conocimiento y la inteligencia aplicada.
En esa dirección se promueve la instalación de un sistema de trabajo en las Comisarías en base a gestión por resultados y control de indicadores, sistemas de patrullaje basados en evidencia científica, uso intensivo de sistemas de información geográfica para la intervención policial, adaptación al territorio del despliegue operativo de la Policía fundamentalmente en el área metropolitana, gestión de calidad en los sistemas de comunicación policial y sistemas permanentes de control de desbordes y corrupción policial.
La Policía Nacional ha tenido un fuerte respaldo presupuestal como nunca em su historia que se traduce en aumento significativo de salarios, mejora de equipamiento y tecnología. Hoy la sociedad está en condiciones de tener más y mejores resultados en la prevención y represión del delito.

3) Sistema de centros de mediación de conflictos en el área metropolitana.

Se propone el fortalecimiento del sistema de centros de mediación y negociación de conflictos en algunas zonas del área metropolitana en dos niveles: el ámbito barrial y los centros educativos. (ya la Suprema corte de Justicia ha trabajado en esto y hay un trabajo del Mec en ese sentido en los centros educativos también)
A nivel comunitario, el propósito es desarrollar e impulsar mecanismos de resolución no violenta de conflictos que permitan mejorar la convivencia y las relaciones interpersonales en particular en zonas donde se ha registrado um incremento de la violencia y el delito originadas por riñas, disputas y problemas de vecindario.
En el caso de los centros educativos se propone una experiencia de creación y fortalecimiento de espacios de mediación, inicialmente en diversas localidades del Área Metropolitana y del interior del país, conjugando las contribuciones del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal, Ministerio del Interior y Gabinete Social, Intendencias y Municipios, Facultades de Derecho y estudiantes de Derecho (tomando el antecedente de los consultorios jurídicos barriales), em interacción con organizaciones sociales.

En la educación media se pretende combinar una intervención que amalgame la participación y la organización estudiantil, junto a la mediación de conflictos. En los liceos se instalará un dispositivo para capacitar e instalar la figura de los Jóvenes Mediadores. Se trata de adolescentes que siendo elegidos y reconocidos por sus pares se capaciten en técnicas de mediación y negociación de conflictos interpersonales para ser un vínculo con el entorno. A su vez, se realizará un programa de formación a los docentes sobre manejo de situaciones de conflicto y violencia en los centros educativos. Para ello contribuirán las consejerías adolescentes que se instalarán este año en articulación con MIDES y MSP.

4) Equipamientos e infraestructura para la convivencia y el uso intensivo de los espacios públicos.

El objetivo es crear nuevas centralidades en algunos barrios del área metropolitana dotando a los mismos de enclaves multipropósito com infraestructura para la convivencia. Construir ciudad y mejorar la planificación urbana son respuestas pertinentes y necesarias. El objetivo político es favorecer el uso intensivo de los espacios públicos para mejorar la cohesión social y la convivencia, y por tanto garantizar el ejercicio del derecho a la ciudad.

Los equipamientos tendrán infraestructura deportiva, espacios para atividades culturales y equipamiento para actividades sociales y recreativas. A su vez, se instalarán servicios públicos orientados a la integración social realizando sinergia con programas e iniciativas que ya implementan Ministerios y organismos de gobierno. Alta calidad y fino sentido estético.

Estos espacios se deben transformar en la expresión concreta de uma modalidad de convivencia intergeneracional e interbarrial en un espacio público. Pretende ser un ícono y una metáfora de la apuesta de la sociedad em la temática: reconstruir la trama urbana y ubicar al vecindario y al barrio como un lugar para vivir y compartir y no como un espacio ganado por la inseguridad, la falta de control y límites.

En ese contexto, se entiende pertinente iniciar un camino para cristalizar uma estrategia inclusiva que se puede sintetizar en “Más barrio y más vida”.

Más barrio porque el objetivo es fortalecer la trama urbana, mejorar la convivencia y el contacto cara a cara. Busca recuperar la habitabilidad y las relaciones de cercanía entre las personas de las comunidades.

Más vida porque el centro del conjunto de las acciones apunta a elevar la calidad de vida de las poblaciones seleccionadas, fortaleciendo la autoestima y el sentido de pertenencia a la sociedad. Más vida es pues más ciudadanía efectiva.

La rendición de cuentas ya incluirá el financiamiento de esta estrategia de convivencia para los próximos tres años.

ANEXO: RESUMEN DE MEDIDAS DE LA ESTRATEGIA POR LA VIDA Y LA CONVIVENCIA

a) Reparación a las víctimas de delito con la constitución de un fondo nacional de indemnización a las víctimas de delitos violentos (pensiones u otras alternativas para familiares).

b) Agravamiento de las penas en caso de corrupción policial y tráfico de pasta base.

c) Modificaciones al Código de la Niñez y la Adolescencia en lo que refiere a la normativa que rige para los menores infractores.

d) Eliminación de la tipificación de una serie de conductas como “faltas” y mantenimiento de aquellas con real incidencia en la inseguridad ciudadana, adecuándose los mecanismos procesales para su efectiva sanción por parte del Poder Judicial volviendo a crear los Juzgados de Faltas.

e) Abordaje integral de la problemática de las personas afectadas por el consumo problemático de drogas y su entorno que implica: la generación de una estrategia

integral e interinstitucional para actuar sobre las principales consecuencias del consumo de drogas en particular de la pasta base de cocaína. La Rendición de Cuentas incluirá el financiamiento para esta estrategia de abordaje.
f) Creación de dispositivos judiciales especializados en el narcomenudeo
g) Legalización regulada y controlada de la marihuana.
h) Creemos que no tiene ningún fundamento que en la norma que regula el horario de protección del menor estén excluidos los informativos, por lo cual nos proponemos comprenda a toda la programación.
i) Promover, en diálogo con los medios de comunicación, sus trabajadores, universidades y la sociedad civil, la adopción de formas de autorregulación em materia de manejo de informaciones referidas a seguridad y violencia, a la vez que su involucramiento en la promoción de valores y derechos, para lograr uma mejor convivencia.
j) A los efectos de mejorar la eficacia y transparencia policial se presentan um conjunto de programas de gestión de calidad a partir de:
.- Instalación de un sistema de trabajo en las Comisarías en base a gestión por resultados y control de indicadores,
.- Un nuevo sistema de patrullaje basados en evidencia científica a través del uso intensivo de sistemas de información geográfica para la intervención policial,
.- Adaptación al territorio del despliegue operativo de la Policía fundamentalmente en el área metropolitana a través de la creación de zonas y nuevas comisarías en el área metropolitana
.- Instalación de un Laboratorio Especializado para Análisis de drogas que permitirá identificar los componentes de las mismas y proceder (en base al resultado del análisis) aplicando las normativas anunciadas.
..- Instalación de un sistema de gestión de calidad en todos los sistemas de comunicación policial, en particular en aquellos que están relacionados directamente a la atención a la ciudadanía
.- Fortalecimiento de sistemas y procedimientos permanentes de control de desbordes y corrupción policial.
k) Se propone el fortalecimiento del sistema de centros de mediación y negociación de conflictos en algunas zonas del área metropolitana en dos niveles: el ámbito barrial y los centros educativos. (ya la Suprema corte de Justicia ha trabajado en esto y hay un trabajo del Mec en ese sentido en los centros educativos también)
l) En la educación media se pretende combinar una intervención que amalgame la participación y la organización estudiantil, junto a la mediación de conflictos.
En los liceos se instalará un dispositivo para capacitar e instalar la figura de los Jóvenes Mediadores. Se trata de adolescentes que siendo elegidos y reconocidos por sus pares se capaciten en técnicas de mediación y negociación de conflictos interpersonales para ser un vínculo con el entorno.
m) Proponemos generar nuevas centralidades en algunos barrios del área metropolitana a través de plazas de convivencia con equipamientos que tendrán infraestructura deportiva, espacios para actividades culturales y quipamiento para actividades sociales y recreativas. A su vez, se instalarán servicios públicos orientados a la integración social realizando sinergia com programas e iniciativas que ya implementan Ministerios y organismos de gobierno.
n) Sistema de Información Especializado de denuncias de Violencia Doméstica.
Este sistema de información nos va a posibilitar captar mejor el problema de la violencia doméstica que en muchos casos quedan tipificados como otros delitos (lesiones, amenazas, violencia privada, etc.) Este módulo incorpora parámetros que permiten construir indicadores de riesgo que ayuden al policía que interviene en cada situación a evaluar la situación que se le presenta y definir con mayor precisión la estrategia de protección de las víctimas.

o) Mejora en la educación y el control del tránsito en todas las ciudades del país a través de la cooperación de la Policía Nacional Caminera colaborando con los gobiernos departamentales y las direcciones de tránsito en las intendencias.

ASPECTOS SOBRE O DIREITO PORTUÁRIO BRASILEIRO

Bruna Letícia Trupel[93]
Josiane Lader[94]

Resumo: O presente artigo buscar demonstrar aspectos relevantes para a formação do direito portuário brasileiro como um ramo autônomo do direito, independente do direito marítimo e aduaneiro. Examinam-se as relações jurídicas que envolvem os portos, bem como todo o arcabouço legislativo desde o Brasil Colônia até a atual Lei dos Portos. A pesquisa compreende uma teorização sobre o direito portuário, para estabelecer diretrizes ao estudo e compreensão do tema. Apresentadas tais bases, esse trabalho se propõe a analisar tais aspectos do direito portuário – sem esgotar a discussão – para capacitar os advogados que pretendem atuar no setor, através da assimilação do histórico e complexidade do direito portuário. A partir da revisão bibliográfica, verifica-se que os portos ocupam importante papel na economia e que, por estarem relacionados ao comércio e desenvolvimento econômico, o direito portuário sofre constante mudanças regulatórias, em uma tentativa de adequar o setor às demandas do comércio internacional de mercadorias, para trazer mais competitividade e concorrência entre portos públicos e privados. Para contribuir com o debate deste assunto, objetiva-se apresentar alguns aspectos e comparar o direito público e privado no âmbito portuário, a fim de que os advogados, a partir da compreensão da complexidade dessa área, atuem com ainda mais qualidade no exercício da profissão e busquem ainda mais o desenvolvimento econômico para o país, através da representatividade desses atores do comércio internacional, os portos.

Palavras-Chave: Portos. Direito Portuário. Comércio Internacional de Mercadorias.

INTRODUÇÃO

Os portos ocuparam um papel importante na economia dos países, pois é por meio deles que ocorre atracação de embarcações e navios, possibilitando a circulação de pessoas e mercadorias, as quais promovem desenvolvimento e fluxo de riquezas. Grande parte das cidades foi construída em volta de uma região portuária, ou então, desenvolveu-se juntamente com a instalação de um porto.

A eficiência dos sistemas de transporte, com ênfase no portuário, auxilia no maior grau de competição no mercado, o que garante uma economia de escala na produção e na redução do preço final das mercadorias. Nesse sentido está a importância também da regulação da atividade portuária, que gera impactos diretos na competitividade internacional do Brasil e no estímulo ao desenvolvimento do mercado interno brasileiro e do Mercosul. Os portos são elementos estratégicos para aumentar a competitividade internacional dos produtos nacionais, enfaticamente em relação à abertura da economia para os produtos e o capital estrangeiro (CASTRO, 2000, p. 4). O setor portuário é importante para a coletividade, portanto, o desenvolvimento de um país no comércio internacional[95], a partir de uma boa estrutura portuária, traz reflexos na economia e no produto adquirido pelas pessoas.

[93] Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: bruna.l.trupel@hotmail.com.
[94] Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville, Pós-graduanda em Direito da Aduana e do Comércio Exterior Brasileiros. E-mail: josiane@laderadvocacia.com.br.
[95] Nesse sentido dispõe LAXE: “Esta descripción de la apuesta de los transportistas globales se traduce reforzar los procesos de integración económica y constituir unas nuevas relaciones comerciales entre grandes y pequeños países desarrollados (por ejemplo, USA, Canadá, Unión Europea y Corea del Sur, Taiwan, Neuva Zelanda), y entre ciertas «islas de fuerte industrialización» (como Hong-Kong, Shanghai, Djarta, Dombay), tal y como apunta Pierre Veltz (9)”. LAXE, 2005. p. 14.

As questões que circundam as atividades portuárias, em termos jurídicos, são muito complexas, eis que porto é um centro de comunicação entre países, envolvendo, assim, questões de direito público e de direito privado[96].

Devido à essa complexidade, houve, desde o Brasil Colônia, uma forte preocupação em disciplinar as relações jurídicas que envolvem o porto. Veio a emergir, assim, legislações específicas voltadas ao setor portuário, assumindo o porto uma posição de prioridade legislativa. Com isso, surgiu um ramo autônomo do Direito, o direito que disciplina as relações que advêm do porto: o direito portuário.

Neste artigo, será conceituado o direito portuário, demonstrado ele como um ramo autônomo do direito, diferenciando-o do direito marítimo, além do arcabouço legislativo brasileiro frente ao tema e seus entraves na alvorada do século XXI, diante da complexidade desse ramo do Direito.

1. DIREITO PORTUÁRIO COMO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO

Factualmente o Direito Portuário ocupou e continua ocupando um papel importante para a colocação de um país no comércio internacional, bem como a respeito das estratégias nas relações internacionais. Isso se dá, sobretudo, porque o transporte aquaviário é um dos meios com melhores vantagens para os que o empregam (PASOLD, 2007, p. 21-22).

O Direito Portuário é considerado um ramo autônomo do direito público, independente do Direito Marítimo, Direito do Mar, Direito da Navegação e Direito Aduaneiro, mesmo que interligados a estes. Isso porque, para que uma determinada matéria seja considerada um ramo autônomo do direito, faz-se necessário o preenchimento de determinadas exigências (PASOLD, 2007, p. 22): a) possuir uma unidade epistemológica; b) possuir uma lei nuclear; c) relação com outras unidades do direito e d) relação com as fontes do direito. E o Direito Portuário preenche esses requisitos. Quanto ao item “a”, o direito portuário possui uma unidade epistemológica porque possui um assunto jurídico de fácil caracterização, ao qual o Direito Portuário se dedica: o porto. Nele compreendido a exploração dos portos, as operações portuárias, gestão da mão de obra de trabalho portuário avulso, trabalho portuário e a administração do porto organizado. Quanto ao item “b”, o Direito Portuário possui uma lei nuclear: a Nova Lei dos Portos, Lei n. 12.815/2013. No que diz respeito ao item “c”, o direito portuário possui relação com diversas áreas do Direito, conforme já mencionado. Há relação do Direito Portuário com o Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Comercial, Direito Marítimo, Direito Econômico, Direito Regulatório, Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito Internacional, Direito Ambiental, Direito Sanitário, Direito Aduaneiro e Direito Comunitário (PASOLD, 2007, p. 28).

Para melhor demonstrar essas relações, Cesar Luiz Pasold traz alguns exemplos: com o Direito Constitucional, o artigo 21 da Constituição Federal traz, como competência da União, a exploração dos serviços de transporte aquaviário, bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres[97]. Com o Direito Administrativo, fica clara a

[96] Do original: “La evolución de los mercados, los servicios y las tecnologías obligan a una transformación progresiva de los puertos. En una economía globalizada, muchas empresas recorren el mundo en busca de insumos de costo mínimo, lo que ha hecho necesario integrar los puertos en los sistemas de manufactura y distribución. La infraestructura física de los puertos debe asegurar no sólo el acceso expedito de los medios de transporte marítimo y terrestre, sino también facilitar la recepción, despacho y manipulación de la carga a un costo razonable. Es preciso, también, que en el marco reglamentario de los puertos se promueva la utilización eficaz en función de los costos de las instalaciones y de la maquinaria, se promueva la adopción de decisiones por parte del personal en sus distintos niveles y se permita a las partes interesadas en la actividad portuaria planificar las inversiones futuras”. PAVÓN, 2003. p. 3.

[97] *In verbis*: “Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; f) os

relação com o Direito Portuário acerca da concessão, autorização e permissão. Com o direito do consumidor, tem-se que os usuários dos serviços portuários se enquadram como consumidores, recaindo sobre os litígios envolvendo os usuários e o porto a aplicação da legislação consumerista. O quarto requisito diz respeito a relação com as fontes do direito. São elas: a lei, uma norma jurídica consuetudinária, uma norma jurídica jurisdicional e uma norma jurídica negocial (REALE, 1994, p. 17). O Direito Portuário advém das leis aprovadas no Congresso Nacional, bem como de decretos, portarias, resoluções da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além dos Conselhos de Autoridade Portuária, preenchendo, portanto, o último requisito (PASOLD, 2007, p. 34).

Dessa forma, o direito portuário se apresenta como direito autônomo, merecendo relevância doutrinária, estudos acadêmicos e jurisprudência sobre a área. Diante da escassez mundial de material sobre a conjuntura envolvendo o tema, separando-o dos ramos aos quais o Direito portuário é conectado, demonstra-se a importância deste trabalho, na tentativa de trazer uma conjuntura que traga os aspectos principais do tema. E, nessa perspectiva, apresenta-se um conceito sobre o que é o Direito Portuário.

1.1 Conceito Operacional do Direito Portuário

A construção do Direito Portuário como ramo autônomo do Direito, conforme se demonstrou no tópico anterior, deu-se a partir do seu conceito operacional[98], que é caracterizá-lo como (ROCHA, 2013, p. 11):

> O ramo do Direito que tem por objeto o disciplinamento da exploração de portos, das operações portuárias e dos operadores portuários, da gestão de mão de obra de trabalho portuário avulso, do trabalho portuário e da administração do porto organizado, do Conselho de Autoridade Portuária e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

Diante disso, o Direito Portuário é um ramo autônomo do direito (DE CASTRO JÚNIOR, 2015, p. 14), uma vez que possui princípios e disciplinas próprias, um objeto de estudo determinável (o porto e suas relações jurídicas) e possui uma legislação básica (Lei n. 12.815/2013), independentes dos demais ramos com os quais se relaciona diretamente, que sejam o Direito Marítimo e o Aduaneiro. Existe, portanto, um ramo para disciplinar o próprio porto e as relações jurídicas advindas deste, pois o direito portuário é um ramo do direito indispensável ao desenvolvimento econômico do país, eis que "os portos foram e prosseguirão sendo fatores poderosamente estratégicos para a inserção econômica dos países na dinâmica internacional" (DE CASTRO JÚNIOR, 2015, p. 38).

1.2 A diferenciação entre o Direito Portuário e o Direito Marítimo

É importante delimitar de forma precisa a separação entre o direito marítimo e direito portuário, pois, enquanto o direito portuário tem por objeto o disciplinamento da exploração dos portos, o direito marítimo disciplina o conjunto de relações jurídicas decorrentes do mar, ou seja, o comércio marítimo e a navegação pelo mar (MARTINS, 2013, p. 8). O Direito marítimo está relacionado com o direito portuário no tocante ao proprietário da embarcação, aos armadores, aos agentes marítimos e ao prático (RAMONIGA, 2018, p. 9). É ele:

---

portos marítimos, fluviais e lacustres". BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

[98] Nas palavras de Cesar Luiz Pasold: "Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional". PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial. **Millennium Editora**, 2008. p. 37 a 52.

> O ramo do direito que tem como objeto o conjunto de regras jurídicas relativas à navegação que se faz sobre o mar: o Direito Marítimo, conceito esse limitado, por entendermos que é mais amplo, porque inclui, "o conjunto de regras jurídicas relativas à navegação aquaviária, englobando-se os transportes marítimos, fluviais e lacustres. Assim, o Direito Marítimo abrange o conjunto de normas que regulam a navegação, o comércio marítimo, os contratos de transportes de mercadorias, e pessoas, por via marítima, fluvial e lacustre, os direitos, deveres e obrigações do armador, dos capitães e demais interessados nos serviços de navegação privada, bem como a situação dos navios a seu serviço (DE CASTRO JUNIOR, 2018, p. 4).

Portanto, o direito marítimo é aquele que disciplina as relações jurídicas que se dão em torno do navio[99], diz respeito, assim, às relações jurídicas que se dão por meio dos contratos de transportes e de afretamento de embarcações, assim como hipoteca naval, registro de embarcação, entre outros (COLLYER, 2013, p. 196). Além disso, a legislação que disciplina o Direito Marítimo é o Código Comercial (BRASIL, 1850), não sendo a mesma que disciplina o direito portuário, que possui legislação própria, a Lei dos Portos (BRASIL, 2013). Além disso, os litígios que envolvem direito marítimo são submetidos a um Tribunal especializado, o Tribunal Marítimo (BRASIL, 1954), enquanto àqueles que são submetidos à arbitragem, é possível recorrer a uma câmara arbitral específica para conflitos que envolvem o direito marítimo: a Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro (CAMRJ)[100].

O direito marítimo, assim como o direito portuário, é um ramo autônomo do direito. Ambos possuem legislação própria, relacionam-se com outros ramos do direito e possuem um objeto específico, porém não se confundem. Enquanto o direito marítimo disciplina as relações que envolvem o navio, o direito portuário disciplina as relações que envolvem o porto.

1.3 O histórico do Direito Portuário Brasileiro

Uma vez superada a conceituação desse ramo específico do Direito, cabe trazer a conjuntura histórica em que ele surgiu, até a atualidade.

Sobre isso, sabe-se que o Direito Portuário é um ramo antigo do direito, sendo as instalações portuárias objeto legislativo desde o Código de Hamurabi[101] e, no Brasil, vem se estabelecendo desde os anos 60. Ele foi, durante muitos anos, atividade puramente estatal (STEIN, 2002, p. 64), diferentemente da realidade atual. Até chegar

---

[99] Navio, para os fins destes trabalho, é entendido como embarcação, nos termos do art. 2º, inciso V da Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA): "V - Embarcação - qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeitas à inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas".

[100] "A Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro – CAMRJ foi fundada em março de 2013, com o intuito de proporcionar não somente ao Brasil, mas a toda América Latina, uma Instituição capaz de oferecer soluções eficazes aos litígios correspondentes ao transporte multimodal (marítimo, ferroviário, rodoviário e aéreo), às atividades portuárias e atividades marítimas em geral. A CAMRJ dispõe de um mecanismo de solução de controvérsias altamente eficiente e uma lista de árbitros profissionais com experiência e competência, desde as áreas empresariais mais comuns até conflitos extremamente complexos. Em parceria com a prestigiada "Chambre Arbitrale Maritime de Paris – CAMP", a CAMRJ possui competência técnico-jurídica para dirimir litígios de forma célere, eficiente e a custos reduzidos". CAMPRJ. **Apresentação**. Disponível em <http://camrj.org/home>. Acesso em: 01 jul. 2019.

[101] Sobre as origens do Direito Portuário consultar: HIERREZUELO CONDE, Guillermo. Reseña de "El Derecho portuario en la Historia (De los orígenes a la codificación). **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. XXXIII, 2011. p. 2.

ao panorama de uma combinação público-privada tal como é hoje, foi um longo caminho de edições de decretos e leis, a fim de regular e desenvolver o setor[102].

Tem-se que o ponto de início desse histórico legislativo se deu ainda no período colonial, porém, muito antes da vinda da família real do Brasil, os portos já ganhavam relevância. Isso até porque a Coroa Portuguesa descobriu essas terras via transporte marítimo, até Porto Seguro, na Bahia, onde desceram no território brasileiro em 21 de abril de 1500. Assim descreve Celso Martins Pimentel:

> Durante os três séculos seguintes ao descobrimento do Brasil, o território era utilizado somente para sustentar a Coroa Portuguesa com materiais como o Pau-Brasil, assim como ouro, diamantes, algodão, café e cacau. Os produtos importados vinham unicamente do Reino de Portugal não havia comércio internacional entre o Brasil e os demais países. A economia era concentrada no Norte, especificamente em Salvador – Bahia. Essa região foi alvo de tentativas de conquista alemã e francesa, porém fracassadas, dado o contra-ataque de Portugal. A economia brasileira, então foi deixada às companhias do Maranhão, Pernambuco e Pará. O comércio se dava somente com embarcações portuguesas e somente na metade do século XVII foram permitidas embarcações inglesas nas frotas portuguesas, mesmo durante a corrida do ouro em Minas Gerais. A descoberta do ouro em Minas levou o peso da economia para o sul e o porto do Rio de Janeiro passou a ser o principal eixo de comércio. No entanto, durante esse período não houveram investimentos nos portos. A abertura dos Portos brasileiros para todas as embarcações se deu em função das Guerras Napoleônicas. Na verdade, a longa associação em Portugal e Inglaterra, reforçada pelo Tratado de Methuen em 1703, colocou a família real portuguesa em um dilema. Eles tinham que recusar a entrada de embarcações inglesas nos portos portugueses, enquanto que Portugal estava endividada com a Inglaterra. A ameaça de uma possível invasão francesa resultou na vinda da Família real ao Brasil, no ano de 1808[103].

---

[102] Autores como Cesar Luiz Pasold, Gisele Duro Zanini, Rafael Muniz E Rhamice Ibrahi Ali Ahmad Abdallah e Rudson Marcos, consideram que o período anterior a Lei n. 8.630/93 foi de um conjunto legislativo “obsoleto e prejudicial aos interesses do país, principalmente pelo advento da globalização e, assim, uma nova realidade do comercio internacional”. PASOLD, Cesar Luiz et al. A Teoria Tridimensional do Direito como ferramenta aplicada à percepção jurídica da Lei Nacional dos Portos (n. 8.630, de 25.02.1993). *In:* DE CASTRO JUNIOR; PASOLD, Cesar Luiz, 2015, p. 189.

[103] Do original: “The recorded history of Brazilian ports starts at the time of the discovery of the country by the Portuguese, on 21 April 1500, when the first vessels arrived at a place they called Porto Seguro (Safe Port), today a minor port in the State of Bahia. During the three centuries of colonial rule, Brazilian ports were used solely to supply Portugal with raw materials such as red dyewood (pau-brasil, which gave its name to the country), cotton, tobacco, sugar, coffee and cocoa. During the eighteenth century, the valuable commodities of gold and diamonds were also exported. Imports came exclusively from Portugal and provided the colonists with manufactured goods, cloths, furniture, wine, olive oil, salted fish, and the like. 5. Economic activity was concentrated in the north of the country, roughly around the present State of Bahia, having its centre at the present port of Salvador. Other European powers, notably the Dutch and the French, invaded this region but were defeated by the colonists. Brazil’s economic development was then left to major trading companies (Maranhão, Pernambuco and Para), which enjoyed trade monopolies in large areas further north. 6. Trade was undertaken only in Portuguese vessels and, from the mid-seventeenth century, the British were first allowed to introduce some vessels into the Portuguese fleets and were then given preference.1 The system was maintained, even at the time of the gold rush of the mid- eighteenth century in the present State of Minas Gerais. This discovery moved the weight of economic activity to the south and focused trade on the port of Rio de Janeiro, the outlet for gold exports. During this period there was no significant investment in port facilities. 7. The opening of Brazilian ports to all vessels was a result of the Napoleonic Wars. In effect, the long-standing commercial association of Portugal with England, reinforced by the

Então foi editado o primeiro dos documentos sobre Direito Portuário, a Carta Régia de D. João VI de 28 de janeiro de 1808, considerada como o marco inaugural da história do direito portuário brasileiro. O seu objetivo era desenvolver a relação comercial do Brasil com a Inglaterra, país que protegia a Coroa Portuguesa de Napoleão Bonaparte, permitindo "a exportação de todos e quaisquer gêneros e produções coloniais, à exceção do Pau Brasil ou outros notoriamente estancados". Ainda nesse período, mais especificamente no ano de 1815, houve uma elevação do trânsito de cargas[104], com a elevação do Brasil à "Reino Unido de Portugal", o que atraiu muitos imigrantes (BESERRA, 2005, p. 42-44).

Em 1846, já no Brasil Imperial, o industrial Visconde de Mauá montou a Companhia de Estabelecimento da Ponta da Areia, no porto de Niterói, local de partida de navios para a cabotagem no litoral do Brasil e com destino ao Atlântico Sul, à América do Norte e Europa (OLIVEIRA; FERNANDES, 2013, p. 2225). Isso se deu em função do desenvolvimento da economia cafeeira, possibilitando a abertura aos entes privados por meio da concessão dos espaços portuários[105]. Posteriormente, em 1.860, foi editado um decreto que tinha como objetivo a regulação da atividade portuária, pois esta não era eficiente, cumpria apenas um papel fiscalizador. Então, o decreto veio para determinar que fosse executado o Regulamento das Alfândegas e Mesas de Renda, "que inclui a cobrança do expediente de Capatazia, como retribuição do pessoal e do material empregado". Nove anos depois, em 13 de outubro de 1.869, foi editado outro decreto, o qual tratava especificamente das concessões portuárias: "autoriza o governo a contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas para carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias de importação e exportação" (BESERRA, 2005, p. 44).

É possível perceber que, diante da intensa circulação de mercadorias entre os portos do mundo, foram necessárias mudanças no setor portuário mundial, diante do comércio internacional que vinha se desenvolvendo (MORAES, 2007, p. 333). É que, se os países não adequassem seus portos à nova demanda que vinha sendo exigida, criando uma padronização, bem como normas para utilização das cargas e dos contêineres, iam sofrer as consequências da falta de logística e deixar de aferir lucro advindo deste comércio.

Nesse contexto se deu a criação do Porto de Santos, cuja inauguração foi em 2 de fevereiro de 1892. Com a expansão da cultura do café, por todo o planalto paulista, era necessária a modernização das instalações portuárias. Por isso, o Governo Federal abriu processo licitatório, por concorrência pública e, em 12 de julho de 1888, por meio

---

Treaty of Methuen in 1703, put the Portuguese royal family in a dilemma. It had to refuse the entry of British vessels into Portuguese ports although the country was heavily indebted to Britain. The threat of an imminent French invasion resulted in the royal family's decision to move to Brazil using the British Navy" (PIMENTEL, 1999. p. 9).

[104] Essa elevação no número de cargas não era significante. Na verdade, a demanda era atendida pela rede de pontos e píeres então existentes. Nesse sentido, SOUZA JÚNIOR esclarece: "Devemos considerar que, nesse estágio do desenvolvimento da estrutura administrativa pública brasileira, consolida-se o ambiente portuário como ponto de referência tributária nas operações de embarque e desembarque de mercadorias. Nesse período ainda não se cogita sobre questões relativas à qualidade das operações, custos ou logística portuária, em razão de que as rudimentares estruturas portuárias existentes atendiam às necessidades da época, sem inibir ou prejudicar a competição das mercadorias brasileiras no mercado internacional". SOUZA JR, 2008, p. 45.

[105] Explica LIMA: "Nesse período, a concessão de portos mostrava-se muito semelhante à concessão de obra pública. As regras financeiras eram simples: como forma de compensação pelos recursos investidos, os concessionários podiam explorar os serviços de docas e armazenagem, por prazo não superior a 90 (noventa) anos. Havia uma prévia aprovação, pelo governo, do capital da concessionária, ou seja, sendo este reconhecido pelo governo, não poderia aumentar ou diminuir, e ficaria a empresa concessionária obrigada a constituir um fundo de amortização, após 10 (dez) anos da conclusão da obra" (LIMA, 2011. p. 11).

do Decreto no. 9.979, o grupo liderado por Cândido Gaffrée e Eduardo Guinle foi autorizado a construir e explorar, por 39 anos, depois ampliado para 90 anos, o Porto de Santos, com base em projeto do engenheiro Sabóia e Silva. Com o objetivo de construir o porto, os concessionários constituíram a empresa Gaffrée, Guinle & Cia., com sede no Rio de Janeiro, mais tarde transformada em Empresa de Melhoramentos do Porto de Santos e, em seguida, em Companhia Docas de Santos (BRASIL, 1922).

No período republicano foi editado o Decreto n. 15.693, de 22 de setembro de 1922, que dispõe sobre o regulamento dos portos organizados, diante da precária infraestrutura dos portos brasileiros. Durante o século XVIII, a atividade portuária era vista apenas sob o aspecto aduaneiro, troca de mercadorias e aferição de rendas, mas após a segunda metade deste século, o porto passou a ser visto, também, como um setor de transporte, então a necessidade de aprimorar a movimentação de mercadorias. Resolveu-se, assim, sujeitar os portos ao Ministério da Viação e Obras Públicas (MVOP), com o objetivo de voltar mais capital para capacitar os portos, no que toca, sobretudo, à estrutura de receptação de navios de grande porte. Além disso, surgiu a "Fiscalização do Porto" (BESERRA, 2005, p. 71).

Em 1934, com o Estado Novo, adveio um governo estatizante e, com isso, apesar de mantida a noção de que o porto era um fator de desenvolvimento econômico, ele ainda era monopólio estatal (OLIVEIRA; FERNANDES, 2013, p. 2225). Nesse contexto, foi editado o Decreto n. 24.442, de 22 de junho de 1934, que trouxe os primeiros conceitos operacionais do direito portuário, a categoria de "porto organizado" e "instalações portuárias". Tais conceitos só foram mudados com a "Lei dos Portos", a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que revogou, no seu artigo 76, o Decreto n. 24.442[106]. No mesmo ano foi editado o Decreto n. 24.508, de 29 de junho de 1934, que visava definir os serviços prestados pelos administradores portuários, bem como uniformizar as taxas portuárias no que toca à sua espécie, incidência e denominação. Ainda em 1934 foi editado o Decreto n. 24.599, de 06 de julho de 1934, que versava sobre as Concessões Portuárias[107].

Mais tarde, em 1958, foi publicada a Lei n. 3.241, de 10 de julho de 1958 (BRASIL, 1958), a qual está parcialmente em vigor. Ela versa sobre a prestação de contas dos concessionários portuários, além de instituir o FPN (Fundo Portuário Nacional) e o TMP (Taxa de Melhoramento dos Portos), ambos já derrogados por lei posterior.

Enquanto isso, no mundo, ocorre a "marimitização" da economia mundial:

> A "maritimização" da economia é contínua após 1945; uma só exceção, a do primeiro choque do petróleo. De 1950 aos dias atuais, a tonelagem mundial aumentou em cinco vezes, a produtividade em dez e o custo real do transporte dividido por três ou quatro. Como resultado, a tonelagem transportada foi multiplicada por 7,5; que, medido em volume, é ainda mais impressionante: 2.566 milhões de toneladas são transportadas em 1970, 3.780 em 1990 e 6.170 em 2008. Este

[106] *In verbis:* Art. 76. Ficam revogados, também os Decretos n°s 24.324, de 1° de junho de 1934, 24.447, de 22 de junho de 1934, 24.508, de 29 de junho de 1934, 24.511, de 29 de junho de 1934, e 24.599, de 6 de julho de 1934; os Decretos -Leis n°s 6.460, de 2 de maio de 1944 e 8.439, de 24 de dezembro de 1945; as Leis n°s 1.561, de 21 de fevereiro de 1952, 2.162, de 4 de janeiro de 1954, 2.191, de 5 de março de 1954 e 4.127, de 27 de agosto de 1962; os Decretos - Leis n°s 3, de 27 de janeiro de 1966, 5, de 4 de abril de 1966 e 83, de 26 de dezembro de 1966; a Lei n° 5.480, de 10 de agosto de 1968; os incisos VI e VII do art. 1° do Decreto - Lei n° 1.143, de 30 de dezembro de 1970; as Leis n°s 6.222, de 10 de julho de 1975 e 6.914, de 27 de maio de 1981, bem como as demais disposições em contrário". BRASIL. **Lei nº 8.630, de 25 de Fevereiro de 1993.**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.htmimpressao.htm>. Acesso em: 1 jul 2019.

[107] Sobre isso, BESERRA afirma que as concessões hoje em vigor estão, ainda sobre a vigência deste decreto, tendo em vista que, desde então, não foi editado outra legislação sobre concessões portuárias (princípio da *lex regit actum*). BESERRA, 2005, p. 72.

> crescimento exponencial do transporte marítimo é devido à sua especificidade, sendo o único capaz de assegurar o transporte de volumes muito grandes a distâncias muito grandes a um preço muito bom, mas também pelo aparecimento de uma pequena caixa mágica: o contêiner[108].

Houve reação no Brasil, com a edição de várias leis e decretos, para disciplinar principalmente o trabalho portuário, durante o governo Getúlio Vargas. São eles: a) O Decreto-lei n. 2.032, de 23 de fevereiro de 1940, o qual objetivava rever a legislação sobre o serviço de estiva e sua fiscalização nos portos; b) o Decreto-Lei n. 3.346, de 12 de junho de 1941, que deu nova organização às Delegacias de Direito Marítimo; c) Lei n. 1.561, de 21 de fevereiro de 1952, a qual dispôs sobre a profissão de conferente de carga e descarga nos postos organizados; d) o Decreto n. 34.453, de 4 de novembro de 1953, sobre novas normas a serem observadas pelas Delegacias do Trabalho Marítimo; e) a Lei n. 2.191, de 5 de março de 1954, sobre a exigência de que a carga e descarga, nos portos organizados, seja feita somente por profissionais registrados nas Delegacias de Trabalho Marítimo; f) o Decreto n. 55.230, de 15 de dezembro de 1964, acerca da remuneração de conferentes e consertadores da Marina Mercante; g) o Decreto n. 56.367 de 27 de maio de 1965, sobre novas normas a serem observadas pelas Delegacias do Trabalho Marítimo h) o Decreto n. 56.414, de 4 de junho de 1965, também sobre novas normas a serem observadas pelas Delegacias do Trabalho Marítimo.

Durante a ditadura militar, tentou-se fomentar o investimento nas instalações portuárias, principalmente devido ao movimento de liberalização ao redor do mundo durante a década de 1960[109]. Nesse contexto, foi publicado o Decreto-lei n°. 05 de 04 de abril de 1966, o qual dispõe sobre a construção e exploração de terminais portuários sob a condição de utilização exclusiva para uso próprio[110].

Todas essas legislações comportaram novos conceitos ao conjunto legal que disciplinou o direito portuário até o advento de uma lei nuclear, pois, além de especificar as condições do trabalho portuário, elencando normas e novos meios de pagamento[111], também definiu "mercadorias"[112]. E além destas, sobrevieram o Decreto n. 56.467, de

---

[108] Do original: "La maritimisation de l'économie mondiale est continue depuis 1945 ; une seule année fait exception, celle du premier choc pétrolier. De 1950 à nos jours le tonnage mondial a été multiplié par cinq, la productivité par dix et le coût réel du transport divisé par trois ou quatre. Conséquence immé- diate, le tonnage transporté a été multiplié par 7,5 ; ce qui, mesuré en volume, est encore plus impressionnant : 2 566 millions de tonnes sont transportés en 1970, 3 780 en 1990 et en n 6 170 en 2008. Cette croissance exponentielle du transport maritime s'explique bien entendu par sa spéci cité, lui seul étant capable d'assurer l'acheminement de très gros volumes sur de très grandes distances à très bon prix1, mais aussi par l'ap- parition d'une petite boîte magique : le conteneur". COUTANSAIS, 2011, p. 4.

[109] Para aprofundar o assunto: CLARK, Ximena; DOLLAR, David; MICCO, Alejandro. **Maritime transport costs and port efficiency**. World Bank, Development Research Group, Macroeconomics and Growth, 2002.

[110] FREITAS esclarece: "Justifica-se essa forma de exploração no caso de mercados onde há uma grande concentração, tendo uma empresa capaz de estar presente em toda cadeia produtiva. O terminal privativo seria um estabelecimento ou parte de um estabelecimento de uma empresa industrial ou comercial, sendo utilizado apenas em suas atividades. Um exemplo de aplicação da precitada norma se encontra na operação do terminal portuário de Tubarão explorado pela antiga Companhia Vale do Rio Doce. Neste caso, não cabe se falar em prestação de serviço público portuário por se atender apenas o interesse da própria empresa responsável pela operação portuária do terminal privativo". DE FREITAS, 2015. p. 5.

[111] O Decreto n. 55.230, de 15 de dezembro de 1964, determinou, no seu artigo primeiro, que os serviços dos conferentes e consertadores podem ser pagos por produção.

[112] *In verbis*: Art. 2º: [...] a contagem de volumes, a anotação de suas características, tais como: espécie, peso, número, marcas e contramarcas, procedência ou destino, a verificação de seu estado, assistência de pesagem e anotação de tonelagem para pagamento à estiva e a conferência dos manifestos, assim como a direção destes serviços, em todas as operações de

1965 e a Lei n. 5.385 de 1968, aquele disciplinada a regulamentação dos trabalhos de vigias portuários, enquanto esta lei tratava acerca da regulamentação do Trabalho de Bloco[113]. Posteriormente, foi editado o Decreto-lei n. 794, de 1969, o qual prescrevia sobre a autorização da União para constituir sociedades de economia mista ou empresas públicas, a fim de explorar os portos, terminais e vias navegáveis[114].

Assim que se operou a quebra do monopólio estatal, a partir das autorizações para exploração dos terminais privativos, os quais foram construídos pelas estatais – Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e Petrobrás, durante os anos 60. Entretanto, foi somente nos anos 80 que realmente se operou a ruptura deste controle, pois, com o surgimento dos terminais de uso misto, a exploração dos terminais portuários se tornou uma atividade econômica independente. No fim dos anos 80 houve a liberalização política econômica e, com ela, os arrendamentos dos portos e terminais de uso público. Sobre isso, há que ressaltar que foi reservado ao Estado o poder de controle sobre as autoridades portuárias, por meio das Companhias Docas[115].

Nesse sentido, foram editadas as leis n. 6.914, de 1981, sobre o rodízio entre funções de chefia das operações de carga e descarga; e n. 7.700, de 1988[116], que regulamentou a criação da ATP (Adicional de Tarifa Portuária)[117]. Em 1989 foi editada a Lei n. 7.731, a qual extinguiu órgãos da administração federal direta, entre eles, o SCTM (Conselho Superior de Trabalho Marítimo) suas Delegacias de Trabalho Marítimo. Já em 1990, a Lei n. 8.029 estipulou que o poder executivo deveria dissolver ou então privatizar a PORTOBRÁS (Empresa de Portos do Brasil S.A.), operou-se, assim, a descentralização da administração dos portos, por meio do Decreto-lei n. 99.475, de 1990[118].

1.4 A criação de uma lei nuclear

Após todas essas edições, adveio uma lei nuclear, conhecida como a “Lei de Modernização dos Portos”, a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993), revogada pela Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013 (BRASIL, 2013), cujo objeto se divide em dois disciplinamentos: “exploração direta e indireta pela União de portos e

---

carregamento ou descarga das embarcações principais, seja diretamente ou por meio de embarcações auxiliares”. STEIN, 2002, p. 237.

[113] Nos termos do artigo 1º da Lei n. 5.385 de 1968, os serviços de bloco seriam “os serviços de limpeza e conservação de embarcações mercantes, inclusive de limpeza e conservação de tanques os de batimento de ferrugem, os de pinturas e os de reparos de pequena monta”. Ainda no seu artigo 2º, diz que tais serviços “podem ser efetuados pelos próprios armadores, utilizando seus empregados ou trabalhadores avulsos, ou mediante contrato de empreitada”.

[114] Era vedada a criação de mais de uma sociedade de economia mista ou empresa pública num mesmo estado federativo. STEIN, Alex Sandro, 2002, p. 248.

[115] Nas palavras de Pedro Calmon Filho: “a atividade portuária no Brasil teve seu ponto de inflexão a partir da Lei dos Portos (Lei n. 8.630, de 1993). São de nosso tempo, portanto, as transformações graduais que vivenciamos nesta atividade, que passou de uma era de monopólio estatal quase absoluta, exercido pelas Companhias Docas, com o controle centralizado no Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC), para a era de liberalização, com a participação majoritária da inciativa privada nas operações portuárias”. CASTRO JUNIOR; PASOLD, Cesar Luiz, 2015, p. 17.

[116] Revogada pela Lei n. 9.039, de 2 de outubro de 1996.

[117] Segundo os artigos 1º e 2º da lei n. 7.700 de 1988, os adicionais de tarifas portuárias incidiam sobre as tabelas das tarifas, e o produto da sua arrecadação era destinado à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias. STEIN, Alex Sandro, 2002, p. 260.

[118] *In verbis*: “Art. 1º Fica o Ministério da infra-estrutura, por intermédio do Departamento Nacional de Transportes Aquaviários, autorizado a descentralizar às sociedades de economia mista subsidiárias da Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás) em liquidação ou às unidades federadas, mediante convênio e pelo prazo de uma no, a administração dos seguintes portos, hidrovias e eclusas [....]”. STEIN, 2002, p. 263-265.

instalações portuárias" e "atividades desempenhadas pelos operadores portuários" (DE CASTRO JÚNIOR, 2018, p. 39).

Era de extrema necessidade uma lei que garantisse segurança jurídica ao setor, eis que, após a década de 80, a complexidade envolvendo o porto alcançou um grau elevado. Isso porque, com o arrendamento dos portos, além de ter ocorrido uma revolução do sistema de outorgas, aconteceu a revolução tecnológica dos contêineres. Esse novo sistema era custoso, pois era necessária a compra de equipamentos para seu transporte, movimentação dentro dos terminais, o que exigiu recursos altos do poder público. Com isso foi preciso recorrer à iniciativa privada[119].

Estabeleceu-se, assim, uma infinita cadeia de relações jurídicas, acompanhadas do surgimento do Direito Regulatório e do Direito Administrativo Aduaneiro (CASTRO JUNIOR; PASOLD, 2015, p. 19): a) relacionamento de direito privado entre o armador-embarcador no pré-embarque; b) embarcador-terminal antes do embarque (recebimento e estocagem, por conta do armador); c) terminal-linha com seus navios porta-contêineres, com contêineres embarcados, com os desembarcados; e d) terminal recebedor. Além dessas relações jurídicas, ainda há os órgãos fiscalizadores: A Companhia das Docas, a Polícia Portuária, a Agência Nacional de Transportes Aquaviárias (ANTAQ), Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Receita Federal, Polícia Federal, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgãos ambientais, Ministério do Trabalho e Emprego, despachantes aduaneiros, agentes marítimos, embarcadores e consignatários.

Além do mais, nas décadas de 80 e 90, houve um expansivo crescimento do comércio internacional e um aprimoramento dos portos estrangeiros. Com isso, a estrutura portuária do Brasil ficou inferior a estes, o que impactou diretamente a concorrência comercial do país. Dados mostram que os custos do sistema portuário brasileiro importavam em duas ou três vezes mais do que os do exterior, o que causava o aumento no valor das exportações. No ano de 1990, enquanto houve a expansão de 6% no mercado mundial, o Brasil decaiu em 9%, rendendo o montante pequeno de US$ 31,3 bilhões. O resultado disso fez com que o Brasil despencasse para o 25º lugar no *ranking* mundial (DE OLIVEIRA, 1992, p. 71).

Nesse contexto, a lei n. 8.630/93, a "Lei de Modernização dos Portos" se tornou a lei que regulamentou as relações trabalhistas presentes no setor portuário, vindo a ser essencialmente modificada com a Lei n. 11.314/2006, quando aconteceu a reforma portuária, e se incluiu o conceito de "movimentação de passageiros" na Lei n. 8.630/93. A intenção, a partir dessa reforma, era de reduzir a intervenção do Estado na economia, de forma a engajar a liberdade econômica, como também a abertura dos mercados, incluindo novas frentes de trabalho (ZANINI, 2015, p. 274).

Inicialmente, o projeto de lei englobava apenas 11 artigos e seu escopo era no sentido de regular a prestação de serviços de movimentação de mercadorias, armazenagem, transporte, vigilância e demais serviços que guardassem relação com o porto, também quanto à construção e à exploração portuária, à instituição de tarifas portuárias. Quando do seu encaminhamento ao Congresso Nacional, o projeto sofreu diversas alterações, passou a ser o Projeto de Lei n. 66/92, contendo 76 artigos. A intenção original do governo era de diminuir obstáculos da lei à livre iniciativa mercadológica, para se atingir uma maior competitividade, até mesmo sobre as tarifas do porto, a fim de desconcentrar o mercado de trabalho, de forma a frear os monopólios que existiam nos portos brasileiros (ZANINI, 2015, p. 279).

Pode-se afirmar que os objetivos do remodelamento do setor portuário brasileiro eram de expandir a produtividade; de organizar a esfera trabalhista; de incentivar a atuação empresarial na exploração de terminais privados; de encorajar a participação

[119] Sobre isso, Pedro Calmon Filho afirma que a abertura à inciativa privada foi uma decisão correta, uma vez que trouxe consigo uma concorrência: "Cada um dos operadores de terminal luta para conquista e manter seus clientes, os armadores de navios porta-contêineres, oferecendo-lhes serviço rápido e confiável, e o menor preço". CASTRO JUNIOR, 2018, p. 18.

dos usuários do porto, em especial dos exportadores e importadores, no uso do cais; de proporcionar competitividade aos produtos exportáveis, com maior eficiência e produtividade e incentivar as navegações de cabotagem e do interior. O projeto, assim, tinha a proposta de desregulamentar o sistema portuário, principalmente quando à livre contratação de serviços; descentralizar as decisões sobre administrações portuárias; a livre concorrência entre diversos portos, buscando maior eficiência e melhores preços; ampla concorrência entre os proprietários e arrendatários dos terminais privados; estímulo à participação do setor empresarial nos investimentos fundamentais à modernização e reaparelhamento dos portos; e exclusão do pagamento de taxas e tarifas por serviços não prestados (DE OLIVEIRA, 1992, p. 248).

Ademais houve uma latente modificação acerca das competências da esfera pública e da esfera privada quanto às funções administrativas e na operação dos portos brasileiros, eis que o setor privado ficou encarregado do aparelhamento portuário, abarcando a com compra de maquinário para operacionalizar os terminais, bem como a melhora e manutenção das aparelhagens e área de embarque e desembarque de cargas. Enquanto que, à esfera pública coube a continuidade das tarefas de construção e conservação dos portos, o que diz respeitos a projetos de dragagem, acessos terrestres, projetos de meio ambiente e segurança e projetos de infraestrutura, ainda com a função de fiscalizar e promover a área portuária (MARCHETTI; PASTORI, 2006, p. 5).

Ocorreu a criação, através do Plano Nacional de Gerenciamento (PNGC), da agenda ambiental portuária e seu desenvolvimento local (GARCIA, 2015, p. 4), os quais, no contexto atual, são responsabilidades do Ministério do Meio Ambiente juntamente à ANTAQ, que veio a ser criada posteriormente, em 2001.

O Estado, nos anos 90, estava sem condições de viabilizar o desenvolvimento tecnológico indispensável à atividade portuária e havia a necessidade de abertura ao capital privado para tornar esse avanço possível. Isso só seria viabilizado com a transferência do monopólio à iniciativa privada e com o fim da exclusividade da mão de obra avulsa, até então controlada pelos sindicatos (SANTOS NETO; VENTILARI, 2004, p. 15).

Assim se operou uma maior abertura ao âmbito privado e, ainda, uma descentralização administrativa, promovida pelo governo federal através da lei 9.277/96, quando foi delegada aos Estados e Municípios a administração dos portos. Isso trouxe vantagem aos portos brasileiros, pois possibilitou investimentos nos equipamentos e aumento na capacidade dos terminais. Segundo a ANTAQ, o dispêndio no transporte de contêineres dentro dos portos reduziu em 53% entre 1997 e 2003, o montante geral nesse custo diminuiu 59%, sendo que o transporte de granéis sólidos diminuiu 56%. Com isso, o poder público que administrava o porto organizado, as Autoridades portuárias, foram encarregadas pelas áreas comuns, sendo responsáveis pela construção, reforma, ampliação, melhoramento e manutenção dos portos. Já a esfera privada ficou encarregada pelas operações portuárias, que seja o embarque e desembarque das cargas, seu transporte, sua armazenagem e seu manuseio (técnica denominada de *landford*)[120]. Não obstante avanços na infraestrutura e gerenciamento dos portos brasileiros, o poder público não cumpriu de forma satisfatória seu papel,

[120] Conforme expõe LACERDA, os principais portos que foram delegados são: “Rio Grande e Porto Alegre, para o governo do estado do Rio Grande do Sul; Itajaí, para o município de Itajaí (SC); Paranaguá, para o governo do estado do Paraná; Cabedelo, para o governo do estado da Paraíba; Itaqui, para o governo do estado do Maranhão; Manaus, para o governo do estado do Amazonas; e Porto Velho, para o governo do estado de Rondônia. Outros importantes portos foram mantidos sob o controle da União, incluindo os grandes portos da região Sudeste – Santos, Sepetiba, Rio de Janeiro e Vitória –, além dos portos da Bahia – Salvador, Aratu e Ilhéus – e dos portos do Pará e do porto de Fortaleza”. LACERDA, 2005, p. 11.

devido à falta de investimentos, à má administração, aos poucos acessos às áreas portuárias[121].

Cabe ressaltar que os portos públicos, desde o fim da PORTOBRÁS, em 1990, são controlados pelo Ministério dos Transportes, incumbindo a este dirigir e fiscalizar a Marinha Mercante, além de a tarefa administrativa sobre as embarcações internacionais que eram usadas pelo Brasil para transporte de cargas (BOHRER, 2016, p. 2). E em associação ao Ministério dos Transportes, encontra-se a ANTAQ, autarquia instituída por meio da Lei n. 10.233/01. A competência dessa agência reguladora é sobre a fiscalização, regulamentação e desenvolvimento do transporte aquaviário do Brasil, bem como possui a responsabilidade de monitoramento das tarifas portuárias.

Não obstante, também foi criada a Secretaria Especial dos Portos (SEP)[122], através da Medida Provisória n. 329/07, que foi transformada posteriormente na Lei 11.518/07, que assumiu a função de criar políticas públicas, programas e projetos de apoio para o desenvolvimento das instalações portuárias, tornando o setor ainda mais apto ao comércio internacional.

1.5 A Nova Lei dos Portos

Em 5 de junho de 2013 foi sancionada nova lei que abordava acerca da gestão portuária. Após muito debate na casa legislativa, a Medida Provisória 595/2012 foi transformada na Lei 12.815. E, ainda, ocorreu a edição do Decreto 8.033 de 27 de junho de 2013, para reger a nova Lei dos Portos, cujo objetivo era de aumentar, modernizar e aperfeiçoar a infraestrutura e os serviços portuários brasileiros. Para tal, seria aberta à iniciativa privada a administração e execução das atividades dos portos. Com isso, indispensável se fez a reforma da lei n. 8.610/93 (DO REGO, 2016, p. 67).

Se a antiga lei impedia novos investimentos, pois criava uma distinção entre terminais de uso privativo exclusivos e terminais de uso privativos mistos, a nova lei proporciona maior investimento, porque acabou com essa diferenciação. Na vigência da antiga lei, os terminais de uso privativo somente poderiam movimentar cargas próprias, enquanto que os mistos poderiam, em caráter eventual, movimentar cargas de terceiros. Essa diferenciação era uma herança histórica inadequada, baseada na ideia de que os portos deveriam ser do poder público, explorados na forma de arrendamento. Contrariamente a esta forma de exploração, agora é possível a construção e exploração de terminais portuários privados, seja para uso próprio ou para prestação a terceiros, por intermédio de remuneração[123].

---

[121] Em março de 2013 houve uma grande safra de grãos na região Centro-Oeste, porém, em decorrência da má logística portuária do país, sobrecarregou o Porto de Santos (SP), o que ocasionou danos aos exportadores brasileiros, com o perecimento dos produtos e com a perda de contratos internacionais. Uma importadora chinesa cancelou a compra de 2 milhões de toneladas de soja devido ao atraso na entrega e preferiu adquirir grãos argentines aos brasileiros. DO REGO, 2016, p. 71.

[122] Art. 24-A: À Secretaria Especial de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas. BRASIL, 2001.

[123] Conforme traz REGO, a própria Presidente da República declarou que o objetivo era terminar com essa distinção, ao vetar o inciso VIIII do artigo 2º, inciso V do artigo 8º e os parágrafos segundo e terceiro do artigo 9º do projeto de lei de conversão da MP 595/12: "O conceito de terminal indústria incluído no projeto de lei retoma a distinção entre carga própria e de terceiros, cuja eliminação era uma das principais finalidades do novo marco legal para o setor portuário. A retomada de restrições ao tipo de carga a ser movimentada em cada terminal portuário constitui um empecilho à ampla abertura do setor e à elevação da concorrência, objetivos primordiais da Medida Provisória". (Mensagem N° 222, de 5 de junho de 2013). DO REGO, 2016, p. 72.

Apesar desse avanço da Lei n. 12.815, era ele desnecessário, segundo alguns autores[124], porque não há, na Lei n. 8.630/1993, tal diferenciação, que resultou do Decreto 6.620/08, o qual, quanto à regulamentação dos terminais de uso privativo misto (artigos 2º., X e 35º, II), é considerado ilegal. Isso porque o decreto não pode modificar a lei, mas apenas a explicar e detalhar, de forma que, ao modificar a Lei n. 8.630/1993, incorreu em inovação legislativa e em consequente abuso do poder regulamentar (DO REGO, 2016, p. 73).

No que concerne ao conteúdo da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, ressalta-se que o legislador trouxe categorias e conceitos operacionais específicos à atividade portuária. Cabe, nesta parte deste trabalho, elencá-las para esclarecer os vários contextos que envolvem o tema e que são desconhecidos pelos operadores do direito. São eles (BRASIL, 2013):

> a) o porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;
> b) área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;
> c) instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;
> d) terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;
> e) estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem;
> f) instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior;
> g) instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo;

[124] Luís Roberto Barroso, por exemplo, enfatiza a contradição interna do Decreto 6.620/08: "A invalidade do Decreto n. 6.620/2008 decorre ainda de um outro fundamento: a irrazoabilidade interna de seus próprios termos. Como se viu, o Decreto procurou esvaziar a decisão legislativa que permitiu a movimentação de cargas de terceiros pelos titulares de instalações portuárias privativas, impondo uma série de restrições inexistentes na Lei dos portos. Ao fazer isso, como já se destacou, agiu de forma contrária aos objetivos declarados da reforma portuária. Ocorre que essa incompatibilidade entre meios e fins é visualizada no corpo do próprio Decreto. E isso porque o Decreto reproduz de forma textual os objetivos declarados pela legislação para a reforma portuária, mas, simultaneamente, suas provisões específicas acabam impedindo a competição, dificultando novos investimentos privados e criando insegurança em torno das iniciativas já em curso desde 1993 (ano da edição da Lei dos Portos). A contradição interna parece inescapável". *In*: DO REGO, 2016, p. 73.

Ainda, no seu artigo 40 da Lei n. 12.815, indica conceitos do trabalho portuário (BRASIL, 2013):

> I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;
> a) estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;
> b) conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;
> c) conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;
> d) vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e
> e) bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos.

Sobre isso, Osvaldo Agripino leciona que, ao legislador definir legalmente esses conceitos operacionais do direito portuário, estariam estes “condicionados semanticamente ao teor que lhes foi atribuído explicitamente pela norma jurídica”. (DE CASTRO JUNIOR, 2015, p. 40).

Posteriormente à sua edição, a Nova Lei dos Portos foi regulamentada pelo Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013, sobre o qual vale trazer alguns aspectos relevantes. O primeiro deles é acerca do Poder Concedente, eis que o Decreto determina que o exercício do poder concedente se dará pela Secretaria de Portos da Presidência da República. Suas competências são (BRASIL, 2013):

> a) elaborar o plano geral de outorgas do setor portuário;
> b) disciplinar conteúdo, forma e periodicidade de atualização dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos;
> c) definir diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração dos portos;
> d) aprovar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq;
> e) aprovar a transferência de titularidade de contratos de concessão, de arrendamento ou de autorização previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq;

> f) aprovar a realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão ou de arrendamento, na forma do art. 42;
> g) conduzir e aprovar, sempre que necessários, os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto da concessão ou do arrendamento; e
> h) aprovar e encaminhar ao Congresso Nacional o relatório de que trata o § 5º do art. 57 da Lei nº 12.815, de 2013.

Sendo que, o relatório tratado no item "d" é um documento que o Poder Executivo tem a obrigação de enviar ao Congresso Nacional, até o último dia útil de março de cada ano, devendo nele constar um relatório, bem detalhado, acerca da realização dos projetos constantes na Lei n. 12.815/2013 (DE CASTRO JUNIOR, 2015, p. 64).

Destaca-se, ainda, o disposto no artigo 26 da Nova Lei dos Portos, acerca da autorização de instalações portuárias, que se dá através de autorização e por meio da celebração de um contrato de adesão. Ainda, nos artigos 39 e 40, merece notoriedade o Fórum Nacional Permanente para Qualificação do Trabalhador Portuário, criado a fim de debater aspectos concernentes à formação, qualificação e certificação profissional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso. Bem como a criação do Sine-Porto (Sistema Nacional de Emprego), com a finalidade de ordenar a identificação e a oferta de mão de obra qualificada para o âmbito portuário (DE CASTRO JUNIOR, 2015, p. 65).

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o direito portuário é ramo autônomo do direito, e envolve uma complexidade interdisciplinar, já que este se relaciona à diversos outros ramos, como o direito público, direito privado, direito internacional público, direito internacional privado, comércio exterior, direito do trabalho, entre outros.

Em síntese, percebe-se que desde as primeiras tentativas regulamentadoras do Império Português, tentou-se abrir os portos à iniciativa privada, sem perder o monopólio do Estado sobre o controle do serviço público, entretanto com as modificações legislativas no decorrer do tempo, como é o caso da Lei dos Portos, Lei de modernização dos Portos e da nova Lei dos Portos, houve a tão discutida abertura aos particulares, a qual ampliou as funções dos portos privados e regulamentou as diferenças entre o público e o privado.

Consolidadas as premissas, demonstrou-se que muitas são as agências e órgãos que envolvem o setor, de modo que cabe ao advogado que pretende atuar na área informar-se e se atualizar das novas normativas atinentes à área e às novas práticas do setor portuário.

Posto isto, é visível a importância do comércio marítimo para a economia, pois através do mar se detém uma parte do desenvolvimento econômico mundial. E nesse cenário, encontra-se uma atividade fundamental para o fomento da economia, que é o setor portuário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTAQ. **Movimentação de carga no setor portuário cresce 8,3%.** Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/2018/02/15/movimentacao-de-carga-no-setor-portuario-cresce-83/>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Observatório dos transportes aquaviários**. Disponível em: <http://observatorioantaq.info/index.php/category/portos-brasileiros/> Acesso em 01 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia**

Autorizaçelo Legal. Invalidade. In: Temas de Direito Constilllcional, Tomo 11, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESERRA, Benjamin Galotti**. Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário**. Brasília: Gráfica Alpha, 2005. v.1.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista de direito administrativo**, v. 241, p. 159-176, 2005.
BRASIL. **Decreto Nº 8.465, de 8 de Junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Lei no. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2180.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Decreto nº 15.693, de 22 de novembro de 1922**. Aprova o regulamento de portos organizados. Brasília, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15693-22-setembro-1922-529488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Lei nº 8.630, de 25 de Fevereiro de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.htmimpressao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. Lei n. 3.421, de 10 de julho de 1958. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 1958. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3421.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Lei Nº 12.815, de 5 de Junho de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Lei n. 11.518, de 5 de setembro de 2001. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 set. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11518.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Decreto Nº 8.033, de 27 de Junho de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**: Código de Processo Civil. Brasília, DF.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**: Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BNDES. **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro**. São Paulo: Booz & Company, 2012. p. 11.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, v. 205, p. 109-116, 1996.
BRITTO, Paulo Augusto P. de et al. **Promoção da concorrência no setor portuário: uma análise a partir dos modelos mundiais e aplicação ao caso brasileiro**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p.47-72, jan. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/42961/41681>. Acesso em: 01 jul. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción**). Revista de administración pública, n. 140, p. 95-110, 1996.

CASTRO, Newton de. **Os desafios da regulação do setor de transporte no Brasil**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: v. 34, n. 5, Set./Out. 2000.

COLLYER, Wesley O. A importância do direito marítimo e da regulação dos transportes e portos para o desenvolvimento da logística. **Journal of Transport Literature**, v. 7, n. 1, p. 194-201, 2013.

COUTANSAIS, Cyrille P. Transports. Transport maritime: entre globalisation et développement durable-Études. **Problemes Economiques**, n. 3017, p. 34, 2011.

CLARK, Ximena; DOLLAR, David; MICCO, Alejandro. **Maritime transport costs and port efficiency**. World Bank, Development Research Group, Macroeconomics and Growth, 2002.

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 214-231.

DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **O diálogo entre as fontes no direito marítimo: código civil e código de defesa do consumidor.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/osvaldo_agripino_junior.pdf>. Acesso em 01 jul. 2019.

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Direito Portuário e Nova Regulação.** São Paulo: Aduaneiras, 2015.

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

DE FREITAS, José Carlos Higa. NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO: forças econômicas e construção histórica. **Revista Publius**, v. 1, n. 1, 2015. p. 5.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de direito administrativo**, v. 223, p. 115-132, 2001. **direito administrativo**, v. 223, p. 115-132, 2001.

DE OLIVEIRA, Carlos Tavares. **Comércio exterior e a questão portuária**. São Paulo: Aduaneiras, 1992.

DI PIETRO apud KAWABE, Ricardo M.; FADUL, Élvia M. Cavalcanti. Luz e sombra num processo arriscado: a privatização de serviços públicos no Brasil. **22º ENANPAD (Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração)**, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. Direito Privado Administrativo. **São Paulo: Atlas**, 2013.
DO REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro: os diferentes instrumentos jurídicos de transferência da atividade portuária à iniciativa privada. **Direito e Democracia**, v. 15, n. 2, 2016.

FAVACHO, Frederico. A dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei dos portos: uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 172-185.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Os desafios do antitruste no setor portuário brasileiro: as inovações da Lei No 12.815/13 e seus reflexos concorrenciais.** 2015. 83 f. Monografia apresentada Universidade de Brasília para obtenção do grau de bacharel em Direito.

FREITAS, José Carlos Higa de. **Da convergência e complementaridade do direito da concorrência e a regulação do setor portuário.** Direito em Debate, Ijuí, v. 24, n. 44, p.130-147, jul.-dez. 2015.

GARCERIE, Sandrine. **Service public et droit communautaire. Une nouvelle.** Sociétés contemporaines, v. 32, n. 1, p. 37-57, 1998.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Portuário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 3, n. 2, p. 125-142, 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Cláudio Augusto; REIS, Raquel Segalia. **Ensaios de direito aduaneiro.** São Paulo: Intelecto, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-171.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de direito público da economia**, n. 1, p. 95-136, 2003.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 269-296, 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários ao reequilíbrio econômico-financeiro provocado pela assimetria concorrencial e pelo novo marco regulatório do

setor portuário. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 479-493

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias públicos-privadas: perspectiva constitucional brasileira.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOMBELA, Gustavo. **Privatization and regulation of the seaport industry**. World Bank Publications, 1999.

NOTÍCIAS, Uol. **Prejuízo com chuvas chega a R$ 52,81 milhões no porto de Itajaí (SC).** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/26/prejuizo-com-chuvas-no-complexo-portuario-do-itajai-chega-a-r-5281-milhoes.htm>. Acesso em: 04 maio 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTINO, Gustavo Henrique; OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2005.
LACERDA, Sander Magalhães. Investimentos nos portos brasileiros: oportunidade da concessão da infra-estrutura portuária. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 22, p. 297-315, 2005.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 11.

LAXE, Fernando González. Puertos y transporte marítimo: ejes de una nueva articulación global. **Revista de Economía Mundial**, v. 12, 2005.

MARCADON, Jacques. **Le transport maritime mondialisé et le concept de frontière virtuelle**. Flux, n. 1, p. 37-45, 2008.

MARCHETTI, Dalmo dos Santos; PASTORI, Antonio. Dimensionamento do potencial de investimentos para o setor portuário. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 24, p. 3-33, 2006.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito maritimo, volume I: teoria geral**. 4a edição. Barueri: Manole, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NESTER, Alexandre Wagner. O processo prévio para outorga de autorizações portuárias. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 269-296, 2003.

OLIVEIRA, Milena Mônica Fernandes de; FERNANDES, Brenda Camilli Alves. **A Nova Lei dos Portos: Uma Busca por Capacidade e Eficiência no Comércio Exterior Brasileiro.** X Congresso de Iniciação Científica do Ifrn, Currais Novos, p.2223-2232, jul. 2013.

PASOLD, Cesar Luiz et al. A Teoria Tridimensional do Direito como ferramenta aplicada à percepção jurídica da Lei Nacional dos Portos (n. 8.630, de 25.02.1993). In: DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

PAVÓN, Bernardo Sánchez; Universidade Da Coruña Instituto Universitario De Estudios Marítimos. **El futuro de las relaciones puerto-ciudad**. Netbiblo, 2003.

PIMENTEL, Celso Martins. **Evolution of brazilian port legislation**. UN, 1999.

PORTO DE SANTOS. **Resumo histórico**. Disponível em: < http://www.portodesantos.com.br/historia.php>. Acesso em 26 mar. 2018.

RAMONIGA, Miriam. **As bases jurídicas do Direito Portuário no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/miriam_ramoniga.pdf>. Acesso em 01 jul. 2019.

RAMOS, Gerson et al. **Cartilha De Direito Portuário**.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. 4ª tiragem. **São Paulo: Saraiva**, 1994.

REZENTHEL, R. Les concessions portuaires. **Gazette du palais**, 1997.
SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalhador portuário e a modernização dos portos.** São Paulo: Juruá, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Instalações portuárias e serviço público: requisitos e efeitos da definição de poligonais dos portos organizados.
SILVA, Francisco Carlos de Morais. **Direito Portuário:** A modernização dos Portos Brasileiros Lei n. 8.630. Belo Horizonte: del Rey, 1994.

SOUZA JR, Suriman Nogueira. **Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**. São Paulo: LTR, 2002.

GARANTIA FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: DIREITO REAL SOBRE COISA PRÓPRIA E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Camila Woiciekovski Nogacz[125]

Resumo: O presente artigo discorre sobre o direito fundamental de propriedade, sua constituição, extinção e seus principais reflexos sociais. Com especial atenção as suas formas aquisitivas, principalmente, no que se refere a indispensável realização do registro imobiliário junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente. Expõe ainda, seus elementos constitutivos, suas principais características e espécies. A abordagem principal trata das interferências estatais ao direito da propriedade, em especial, ao que tange a sua função social. Princípio constitucional que retira o caráter absoluto e ilimitado da propriedade diante do interesse da coletividade. Ações que têm como finalidade a proteção patrimonial e ambiental, o desenvolvimento econômico e social, a divisão de riquezas e a manutenção da paz social.

Palavras-Chave: Propriedade. Direitos Reais. Função Social. Sociedade.

INTRODUÇÃO

Entendida como o mais completo direito real dentre àqueles descritos no Código Civil de 2002, a propriedade conta com a garantia constitucional de direito fundamental, conforme leciona o art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988.

Tamanha sua relevância na vida social, sua proteção tem como alvo a formação do patrimônio particular, a fim de garantir conforto, moradia, lazer, alimentação, saúde, educação e enriquecimento. Ademais, contribui para o trabalho, desenvolvimento social e produção de riquezas.

De acordo com leitura do art. 1.228, *caput*, do Código Civil Brasileiro, pode-se conceituar a propriedade como sendo a faculdade do proprietário em *usar*, *gozar/fruir*, *dispor* e *reaver* a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Outrossim, consoante no §1º do referido artigo, o direito de propriedade deve ser exercido em conformidade com suas finalidades sociais e econômicas, garantindo a proteção da flora, fauna, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como evitando a poluição do ar e das águas.

Diante de todos os seus reflexos sociais, a propriedade não deve ser encarada, na atualidade, como um direito ilimitado do proprietário. A norma constitucional preceitua que ela deverá atender sua função social, ou seja, deve levar em consideração o bem estar coletivo.

Para efeitos deste artigo, temos como base a propriedade corpórea e imóvel, de acordo com o artigo 79 do Código Civil Brasileiro: “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.(Brasil, 2002)[126].

Ademais, devem ser atendidas todas as determinações e previsões legais para sua constituição e extinção, evitando futuros aborrecimentos ao titular do domínio imobiliário.

1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROPRIEDADE

[125] Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado Unc – Mafra/SC. Pós-Graduanda em Direito Imobiliário Aplicado pela Escola Paulista de Direito – EPD. E-mail: contato@camilanogacz.com.br.

[126] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

Entendidos como os poderes inerentes ao domínio, estão descritos no *caput* do artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. Ressalta-se que suas aplicações são oponíveis com efeito *erga omnes*, ou seja, contra todos.

Para uma melhor elucidação de cada elemento, seguem as classificações apresentadas por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO:

> São eles:
> a) ***Jus utendi***: direito de tirar do bem todos os seus proveitos, sem que haja alteração de sua substância, ou seja, usar a propriedade de todas as formas previstas ou não vedadas em lei;
> b) ***Jus fruendi***: direito de perceber os frutos e de utilizar os produtos da coisa, ou seja, de fruir ou gozar todos os benefícios lícitos que a propriedade possa proporcionar;
> c) ***Jus abutendi*** ou ***disponendi***: direito de dispor da coisa. Por dispor, entenda-se a prerrogativa de transferir o bem, a qualquer título, o que também abarca a possibilidade de consumi-lo. [...].
> d) ***Jus reinvindicatio*** ou ***rei vindicatio***: direito que tem o proprietário de buscar o bem de quem injustamente o detenha[127].

Cabe ressaltar que todos estes poderes estão atrelados aos princípios dos direitos reais, podemos citar entre eles: o da tipicidade, publicidade, vedação ao abuso de direito, boa-fé objetiva e a função social. O que reforça a visão contemporânea de que o direito de propriedade não é ilimitado aos poderes de seu proprietário.

2. CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE

Dentre as suas principais características encontram-se a **complexidade** (conjunto dos poderes inerentes ao domínio: *uso*, *gozo/fruição*, *disposição* e o *direito de reaver*), **absolutismo** (titular pode desfrutar da coisa como bem entender, atendo-se as limitações constitucionais e legais), **perpetuidade** (pode ser transmitido entre gerações e não se extingue pelo não uso), **exclusividade** (pode dominial de alguém exclui o de outrem sobre a mesma coisa, salvo estipulações em contrário, de acordo com a previsão do art. 1.231 do Código Civil Brasileiro) e a **elasticidade** (alguns de seus poderes poderão ser estendidos ou contraídos diante da formação de outros direitos reais, sem que impliquem a sua destruição, p.ex.: usufruto).

Neste ponto, vale destaque ao seu objeto e os sujeitos, ativo e passivo, da relação proprietária. Quanto ao objeto compreende-se toda a coisa corpórea, incorpórea, móvel ou imóvel, sendo o objeto deste artigo, como já mencionado, os bens imóveis.

Quanto aos sujeitos, no polo ativo encontram-se qualquer pessoa física ou jurídica capaz de adquirir propriedade e, no polo passivo os sujeitos são indeterminados, ou seja, qualquer pessoa, física ou jurídica, deve limitar-se ao direito de propriedade do seu titular.

3. ESPÉCIES DE PROPRIEDADE

Inicialmente, cabe esclarecer que as classificações podem variar de acordo com a visão metodológica de cada doutrinador. Neste artigo, aplicam-se os ensinamentos de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, que dividem a

[127] GAGLIANO, PAMPLONA FILHO. **Novo curso de direito civil**. Vol 5. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 114-115.

classificação da propriedade quanto à extensão do direito do titular, quanto à perpetuidade do domínio e quanto à localização e destinação da propriedade[128].

3.1 Extensão do direito do titular

Esta classificação refere-se ao exercício dos poderes inerentes à propriedade (*uso*, *gozo/fruição*, *disposição*, *direito de reaver*) pelo seu titular. Quando todos estes elementos encontram-se reunidos unicamente na pessoa do titular, sem restrições, tem-se a modalidade de **propriedade plena**.

Todavia, quando há a separação de um dos poderes inerentes à propriedade em favor de outrem, tem-se a propriedade de forma limitada ou restrita, ou seja, a propriedade é gravada com um ônus real, p.ex.: hipoteca penhor, ou ainda cedida em usufruto.

3.2 Perpetuidade do domínio

A regra é de que a propriedade tem caráter perpétuo, isto é, não se extingue pelo não uso, possui duração ilimitada, podendo ser transmitida por gerações.

No entanto, por exceção, tem-se a modalidade de propriedade resolúvel, a qual compreende a existência, no título constitutivo do domínio, de uma razão para a sua extinção.

Sobre o tema, leciona ROBERTO FIGUEIREDO:

> É resolúvel a propriedade passível de ser extinta ou por força de uma condição (evento acidental, futuro e incerto) ou pelo termo (evento acidental do negócio jurídico futuro e certo), ou, finalmente, pelo surgimento de uma causa superveniente juridicamente apta à pôr fim ao direito de propriedade[129].

A referida situação está prevista nos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil Brasileiro[130], e, como exemplo de sua aplicação podem ser citadas a adoção da cláusula especial de retrovenda em contratos de compra e venda e/ou a cláusula de alienação fiduciária.

3.3 Localização e destinação da propriedade

A distinção entre a propriedade urbana e propriedade rural não deve ser feita apenas em razão da localização do imóvel, se no campo ou cidade, mas sim em razão de sua finalidade e destinação econômica.

É perfeitamente possível a caracterização de um imóvel urbano no interior, mesmo que isolada do centro da cidade, desde que sua destinação seja única e exclusivamente para habitação e residência, sem destinação rural.

---

[128] GAGLIANO, PAMPLONA FILHO. 2019, p.119-122.

[129] FIGUEIREDO, Roberto. **Propriedade resolúvel**. CERS. Disponível em: <https://noticias.cers.com.br/noticia/propriedade-resoluvel/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

[130] Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se revolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.

O contrário também pode ser percebido, quando no meio da zona urbana concentram-se um imóvel rural, tido como rústico, de área contínua, destinado à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial.

Tal classificação se mostra indispensável para a incidência de tributos, como o IPTU e o ITR, de interesses do Poder Público, bem como para um tratamento diferenciado em uma eventual ação de usucapião e na incidência da legislação trabalhista competente nas relações empregatícias.

4. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Outro aspecto que possui grande destaque diz respeito a forma de aquisição da propriedade imóvel, sendo a mesma dividida em duas espécies: **aquisição originária** e **aquisição derivada**.

Na primeira hipótese a aquisição decorre de um fato jurídico *strictu sensu*, não há vínculo com o proprietário anterior. O sujeito adquire a propriedade plena do imóvel em razão do decurso do tempo ou pela ocorrência de fenômenos naturais, como p.ex.: usucapião, acessões naturais ou artificiais.

Já na aquisição derivada há a existência de um negócio jurídico, decorre do exercício da autonomia da vontade das partes envolvidas. O sujeito adquire a propriedade nos mesmos moldes que o seu antecessor, como p.ex.: compra e venda com o devido registro.

4.1 Registro imobiliário

No Brasil, o modo mais tradicional de aquisição da propriedade imóvel se dá através do registro imobiliário, formalizado junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente. Previsão legal estabelecida no artigo 1.245, *caput*, do Código Civil Brasileiro: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”[131].

Sua efetivação decorre, salvo exceções, da apresentação do título translativo fruto de um negócio jurídico (propriedade derivada), como p.ex.: contrato particular, escritura pública, procuração, etc. Além disso, pressupõe a exibição dos demais documentos pessoais obrigatórios, as respectivas certidões e/ou informações de órgãos públicos ou empresas privadas.

Neste ponto, cabe destacar as palavras dos magistrados e professores, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, que advertem:

> [...] não é, por exemplo, a celebração de um contrato de compra e venda que permite, de per si, a aquisição da propriedade. Tal negócio jurídico, quando preenchidas as formalidades legais, traduz apenas o “justo título” para a sua aquisição, que somente se dará com o registro, para bens imóveis [...][132].

Desta determinação legal decorre o famoso ditado popular: “quem não registra não é dono”.

O registro imobiliário tem como finalidade a consolidação da propriedade de forma pública, com repercussão nas esferas jurídica e particular. Destaca o Prof. Doutor Rafael de Menezes que antes do registro não há propriedade, não

---

[131] CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

[132] GAGLIANO, PAMPLONA FILHO. 2019, p.151.

há direito real e nem mesmo sequela (direito de reaver) em favor do comprovador, há apenas um direito pessoal entre os envolvidos[133].

4.2 Usucapião

A caracterização da usucapião se dá através da noção do tempo, isto é, decorre do exercício da posse pacífica e contínua por certo período de tempo previsto em lei. Entendida como uma forma de aquisição originária, transforma a posse (fato) em propriedade (direito real).

Para sua configuração são indispensáveis a presença de três elementos: a) a **posse**, pedra fundamental da usucapião; b) o **tempo**, prescrição aquisitiva, e; c) o ***animus domini***, vontade/desejo de ser dono.

Os fundamentos para as ações de usucapião encontram-se dentro da necessidade de segurança jurídica e da função social. Busca prestigiar o sujeito que faz melhor uso da propriedade, dando-lhe destinação social como a moradia ou trabalho.

Dentre as suas principais espécies podemos citar: usucapião extraordinária (art. 1.238 CC/2002), usucapião ordinária (art. 1.242 CC/2002), usucapião constitucional ou especial rural ou *pro labore* (art. 191, CF/88 e art. 1.239 CC/2002), usucapião constitucional ou especial urbana ou *pro misero* (art. 183 CF/88; art. 1.240 CC/2002; art. 9º do Estatuto da Cidade), usucapião especial urbana coletiva (art. 10 do Estatuto da Cidade), usucapião rural coletiva (art. 1.228, §§ 4º e 5º CC/2002), usucapião familiar (art. 1.240-A CC/2002), usucapião indígena (art. 33 Estatuto do Índio). Por fim, a recente previsão da usucapião administrativa ou extrajudicial, referida no art. 1.071 do CPC/15 que alterou a Lei dos Registro Públicos n. 6.015/73, incluindo o art. 2016-A em seu corpo legislativo.

4.3 Acessão

Modo originário de aquisição da propriedade imóvel, implica o aumento do volume da coisa, mediante união física. Pertencendo ao proprietário tudo aquilo que se unir ou se incorporar ao seu bem.

Este aumento de volume poderá se dar pela própria força interna da coisa, chamada de acessão discreta, como p.ex.: crescimento de um fruto; ou, ainda, em razão de ação humana ou por causa natural, denominada de acessão contínua.

Suas modalidades estão descritas no artigo 1.248 do Código Civil Brasileiro, sendo elas: formação de ilhas, aluvião, avulsão, abandono de álveo e as plantações ou construções. As quatro primeiras modalidades são acessões naturais, já as duas últimas são acessões artificiais.

Por fim, merece destaque a diferenciação conceitual entre acessão e benfeitoria, por não ser incomum a confusão entre as duas expressões.

As benfeitorias, tratadas na Parte Geral do Código Civil em seu artigo 96, referem-se às obras realizadas por ação humana com o propósito de conservar, melhorar ou embelezar o bem imóvel sem que ocorra, de fato, o aumento do seu volume. Já as acessões, são derivadas das ações natural ou humana que implicam no aumento qualitativo e quantitativo da coisa.

5. EXTENSÃO DA PROPRIEDADE

[133] MENEZES, Rafael. **Aulas de direito civil para graduação**. Direitos reais: aula 9. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direitos-reais/aula-9-4/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

De acordo com a leitura do artigo 1.229 do Código Civil Brasileiro, constata-se que a propriedade abrange o solo, o espaço aéreo e o subsolo em altura e profundidade úteis ao seu exercício, sendo o proprietário impedido de opor-se a realização de atividades, por terceiros, a uma altura ou profundidade que ele não tenha interesse legítimo em impedi-las.

Com autoridade, comenta MARIA HELENA DINIZ, referindo-se ao proprietário:

> Não pode impedir que um avião passe por sobre sua casa ou a colocação de cabos aéreos de energia elétrica ou, ainda, que perfurem o subsolo para a instalação de condutos subterrâneos de serviço de utilidade pública (CC, art. 1.286) ou de metrô, pois não tem nenhum interesse em impugnar a realização de trabalhos que se efetuem a uma certa altura e a profundidade tal que não acarrete risco para a sua segurança[134].

Desta forma, o proprietário poderá defender a sua extensão à propriedade, contra terceiros, em razão de conduta invasora e lesiva, que lhe acarrete algum tipo de dano, incômodo ou ainda que lhe proíba de utilizar o imóvel normalmente, considerando suas características normais.

Ademais, estabelece o artigo 1.230 do Código Civil Brasileiro que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumento arqueológicos e outro bens referidos por leis especiais.

O proprietário é autorizado a explorar os recursos minerais do solo para aplicação imediata na construção civil, porém, os mesmos não poderão ser submetidos a transformação industrial, obedecendo os dispositivos previstos em lei especial.

6. PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Sobre a perda da propriedade imóvel disciplina o Código Civil Brasileiro:

> Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:
> I – por alienação;
> II – pela renúncia;
> III – por abandono;
> IV – por perecimento da coisa;
> V – por desapropriação.
> Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título translativo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis. (Brasil, 2002)[135].

Ressalta-se que este rol não é taxativo, conclusão retirada da expressão do *caput* do artigo acima transcrito: "*além das causas consideradas neste Código*". Desta forma, as causas de extinção da propriedade podem ser inesgotáveis, considerada a criatividade humana nas relações jurídicas.

---

[134] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v.4. p. 141.

[135] CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

Dentre outros exemplos de perecimento da propriedade imóvel, pode-se citar a usucapião e o confisco.

7. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Compreendida como um dos princípios norteadores dos direitos reais e da ordem econômica, a função social possui um conceito aberto e indeterminado. Prevista como um dos direitos e garantias fundamentais na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIII[136], é considerada uma premissa inafastável do ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o tema, discorrem as professoras GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HORINAKA e SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO:

> O conceito de função social é, efetivamente, muito difícil de ser enunciado com precisão, dada a sua conotação abstrata. Mas dúvida não resta de que ela é ideia inarredavelmente instalada bem no âmago do conceito de direito de propriedade, vinculando-o, em definitivo, ao destino previsto por aquela funcionalidade[137].

Com a aplicação da função social, a propriedade perde o caráter de direito intangível e sagrado, seu detentor é obrigado a empregá-la a um crescimento social. Desta forma, o direito de propriedade deve moldar-se às necessidades sociais, estando em constante mudança e adaptação. Seu exercício sofre limitações e deve estar em conformidade com os interesses coletivos.

Neste sentido, o sujeito, enquanto vivente em sociedade, deve contribuir para o bem estar da coletividade em detrimento de seus interesses individuais. Possui o dever social de desempenhar sua individualidade patrimonial da melhor maneira possível, a fim de garantir sua função social.

A obrigação da preservação do meio ambiente, como p.ex.: a flora e a fauna, o direito de vizinhança, a previsão de área destinada aos equipamentos públicos, os casos de desapropriação e de reforma agrária são hipóteses que resguardam o interesse coletivo em detrimento ao direito individual, garantindo a divisão de riquezas e a manutenção da paz social.

CONCLUSÃO

Longe de exaurir o tema, a noção sobre o direito fundamental de propriedade é de extrema importância, diante de todos os efeitos e reflexos que poderá acarretar no convívio social. Fica claro a necessidade de cuidados e o devido cumprimento das obrigações constitucionais e legais para a sua aquisição e extinção, evitado, desta forma, dessabores ao sujeito titular do domínio.

Em uma sociedade capitalista, onde o consumo e o desejo de acumular riquezas estão no centro de grandes debates, as obrigações sociais impostas se mostram indispensáveis para o convívio em comunidade.

Alguns avanços são notáveis desde a retirada do caráter absoluto do direito à propriedade, todavia muitos ainda são necessários. A aplicação correta

---

[136] Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a à propriedade, nos termos seguintes:
XIII – a propriedade atenderá a sua função social.

[137] HORINAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. v. 98. São Paulo: 2003, p. 75. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67580>. Acesso em: 27 jun. 2019.

das políticas públicas e a conscientização social são grandes ferramentas para a proteção do patrimônio particular e preservação do meio ambiente, garantindo a igualdade social e a adequada divisão de riquezas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcélia Ferreira de. O direito de propriedade versus a função social da propriedade. Jus, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66855/o-direito-de-propriedade-versus-a-funcao-social-da-propriedade>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. A função social da propriedade e o conceito de princípio jurídico. Jus, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24354/a-funcao-social-da-propriedade-e-o-conceito-de-principio-juridico>. Acesso em: 27 jun. 2019.

FIGUEIREDO, Roberto. Propriedade resolúvel. CERS. Disponível em: <https://noticias.cers.com.br/noticia/propriedade-resoluvel/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

GAGLIANO, PAMPLONA FILHO. Novo Curso de Direito Civil 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HORINAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. v. 98. São Paulo: 2003, p. 75. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67580>. Acesso em: 27 jun. 2019.

MENEZES, Rafael. Aulas de direito civil para graduação. Direitos reais: aula 9. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direitos-reais/aula-9-4/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

AS ALTERAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE AS DISPOSIÇÕES QUE ACARRETAM ÔNUS FINANCEIRO AO PROCESSO DO TRABALHO

Franciano Beltramini[138]

Resumo: A reforma trabalhista introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de alterações em institutos que disciplinam, e/ou de alguma maneira, acarretam consequências nos encargos financeiros das ações que tramitam na Justiça do Trabalho. Assim sendo o presente artigo propõe apresentar as principais modificações nas disposições que regulamentam os seguintes institutos do processo do trabalho: i) o benefício da justiça gratuita; ii) as custas processuais; iii) os honorários de advogado; iv) e os honorários periciais. Desta forma, com a presente resenha se pretende trazer aos leitores um conjunto de sintéticas considerações sobre as principais alterações destes institutos jurídicos, bem como apresentar algumas controvérsias, polêmicas e sugestões de interpretações que ainda serão definidas pelas Cortes Trabalhistas.

Palavras Chaves: Reforma trabalhista. Ônus. Encargos financeiros.

INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 - coloquialmente denominada de Reforma Trabalhista –, o ônus financeiro das ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho era quase que exclusivo do empregador, tendo em conta a facilidade de os trabalhadores obterem o benéfico da justiça gratuita, bem como as situações bastante restritas de condenação em honorários periciais e de sucumbência aos reclamantes que demandavam perante a Justiça Especializada do Trabalho.

Ocorre, entretanto, que a alteração de alguns artigos pontuais da CLT, em especial, os artigos 789 a 790-B da CLT, mudaram a lógica do baixo risco financeiro do processo ao trabalhador, impondo a si e a seu advogado a necessidade de realizar uma detida análise econômica do processo.

Isso porque, referidos dispositivos estabeleceram critérios mais rígidos para concessão da gratuidade de justiça, bem como excepcionam as hipóteses de aplicação do referido benefício trazendo a possibilidade concreta de condenação em custas processuais, honorários periciais e de advogado no processo do trabalho.

Nesse sentido se assinala que parcela considerável dos estudiosos da área do direito do trabalho manifestam severas criticas as alterações, entendendo que as modificações desequilibram o sistema construído para buscar equilibrar partes substancialmente desiguais. Por outro lado, entendem os defensores da reforma que as modificações legais a seguir explicitadas estimulam uma postura mais responsável e técnica das partes, uma vez que eventual atécnia ou excessos na postulação geram custo à parte sucumbente.

Assim sendo, o presente artigo apresentará uma breve explanação das alterações introduzidas na reforma trabalhista nas disposições que tratam dos seguintes institutos: i) o benefício da justiça gratuita; ii) as custas processuais; iii) os honorários de advogado; vi) e os honorários periciais.

---

[138] Advogado sócio do escritório Beltramini & Gurgel Advogados Associados. Procurador do Município de Joinville. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí no ano de 2005 realizou duas pós-graduações na área do Direito do Trabalho. Foi professor universitário da disciplina de Direito Processual do Trabalho nos anos de 2014 a 2016 na UNISOCIESC - Campus Joinville. E-mail: www.beltraminiegurgel.com.br/franciano@beltraminiegurgel.com.br.

Por fim consigna-se que as modificações legislativas a seguir explicitadas de alguma forma alteram o ônus financeiro dos processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho sendo oportuna uma detida reflexão sobre os referidos dispositivos e a consequente atualização dos operadores do direito em relação a essas disposições para que se faça a necessária avaliação de ônus e bônus antes da interposição de uma ação trabalhista.

1. INSTITUTOS MODIFICADOS PELA REFORMA TRABALHISTA QUE ALTERAM O ÔNUS FINANCEIRO DO PROCESSO

1.1. Justiça Gratuita (art. 790, §§ 3 e 4[139] da CLT)

Impende inicialmente consignar que a expressão constitucional "assistência jurídica integral e gratuita", prevista no inciso LXXIV do art. 5º da CFRB mistura institutos dispares da justiça gratuita e da assistência judiciária gratuita, que não devem ser confundidos pelos operadores do direito.

Nesse sentido (TEIXEIRA FILHO, 2017 pg. 75) inicia os comentários sobre as alterações Reforma Trabalhista em capítulo destinado a gratuidade de justiça trazendo importante distinção entre os institutos acima explicitados, conforme se observa no seguinte fragmento:

> *Justiça gratuita e assistência judiciária são expressões que não se confundem. A primeira significa a isenção de despesas processuais, como: custas emolumentos, etc., às pessoas que não possuem condições financeiras de suporta-las; a segunda traduz o ato pelo qual determinada entidade pública ou particular fornecem advogado gratuitamente, para a pessoa que não possui condições de pagar honorários advocatícios, ingressar em juízo.*

Feito esse esclarecimento inicial, consigna-se que as observações e compreensões trazidas nessa seção do presente artigo dizem respeito ao benefício da gratuidade de justiça, sendo que no item destinado aos honorários de advogados se trará considerações acerca da assistência judiciária gratuita.

Antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, a Justiça do Trabalho possuía entendimento consolidado - através da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 304[140] da SDI-1 do TST, posteriormente convertida na Súmula n. 463[141] do

---

[139] Art. 790, § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

[140] **304. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO (cancelada em decorrência da sua aglutinação ao item I da Súmula nº 463 do TST) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017**

Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50). Histórico: Redação original - DJ 11.08.2003

[141] **SÚMULA Nº 463 DO TST ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO** (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-I, com alterações decorrentes do CPC de 2015).

TST -, no sentido de que bastava a simples declaração do Reclamante ou de seu advogado na petição inicial para se configurar a sua situação hipossuficiência econômica e ser concedido beneficio da justiça gratuita, não havendo, como regra, a necessidade de comprovação dessa condição.

Ocorre, entretanto, que as alterações introduzidas nos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT trouxeram grandes modificações aos requisitos para a concessão da justiça gratuita, uma vez que na atualidade a legislação estabelece duas hipóteses bem mais restritivas para conferir o benefício, são elas:

> **i)** § 3º do art. 790 da CLT de acordo com essa disposição legal o benefício da justiça gratuita se aplica tão somente a quem recebe salário de até 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).
> Nesse contexto, como o teto do RGPS no exercício de 2019 é de R$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos), 40% (quarenta por cento) desse valor corresponde a importância de R$ 2.335,78 (dois mil trezentos e trinta e cinco reais e setenta e oito centavos);
> **ii)** § 4º do art. 790 da CLT estabelece a necessidade de a parte comprovar a impossibilidade de recursos para o pagamento das custas do processo. Essa hipótese deve ser utilizada pela parte que tenha renda superior a 40% do teto do RGPS, mas que não detenha capacidade financeira para fazer frente às despesas processuais, devendo nesse caso comprovar suas receitas e despesas, através da comprovação da remuneração, receita, patrimônio, despesas, etc.

Observa-se que de acordo com o texto expresso na atual legislação, a antiga praxe de juntar ao processo uma declaração de hipossuficiência deixa de existir, devendo em ambos os casos ser demonstrada a incapacidade financeira, seja através dos recibos de pagamento (hipótese do § 3º), bem como através de comprovantes de pagamento ou de receita, comprovantes de despesas, extratos de conta corrente, declarações de imposto de renda, etc (§ 4º), a depender de cada caso em concreto.

1.1.1. Questões polêmicas sobre o benefício da gratuidade no Processo do Trabalho após a reforma trabalhista:

i) Não aplicação do disposto § 3º do art. 99 do CPC no processo do trabalho: O § 3[142] do art. 99 do CPC dispõe que presume-se verdadeira a alegação de insuficiência de recursos da pessoa natural.

Assim sendo, de acordo com a disposição do CPC a simples declaração de hipossuficiência de pessoa natural possui presunção de veracidade.

Conforme visto acima, esse era entendimento da Justiça do Trabalho até a entrada em vigor da Reforma Trabalhista. Ocorre, entretanto, que a nova disposição dos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT, prevê requisitos distintos.

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);
II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

[142] **Art. 99.** O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.
§ 3o Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.
§ 4o A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

Do acima exposto, entendo que não se aplica o § 3º do art. 99 do CPC no processo do trabalho diante dos termos do art. 769 da CLT, que estabelece a aplicação subsidiária do CPC no processo do trabalho somente quando haja omissão na CLT, fato que não ocorre no presente caso.

ii) Possibilidade de concessão da justiça ao empregador, seja ele pessoa física ou jurídica: Até antes da entrada em vigor da reforma, havia controvérsia entre a possibilidade de concessão da justiça gratuita a pessoa jurídica reclamada. Na atualidade, entretanto, o § 4º estabelece que o benefício, será concedido "*à parte"* que comprovar insuficiência de recursos.

Assim sendo, diante da disposição da atual legislação parece-me claro a possibilidade de concessão ao empregador, seja ele pessoa física ou jurídica, desde que comprove a insuficiência de recursos, conforme disposição do § 4º do art. 769 da CLT.

iii) Momento em que deve ser analisada a renda do trabalhador para a concessão da justiça gratuita: Quanto à hipossuficiência para *"aqueles que percebem salário igual ou inferior a 40%"* do RGPS, entendo que referido dispositivo aplica-se exclusivamente ao trabalhador, pois o dispositivo é explicito a especificar o substantivo salário, que é a contraprestação paga ao trabalhador pelos serviços prestados.

Quanto a esse dispositivo o legislador poderia ter apresentado balizas mais sobre o momento da aplicação do dispositivo, explico.

Da leitura do § 3º do art.790 da CLT não se extrai se o percentual dos 40% do RGPS se refere ao momento do requerimento, quando normalmente o trabalhador está desempregado e sem renda, ou no período em que o contrato de trabalho de trabalho estava ativo.

Assim sendo entendo que caso o trabalhador esteja desempregado no momento da propositura da ação o mesmo tem direito ao beneplácito da justiça gratuita, mesmo que recebesse mais que 40% do RGPS quando o contrato de trabalho estava ativo. Consigno, entretanto, que este é o meu entendimento pessoal, que poderá ou não ser consolidado pela jurisprudência trabalhista;

iv) Exceção ao benefício da gratuidade de justiça no caso de falta injustificada do trabalhador a 1ª audiência: o § 2º do artigo 844[143] da CLT dispõe que se o empregado faltar injustificadamente a 1ª audiência, mesmo que beneficiário da justiça gratuita será condenado ao pagamento de custas processuais, prevista no art. 789 da CLT, caso não comprove no prazo de 15 dias que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Trata-se de dispositivo de caráter punitivo – que no meu entendimento deve ser classificado como dano processual -, e, como consequência, afastar o benefício da gratuidade de justiça, como ocorre nos casos de litigância de má-fé.

v) Exceção ao benefício da gratuidade de justiça para o pagamento de honorários de advogado e do perito: os artigos 791-A, § 4º e art. 791-B, § 4º estabelecem que caso haja sucumbência em parte da pretensão ou na perícia,

[143] **Art. 844** - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.
§ 1o Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 2o Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

mesmo que o Reclamante seja beneficiário da justiça gratuita, haverá a condenação em honorários.

De acordo com os dispositivos citados, que serão abordados com maior profundidade nas seções seguintes, o trabalhador terá que arcar com os honorários periciais e de advogado, caso tenha possua créditos na ação ou em outras capazes de suportar as referidas despesas.

vi) Dispensa do pagamento de depósito recursal ao empregador beneficiário de justiça gratuita: Em sendo concedido o benefício da gratuidade de justiça ao empregador reclamado este fica isento tanto do pagamento das custas processuais como do depósito recursal, conforme disposição do § 10[144] do art. 899 da CLT.

Até a entrada em vigor da Reforma trabalhista havia entendimento majoritário na Justiça do Trabalho que caso de ser deferida a justiça gratuita ao reclamado, esse ficaria isento tão somente do pagamento das custas processuais, remanescendo a necessidade de depósito do preparo recursal, estabelecido no § 1[145] do art. 899 da CLT, caso quisesse discutir a decisão em instancia superior (TRT e/ou TST).

vii) Irrecorribilidade imediata da decisão que analisa o pedido de justiça gratuita: Importante destacar que a decisão que concede ou não a gratuidade de justiça somente pode ser enfrentada em Recurso Ordinário, uma vez que segundo a disposição contida no § 1[146] do art. 893 da CLT as decisões interlocutórias são irrecorríveis imediatamente. Entretanto, consigna-se que ao contrário do processo civil, a necessidade de pagamento das custas processuais e despesas processuais (honorários) só nascem após a prolação da sentença (art. 789 da CLT) no Processo do Trabalho.

2. Custas Processuais (art. 789[147] da CLT)

A nova redação do artigo 789 da CLT trouxe como novidade o estabelecimento de um teto máximo para o pagamento das custas, que corresponde ao valor de 4 (quatro) vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (o teto do RGPS em 2019 é de R$ 5.839,45 e ao quadruplicar esse valor chega-se ao montante de R$ 23.357,80).

---

[144] **Art. 899 da CLT** - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968) (Vide Lei nº 7.701, de 1988)**...**
§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

[145] **Art. 899, § 1º da CLT -** Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vêzes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz. (Redação dada pela Lei nº 5.442, 24.5.1968)

[146] A**rt. 893, § 1º da CLT** Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juiz ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

[147] **Art. 789 da CLT.** Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Nesse sentido (SILVA, 2017, pg. 135) defende o estabelecimento de um teto máximo para o pagamento das custas processuais, conforme se extrai do seguinte fragmento:

> *"Julgados reiterados do STJ, do TST e do STF convergiram no sentido de que os depósitos recursais administrativos como aqueles para recorrer administrativamente das multas da fiscalização trabalhista, não podiam ser ilimitados, sob penas de inviabilizar apropria essência da recorribilidade. Depósitos ilimitados foram assim, um a um julgados inconstitucionais. Aplicando-se o raciocínio para as custas, também elas devem ter algum parâmetro".*

Consigna-se que as custas no processo do trabalho, são destinadas a União Federal e servem para fazer frente ao custeio da Justiça do Trabalho. Na fase de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), calculadas com base nos incisos I a IV do respectivo art. 789 da CLT, observado o valor mínimo de R$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos).

O § 1º do art. 789 estabelece que as custas são pagas pelo vencido após o transito em julgado da decisão, mas excetua que no caso de recurso as mesmas deverão ser pagas e comprovadas dentro do prazo recursal.

Na fase de execução também são devidas custas, que serão calculadas de acordo com o art. 789-A da CLT, sempre de responsabilidade do executado e pagas ao final da respectiva fase.

2.1. Possibilidades de interpretação relativas à aplicação da alteração do art. 789 da CLT que estabelece teto máximo para o pagamento de custas

Diante da modificação legislativa**,** há duas interpretações possíveis quando a aplicação do teto das custas, quais sejam:

> **i)** A nova disposição do art. 789 da CLT que estabelece um teto máximo da custas vale somente para as ações que foram distribuídas após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista que ocorreu em 11/11/2017. Fundamento a obrigação nasce com a distribuição da ação - ficando para a decisão somente a definição do valor e do responsável;
>
> **ii)** A nova disposição do art. 789 da CLT que estabelece um teto máximo da custas é aplicável na data em que a sentença for proferida. Assim sendo se a decisão é pronunciada após 11/11/2017, mesmo que o processo tenha sido interposto antes da reforma ou que trata-se de decisão em grau recursal, aplica-se a novel disposição. Fundamento a fixação do valor das custas somente ocorre por ato decisório do juiz, então somente se saberá se haverá ou não valor superior no momento da decisão e não na distribuição.

Filio-me a essa segunda posição, tendo em conta que trata-se de instituto exclusivamente processual, e, de acordo com o disposto no art. 14[148] do CPC, a norma processual aplica-se imediatamente aos processos em curso.

[148] **Art. 14 do CPC -** A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

3. Honorários de Sucumbência (791-A[149])

Trata-se de uma das mais importantes e polêmicas alterações da Reforma Trabalhista, diante da vertiginosa modificação do texto legal que acarreta contundente repercussão econômica no processo do trabalho.

Antes de adentrar na novel disposição legal, necessário retomar ao instituto da assistência judiciária gratuita que foi superficialmente pincelado quando da abordagem feita acima sobre o benefício da justiça gratuita.

Conforme visto anteriormente a assistência judiciária gratuita é instituto que se caracteriza pelo ato onde determinadas entidades fornecem advogado gratuitamente, para pessoas que não possuem condições de arcar com os custos de advogado para a propositura de alguma ação em Juízo.

Destaca-se que diante dos termos do art. 8, III[150] da Carta Magna, compete aos sindicatos a defesa de direitos coletivos e individuais dos trabalhadores.

Essa disposição constitucional está regulamentada pelo art. 14[151] da Lei 5584/70 que disciplina o benefício da assistência judiciária gratuita realizada pelos sindicatos aos trabalhadores, que de acordo com o entendimento

---

[149] **Art. 791-A da CLT**. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
I - o grau de zelo do profissional; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
II - o lugar de prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
III - a natureza e a importância da causa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467/2017)
§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

[150] **Art. 8 da CFRB/88** - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
...
III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[151] **Art. 14 da Lei 5584/70** - Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.
§ 1º A assistência é devida a todo aquêle que perceber salário igual ou inferior ao dôbro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.
§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.
§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

sedimentado nas Súmulas n. 219[152] e 319[153] do TST era um dos entraves para o pagamento de honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, pelos fundamentos a seguir explicitados.

Outro argumento utilizado pelos juristas para justificar a ausência de condenação em honorários de sucumbência era o *jus postulandi*, previsto no art. 791 da CLT, que permite que as partes (empregados e empregadores) formulem suas pretensões na justiça do trabalho sem a necessidade de acompanhamento de um advogado. Referidos doutrinadores justificavam a ausência de condenação em honorários de sucumbências pelo fato de ter sido uma escolha da parte a contratação de um advogado, uma vez que a CLT permite a postulação sem o acompanhamento de um advogado.

Em síntese o entendimento sumulado no TST (que ainda permanece vigente!) é o de que não cabe honorários de sucumbência na justiça do trabalho, cabendo exclusivamente honorários assistências que são devidos ao trabalhador que esta assistido pelo sindicato e cumulativamente seja beneficiário da justiça gratuita.

Até a entrada em vigor da reforma essas eram as disposições legais e o entendimento consolidado que regulamentavam a questão dos honorários de advogado.

Com o advento da Lei 13.467/2017 foi introduzida na CLT o art. 791-A na CLT que insere e regulamenta no processo do trabalho o instituto dos honorários sucumbenciais.

Referido instituto estabelece que são devidos honorários de sucumbência, nos percentuais de 5% (cinco por cento) a 15% (quinze por cento), calculado sobre o proveito econômico e/ou o valor da causa.

Consigna-se que o *jus postulandi* foi mantido na reforma trabalhista e foi especificado que caso o reclamante seja advogado os honorários de sucumbência devem ser assegurados os referidos honorários. Com isso se explicita e responde uma controvérsia antiga de que os honorários servem para

---

[152] ***Súmula nº 219*** **do TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016**

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

[153] ***Súmula*** **329 do TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

remunerar o trabalho do advogado (verba do advogado de natureza alimentar e não compensável) e não para ressarcir parte que foi obrigada a contratar advogado para representa-lo em juízo. § 3º do art. 790-A da CLT especifica ainda que na hipótese de procedência parcial o juiz arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação de honorários.

No meu entendimento trata-se da correção de um erro histórico, devendo ficar claro de que não se trata de uma punição a parte sucumbente para desestimula-la, mas sim de remuneração devida ao advogado pelo trabalho realizado.

3.1 Similitudes da disposição do art. 85 do CPC com o art. 791-A da CLT, que disciplinam os honorários de sucumbência

i) A base do cálculo para se calcular o percentual dos honorários é o valor atualizado da condenação/benefício econômico e/ou valor o valor atualizado da causa quando não for possível mensurar o benefício;

ii) Não pode haver compensação no caso de sucumbência recíproca.

3.2. Diferenças da disposição do art. 85 do CPC com o art. 791-A da CLT, que disciplinam os honorários de sucumbência

i) percentuais dos honorários do CPC são de 10 a 20%. A CLT por sua vez estabelece percentuais de 5 a 15 %;

ii) O CPC prevê honorários nas fases de conhecimento, recursal e de cumprimento de sentença. A CLT somente uma única vez na fase de conhecimento;

iii) O prazo prescricional da cobrança de honorários, no caso de justiça gratuita do CPC são 5 anos, já a CLT são 2 anos;

iv) a CLT estabelece condição extra para suspensão da exigibilidade da cobrança no caso de justiça gratuita que é o de não ter obtido crédito na ação ou em outra. O CPC não há disposição correlata.

3.3 Omissões na CLT na regulação dos honorários sucumbenciais que permitem a utilização subsidiária do CPC

Conforme o art. 769 do CLT para que haja a utilização subsidiária do CPC é necessário que a CLT seja omissa e o dispositivo do CPC seja compatível com a principiologia trabalhista, desta forma entendo que se aplica no processo do trabalho as seguintes disposições do CPC:

i) critérios e limites da condenação de honorários sucumbência da Fazenda Pública (§§ 3º e 4º do art. 85 do CPC);

ii) honorários em favor da sociedade de advogados (§ 15º do art. 85 do CPC);

iii) juros moratórios a partir do trânsito em julgado (§ 16º do art. 85 do CPC);

iv) ação autônoma para fixação e cobrança de honorários (§ 18º do art. 85 do CPC).

3.4. Omissões da CLT na regulação dos honorários sucumbenciais e sugestões de possíveis respostas

i) O percentual se calcula sobre o valor bruto ou liquido?

A CLT não informa se o cálculo dos honorários de sucumbência será feito sobre o valor bruto da condenação, que compreende o valor devido ao trabalhador mais eventual imposto de renda e contribuição previdenciária a ser repassado ao Estado ou deve utilizar como base de cálculo o valor líquido da condenação, que abrange somente o valor efetivamente recebido pelo trabalhador, descontado.

Em relação a essa questão o TST possui entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial n. 348[154] da SDI-1 no sentido de que a base de cálculo deve ser o valor bruto da condenação, ou seja, sem a dedução de descontos fiscais e previdenciários.

ii) É possível a condenação em honorários sucumbenciais mesmo sem pedido na petição inicial?

Entendo aplica-se a essa questão o entendimento da Súmula 256[155] do STF que estabelece que é desnecessário pedido expresso de condenação em honorários sucumbenciais, cabendo a condenação mesmo que não haja pedido expresso. Ressalvo somente que como se trata de súmula bastante antiga da Suprema Corte, mas que ainda se encontra vigente, faz referência aos artigos 63 e 64 do Código de Processo Civil de 1939.

iii) Qual deve ser à base de cálculo dos honorários de sucumbência recíproca – o pedido ou o valor do pedido?

Segundo MANRICH (2018, pg.79) há duas possibilidades de interpretação da base de cálculo da sucumbência recíproca, quais sejam:

A 1ª corrente interpretativa considera o valor do pedido. Assim sendo se o empregado requer a condenação em R$ 10.000,00 de danos morais e o magistrado condena em R$ 6.000,00, seu advogado receberá honorários calculados sobre os R$ 6.000,00 e o advogado da reclamada sobre os R$ 4.000,00 economizados. Essa corrente possui dificuldade de aplicação quando os pedidos da ação não são líquidos.

A 2ª corrente interpretativa leva em consideração o pedido. Assim sendo o advogado da Reclamada só tem direito a honorários de sucumbência se o pedido for julgado improcedente. No caso de procedência parcial do pedido somente o advogado do Reclamante tem direito a honorários sobre aquele pedido. Essa corrente interpretativa é usada em relação as custas do processo processuais (art. 789 da CLT) e é defendida pelo jurista Jorge Luiz Souto Maior e pela Associação Nacional dos Juízes do Trabalho (ANAMATRA).

iv) As novas disposições relativas aos honorários de sucumbência se aplicam a processo interpostos antes da vigência da Reforma Trabalhista?

Trata-se de questão controvertida na atualidade que ainda não foi pacificada nos tribunais, havendo 2 correntes interpretativas, que são as seguintes:

---

[154] **OJ 348. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. LEI Nº 1.060, DE 05.02.1950** (**DJ 25.04.2007**). Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.

[155] **Súmula 256 do STF:** É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil.

A 1ª corrente hermenêutica entende que somente se aplica a processos ajuizados depois da vigência da Reforma Trabalhista, que ocorreu em 11/11/2017. Para os defensores desse entendimento a distribuição da ação é o que faz nascer o direito aos honorários de sucumbência e não o ato ou efeito de ser vencido. A decisão, para os defensores dessa teoria, é um ato processual que tão somente define o valor e o responsável pelo pagamento, devendo ser considerado a data da distribuição. Outra argumentação utilizada é a de que deve ser tutelada a garantida da não surpresa, pois quando da interposição da ação o entendimento vigente era o de que a mera sucumbência não dá direito aos honorários, *ex vi,* Súmula 219 do TST.

A 2ª corrente interpretativa é a teoria do isolamento dos atos processuais que preceitua que a lei processual incide no momento em que passa a vigorar. Nesse sentido o e. STJ entende majoritariamente (vide REsp 1404796/SP) que a sucumbência do processo civil é regida pela lei vigente no momento da sentença.

Apesar de a teoria do isolamento dos atos processuais ser a majoritária no e. STJ entendo que a mesma não deve ser aplicada no processo do trabalho, diante da distinção das situações, uma vez que ao contrário do processo civil, os honorários de sucumbência somente passaram a existir no processo do trabalho com o advento da reforma trabalhista, bem como pelo fato de se tratar de matéria hibrida que envolve direito material do advogado e direito processual.

4. Honorários Periciais (790-B[156])

Até antes do início da vigência da Reforma Trabalhista o pagamento dos honorários periciais era definido pela parte sucumbente da perícia, salvo se beneficiário da justiça gratuita, situação em que a obrigação recaia sobre a União.

O atual regramento estabelece que o pgto é de responsabilidade do sucumbente na perícia, mesmo que beneficiário de justiça gratuita, salvo se não tiver créditos na ação ou em outras, oportunidade em que a responsabilidade ficará com a União.

Ou seja, com o advento da Reforma Trabalhista passa a existir um requisito a mais para que o trabalhador que é beneficiário da justiça gratuita e foi sucumbente da pericia seja isentado do pagamento dos honorários do perito que é o de não possuir créditos capazes de suportar a pericia na ação em que foi solicitada a pericia e nem em outro processo.

4.1 Controvérsia sobre a modificação da regulamentação dos honorários periciais no processo do trabalho

[156] **Art. 790-B da CLT** A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.(Redação dada pela Lei nº 13.467/17)
§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias. (Incluído pela Lei nº 13.467/17)
§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Trata-se de questão controvertida na atualidade que ainda não foi pacificada nos tribunais, havendo 2 correntes interpretativas, que são as seguintes:

A 1ª corrente interpretativa que dentre os defensores esta o Ministro Maurício Godinho Delgado entende que as alterações são um retrocesso que desequilibra o sensato sistema construído em que a União se responsabiliza pelo encargo.

A 2ª Corrente hermenêutica é a favor da mudança que está em consonância com a motivação apresentada para a alteração legislativa que optou por aumentar os riscos daqueles que fazem pedidos indevidos, fazendo com que o Reclamante faça uma análise econômica do processo e por consequência torna as peças mais técnicas. Além disso, defende que referida modificação diminui consideravelmente a despesa da União com essa rubrica, devendo, portanto ser ratificada a alteração legislativa estabelecida no art. 790-B da CLT .

4.2. Aplicação da mudança relativa aos honorários de perito em processos interpostos antes da reforma?

Entendo que por se tratar de instituto eminentemente processual aplica-se ao caso a teoria do isolamento dos atos processuais devendo ser aplicada a norma vigente na data da determinação do serviço pericial, pois este é o momento que se forma a relação obrigacional com o perito.

Assim sendo mesmo para os processos interportos antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, mas com perícia designada após 11.11.17 se aplica o novo regramento processual relativo aos honorários do perito.

CONCLUSÃO

De acordo com o que foi explicitado no presente artigo, a Reforma Trabalhista alterou substancialmente a questão do ônus financeiro do processo do trabalho, trazendo ao reclamante um maior risco financeiro para o caso de não obter êxito na pretensão trabalhista, impondo a si e a seu advogado a necessidade de realizar uma detida análise econômica do processo.

Referida conclusão se extrai do fato de que o beneplácito da justiça gratuita possui agora requisitos mais rígidos para a sua concessão bem como foram prevista situações que excepcionam as hipóteses de aplicação do referido benefício, trazendo a possibilidade concreta de condenação do trabalhador, e efetivo desconto dos seus eventuais créditos, para o pagamento de custas processuais, honorários periciais e de advogado nos processos que tramitam perante a Justiça Especializada do Trabalho.

Nesse sentido se assinala que apesar de severas críticas de parcela considerável de estudiosos da área do direito processual do trabalho, as modificações legais que foram consideravelmente dissecadas na presente resenha devem estimular uma postura mais responsável e técnica das partes, uma vez que eventual atécnia ou excessos na postulação geram custo à parte sucumbente.

No mais a experiência demonstra que onde não há riscos há espaço para o cometimento de um maior número de abusos, sendo que o ambiente pós reforma tem demostrado um número menor de interposição de ações, bem como um número menor de pedidos nas ações interpostas. Ademais vem sendo observado um a maior consistência e aprumo técnico das petições.

Referencias bibliográficas

MANRICH, Nelson, (Coord.). *Reforma Trabalhista: reflexões e críticas.* São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentário à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista.* São Paulo: LTr, 2017.

A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Frederico Wellington Jorge[157]
Victor Bambinetti Gonçalves[158]

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar a clássica dicotomia público-privado no Direito Civil a partir de uma abordagem civil-constitucional. Para tanto, inicialmente far-se-á uma diferenciação entre o espaço público e privado, sendo isso pressuposto para a regulação do Direito. Após, será elencada a divisão entre o Direito Público e Direito Privado, para daí então apresentar o pensamento da doutrina nacional sobre o assunto. Por fim, será demonstrado, a partir de uma metodologia civil-constitucional, as razões da insustentabilidade da dicotomia atualmente.

Palavras-chave: Direito Público. Direito Privado. Direito Civil Constitucional.

INTRODUÇÃO

Pensar o Direito Privado da mesma forma que o Público aparenta uma difícil e complexa tarefa. Denota-se ser comum e, imprescindível, uma leitura constitucional do Direito Penal e Processual Penal. Entretanto, quando se comenta a respeito de um Direito Civil Constitucional, a primeira e cristalina impressão no País ainda é de estranheza. Essa reflexão, embora já tardia, é necessária em decorrência dos novos rumos que a sociedade contemporânea vem seguindo.

Talvez isso decorra do desenvolvimento dos campos públicos e privados. Aquele sempre foi compreendido como essencial nos assuntos da política, enquanto esse nos assuntos puramente familiares e sentimentais. O privado sempre levou denotações relativas a interesses individuais, enquanto o público de todos, razão pela qual este pensamento torna-se penoso.

Atualmente vislumbra-se uma dificuldade de delimitar o que seria a esfera privada e o que seria a pública, uma vez que a sociedade digital permite novos meios de comunicação, de forma a praticamente extinguir aquele campo individual clássico. Contudo, entender as duas esferas é fundamental para depreender a divisão da ciência jurídica, razão pela qual será inicialmente exposto filósofos que tratam sobre o tema.

Essas mudanças na sociedade acarretam mudanças na compreensão do próprio Direito. Afinal, esse vive em razão daquela. Com efeito, as transformações são hábeis a produzir efeitos até mesmo na clássica dicotomia existente desde o Digesto, isto é, público-privado.

Tal problemática vem desafiando juristas contemporâneos e construindo pensamentos cada vez mais desenvolvidos sobre o tema, sendo notório uma divergência na doutrina.

São diversas as justificativas que tentam fundamentar a extinção da dicotomia, sendo no presente artigo adotada chamada constitucionalização do direito, a qual é inegável até mesmo no Direito Civil. Dessa forma, far-se-á uma análise concreta da dicotomia à luz do Direito Civil Constitucional.

---

[157] Doutorando na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Professor da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Advogado sócio do escritório FWJorge advogados associados. E-mail: fwjorge@fwjorge.com.br.
[158] Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Atualmente em mobilidade internacional da Faculdade de Direito da Universidade do Porto - FDUP. E-mail: victor@fwjorge.com.br.

1. COMPREENDENDO AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA

Ponto crucial antes de adentrar em uma discussão acerca da dicotomia público-privado no Direito, é compreender o que seria a esfera pública e privada. Afinal, em poucas e simples palavras, o Direito é um conjunto de regras que visam regular a vida em sociedade e, dessa forma, imprescindível entender o espaço público e privado para passar a discriminar o Direito destes espaços.

Pois bem. Tal qual lecionou Hanna Arendt, a vida humana "tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelo homem [...]." (2007; p. 31). Ou seja, não há vida humana sem uma presença direta ou indireta do homem. O espaço no qual se constrói a realidade social é produto do humano. Isso porquê a ação é prerrogativa do homem.

Com o surgimento das Cidades-estado na Grécia é concedido ao homem uma segunda vida além da puramente privada, pressupondo uma dualidade social de existência, isto é, havendo aquilo que é próprio do homem e o que é comum entre os homens (Idem; Ibidem; p. 33). Consistia na distinção entre duas esferas, ou seja, a da família e a do exercício da política, representando o privado e o público respectivamente.

Desta feita, a dicotomia entre o espaço público e privado nas polis gregas era representada por institutos existentes até os dias de hoje. Aquilo que era discutido no âmbito familiar pertencia ao espaço puramente privado. Enquanto na ágora, fazia-se política, diálogo por meio de persuasão, substituindo a violência e de forma a representar o significado do espaço público.

No mundo moderno e agora já na sociedade contemporânea a distinção vem ficando cada vez mais limitada. Nesse sentido, pontua Hanna Arendt:

> A passagem da sociedade – a ascensão da administração caseita, de suas atividades, seus problemas e recursos organizacionais – do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas diluiu a antiga divisão entre o privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, ao ponto de torná-los quase irreconhecíveis. (Idem; Ibidem; p. 47).

No espaço público tudo pode ser visto e ouvido por todos. Por sua vez, na esfera privada reside os sentimentos, as paixões, pensamentos, vivendo uma existência obsucura. Porém, podendo ser desprivatizada, de forma a tornarem-se adequadas ao público e sendo transmitidas para a coletividade.

A vida privada é caracterizada pela vontade de estar privado da realidade objetiva, a qual advém do fato de ser visto e ouvido por todos. Consiste na "ausência de outros", o que quer que o homem faça, permanecerá sem importância ou consequência prática para os outros. É desprovido de interesse coletivo. (Idem; Ibidem; p. 63).

Como pontuado, atualmente há uma gradativa diminuição dos aspectos que possam divergir a vida privada da pública. Isso, muito em razão da sociedade líquida, com o condão de originar mudanças velozes e flexíveis, caracterizando, dessa forma, a sociedade contemporânea (Cf. BAUMAN; 2007). Dentre outros aspectos, isso pode ocasionar situações negativas, tal qual alertou Hanna Arendt:

> Para que compreendamos o perigo para a existência humana decorrente da eliminação da esfera privada, para a qual a intimidade não é substituto muito seguro, talvez seja melhor considerarmos aquelas feições não-privativas da privatividade anteriores à descoberta da intimidade e que desta independem. A diferença entre o que temos em comum e o que possuímos em particular

> é, em primeiro lugar, que as nossas posses particulares, que usamos e consumimos diariamente, são muito mais urgentemente necessárias que qualquer parte do mundo comum; sem a propriedade, como disse Locke, "de nada nos vale o comum". (Idem; Ibidem; pp. 80-81).

Além disso, importante frisar que as quatro paredes da vida particular é o principal refúgio do ser humano. Local no qual pode descobrir-se existencialmente e que permite a proteção contra os pontos negativos da coletividade, impedindo de ser visto e ouvido por todos.

Portanto, a distinção entre público e privado "equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado" (Idem; Ibidem; p. 82). E, independente da esfera, tudo é produto da vida ativa humana.

Em uma perspectiva mais contemporânea, Jürgen Habermas liga o espaço público diretamente à comunicação. Nas palavras do autor:

> A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (1997; p. 92).

O espaço público traduz as funções gerais do mundo, aqueles assuntos que inicialmente correspondia à vida privada. Assim, podemos citar os assuntos religiosos, educacionais, familiares e até mesmo aqueles conexos com a moral e a cultura. No entanto, "a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções" (Idem; Ibidem; p. 92). Em suma, consiste em uma estrutura comunicacional de agir orientada pelo entendimento, ligada com o espaço social gerado pelo agir comunicativo.

Em norte semelhante de Arendt, Habermas afirma:

> No início, tais experiências são elaboradas de modo "privado", isto é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundo da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas eferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas. (Idem; Ibidem; p. 98).

Aquilo que pode ser visto e ouvido por todos, aquele objeto do agir comunicativo tem seu ponto inicial na vida privada, na intimidade humana, para daí então passar a concretizar-se na esfera pública. Essa retira seu impulso da esfera privada, tornando aquilo que era exclusivo da intimidade público.

2. A CLÁSSICA DIVISÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O Direito é uma unidade conceitual no plano filosófico, orgânica no plano científico e teleológica no plano social (PEREIRA; 2018; p.13). Apesar disso, classicamente, seus princípios e normas jurídicas agrupam-se em duas diferentes categorias, isto é, a do Direito Público e do Direito Privado.

Esta dicotomia é presente desde o sistema jurídico romano-germânico. Na sentença de Ulpiano "*ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat;*

privatum, quod ad singulorum utilitatem".[159] Tradicionalmente, então, o Direito Público era o Direito do Estado, enquanto o Privado era dos cidadãos.

São diversas a teorias que tentam validar a dicotomia, sendo relativas à aspectos materiais e aspectos relacionados ao próprio sujeito. O civilista português António Menezes Cordeiro em seu Tratado de Direito Civil organiza de modo muito cristalino tais correntes, razão pela qual será adotado como referência neste ponto (2009; p. 32).

Em virtude de fins didáticos, começar-se-á pelos materiais.

a) Teoria do interesse: Tal qual o nome leva a crer, aqui importa o interesse discutido na relação jurídica. O Direito Privado cuida dos interesses particulares, enquanto o Direito Público dos interesses de natureza pública, sendo que esse prevalece em caso de concorrência;

b) Teoria da importância: Aqui o que interessa é a importância do conteúdo discutido, afirmando que o interesse público prevalece sobre o privado em razão de seu maior grau de importância. Assim, o Direito Público cuidaria daqueles assuntos com maior importância para a comunidade em geral.

c) Teoria da subordinação: A diferenciação entre os ramos corresponderia pelo binômio coordenação-subordinação. As relações particulares dar-se-iam a partir de uma coordenação, ante sua igualdade. De outro norte, as públicas a partir de normas de subordinação, uma vez que há prevalência do Estado sobre o administrado.

d) Teoria da tradição: Seriam matérias de Direito Público ou Privado aquelas que assim foram durante a história e evolução dos institutos jurídicos.

No que concerne aos sujeitos, são cinco teorias:

a) Teoria do sujeito: Trata da vinculação. Por essa, as normas de Direito Público teriam o condão de se dirigir a todos, em razão da igualdade inerente, o que não ocorreria com as normas de Direito Privado;

b) Teoria do direito especial: As normas de Direito Privado tem uma natureza geral, sendo aplicável a todos os sujeitos, enquando as de Direito Público um caráter especial;

c) Teoria da ordenação: O Direito Público regularia situações de desigualdade e o Direito Privado de Igualdade;

d) Teoria da gestão pública: O Direito Público corresponderia em uma "soma de normas relativas a relações nas quais um dos sujeitos, na base de uma situação legitimadora actuaria como gestor (*Sachwalter*) do bem comum" (CORDEIRO; 2009; p. 41);

e) Teoria da competência: O Direito Privado possui regras que permitem a atuação jurídica de qualquer pessoa, dentro de seus limites. Porém, no Direito Público, somente aqueles previamente legitimados possuem a competência de exercer o direito.

No geral, são essas as teorias que tentam sustentar a dicotomia público-privado. Ocorre que possuem muitas limitações, sendo em maior parte dos casos insuficiente.

Além disso, todas elas podem ser resumidas em três critérios distintos, assim como fez José de Oliveira Ascensão. O civilista português enuncia o critério do interesse, da qualidade dos sujeitos e da posição dos sujeitos (1997; pp. 329-331).

[159] Nesse sentido, consultar: Digesto, Livro I, tít. I, § 2º: "Direito público é o que corresponde às coisas do Estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas".

O critério do interesse fundar-se-ia na segunda parte da definição de Ulpiano. Dessa forma, o Direito Público seria aquele que visaria à satisfação de interesses públicos e o privado à satisfação de interesses privados. Porém, essa via torna-se contraditória e insuficiente. Ora. Todo interesse público pressupõe um privado. Nas palavras do privatista anteriormente mencionado "O interesse público corresponde, pelo menos indirectamente, aos interesses particulares; os interesses particulares são protegidos porque há um interesse público nesse sentido" (Idem; Ibidem; p. 330).

Pelo critério da qualidade dos sujeitos, corresponderia ao Direito Público o Direito que regulasse situações em que interviesse o Estado, ou em geral qualquer ente público e, o Direito Privado as situações particulares.

Segundo José de Olivera Ascensão, este critério também torna-se insuficiente, visto que o Estado também pode atuar nos mesmos termos que os particulares, utilizando-se dos mesmos artefatos para tanto (Idem; Ibidem; p. 330).

Por fim, há menção ao critério da posição dos sujeitos:

> Segundo este critério, o direito público será, em sentido que corresponde à definição ulpianeia, o que constitui e organiza o Estado e outros entes públicos e regula a sua actividade como entidade dotada de *ius imperii*; o direito privado é o que regula as situações em que os sujeitos estão em posição de paridade.(Idem; Ibidem; p. 331).

São várias as teorias que tentam fundamentar e legitimar a dicotomia público-privado, sem haver um consenso geral entre os autores. Contudo, há pontos convergentes, isto é, aspectos comuns em todas as tentativas de explanação.

Trata-se dos elementos "interesse público" e "Estado", no que tange ao Direito Público e "interesse particular" e "particulares" no que concerne ao Direito Privado. Aquele estaria essencialmente ligado ao bem público, coletivo, isto é, interesse comum de todo o cidadão, como o gestor destes em um dos polos. Enquanto este cuidaria de relações comuns, do cidadão comum, apto a transmistir interesses puramente particulares.

Fato é que o Direito Civil, segundo a ideia clássica de dicotomia, pertenceria ao tronco do Direito Privado, visto que é "constituído pelo conjunto de regras que disciplinam a condição normal da pessoa" (Idem; Ibidem; p. 339). E, de um modo geral, tal entendimento persiste desde o direito romano-germânico.

3. DOUTRINA NACIONAL A RESPEITO DA DICOTOMIA

A adesão à dicotomia é uniforme no Brasil entre os séculos XIX e XX. A literatura civilistica clássica como Augusto Teixeira de Freitas (1859; p. 72) e Antonio Joaquim Ribas (1880; p. 39) reconhecem a distinção sistemática como ponto central da teoria geral do direito civil.

Já em meados do século XX se pode citar Miguel Maria de Serpa Lopes que declara o fracasso das tentativas de distinguir os dois ramos. Serpa Lopes adota o critério de justiça para a distinção, colocando o Direito Público na justiça distributiva e o Direito Privado na justiça comutativa (1957; p. 27).

O eterno privatista Pontes de Miranda, por sua vez, compreende que a relação do Direito Público supõe subordinação, ato do Estado legislando sobre

si mesmo. Contudo, quando aquele legisla sobre as pessoas entre si, tratar-se-á do Direito Privado (1987; p. 110).

Orlando Gomes compreende que a divisão entre Direito Privado e Público está na finalidade de cada ramo. Segundo o autor, aquelas relações jurídicas que possuem interesse particular disciplinam-se por disposições legais do Direito Privado. E, em razão disso, "O Direito Civil é o ramo, por excelência, do Direito Privado" (GOMES; 2016; p. 14).

Embora levante as dificuldades de fundamentação para legitimar a dicotomia Direito Público e Privado, Caio Mário da Silva Pereira também opta pela distinção. Afirma que não há de se negar a divergência, sequer concluir pela impossibilidade de se determinar a diferenciação entre o Direito Público e o Privado (2018; p.13). Assim, opta pelo critério de Ruggiero que associa o fator objetivo com o subjetivo.

Público seria o direito que tem por finalidade regular as relações com do Estado com outro Estado, ou deste com seus súditos, procedendo em razão do poder soberano e atuando na tutela do bem coletivo. Enquanto o Direito Privado disciplinaria relações singulares, predominando interesse de ordem particular.[160]

Finda Caio Mário declarando a divisão entre direito público e privado e colocando o direito civil neste último:

> Como as normas jurídicas se distribuem do ponto de vista didático por províncias, a classificação destas no direito público ou no direito privado constitui, por sua vez, outros tantos ramos de um e de outro, respectivamente. Sua atual divisão é a seguinte: pertencem ao direito público o direito constitucional, direito administrativo, direito penal, direito processual civil, direito processual penal, o direito internacional público, o direito internacional privado; compõem o direito privado, o direito civil, o direito comercial, o direito agrário, o direito aeronáutico e o direito do trabalho. (PEREIRA; 2018; p. 15).

Outra doutina tradicional indispensável de citação é a de Washington de Barros Monteiro. Esse, ainda reconhece a dicotomia, contudo, observando a publicização do Direito Privado, principalmente no Direito de Família, o qual, segundo o autor, estaria caminhando para o Direito Público (2016; p. 1920).

Rubens Limongi França, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, manteu-se fiel a distinção dos ramos em suas Instituições de Direito Civil (Cf. FRANÇA; 1988).

Mais recentemente, Sílvio de Salvo Venosa também opta pela divisão, mas deixa cristalino que "[...] não há no direito compartimentos estanques. Essa divisão tem um caráter proeminentemente didático" (2018; p. 26). Contudo, continua o autor afirmando que o Direito Civil é o direito privado por excelência, tendo em vista suas normas que regulam relações particulares.

Rosa Maria e Nelson Nery também flexibilizam a dicotomia, argumentando que não se pode levá-la ao extremo, defendendo que a dicotomia estaque resta superada na atualidade por uma nova ressifignação do Direito Privado, sendo que esse e o Direito Público exigem a colaboração um do outro (2015; p. 420).

Paulo Lobo também reconhece a permanencia da dicotomia, mesmo, atualmente, havendo interlocução entre os ramos. De acordo com o autor "O

[160] Cf. Ruggiero, *Instituições*, I, § 8º, p. 59. Defendendo a superação da dicotomia entre direito público e direito privado, Giorgianni, "O direito privado e suas atuais fronteiras", *Revista dos Tribunais,* vol. 747, p. 35 e ss.

direito civil é direito privado por excelência, podendo ser considerado o estatuto jurídico do cidadão comum" (2017; p. 23). O Direito Civil compreederia as relações jurídicas entre particulares ou entre um particular e o Estado.

Passando para uma doutrina ainda mais contemporânea podemos encontrar o desenvolvimento da problemática da dicotomia.

Maria Celina Bodin de Moraes, por exemplo, é concisa ao defender o abandono da divisão tradicional entre público e privado:

> Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público – direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um "mondo in frammenti", logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário. (1991; p. 5).

Assim, a repartição que sobrevive desde os romanos não teria mais o condão de traduzir a realidade econômica e social. Afinal, cada vez com mais frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado.

Gustavo Tepedino também é um autor que acredita no fim da dicotomia, defendendo que se tornou obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, o direito público e privado (2003; p. 170). Com isso, segue a mesma corrente de Maria Celina Bodin de Moraes, ambos com influência do italiano Pietro Perlingieri.

Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder, a partir de uma metodologia civil-constitucional opõem-se a dicotomia, vez que essa acarretaria rígida separação entre autoridade e liberdade, política e economia. Nesse sentido, lecionam:

> Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade. (2016; p. 12).

Cita-se ainda como expoentes defensores do fim da dicotomia os professores Daniel Sarmento (2005; pp. 244-245) e Teresa Negreiros (1999; p. 337 et seq).

Percebe-se que no período pré-constituinte era praticamente uníssono o entendimento acerca da dicotomia, o que vem dividindo autores após a promulgação da Constituição de 1988.

4. A INSUSTENTABILIDADE DA DICOTOMIA À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A constitucionalização do direito, embora seja uma terminologia relativamente recente, é uma corrente que concede força as teorias que buscam superar a dicotomia público-privado no direito. Sobre o assunto, colhe-se da doutrina do eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

> A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os

> valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. (2016; p. 30).

Dessa forma, haveria incidência das normas em todos os Poderes e entre particulares. Explica-se.

No Legislativo, a constitucionalização limitaria sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração de leis em geral, bem como iria impor determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. No que tange à Administração Pública, de igual forma iria limitar-lhe a discricionariedade e deveres de atuação, mas também poderia fornecer fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário (Idem; Ibidem; p. 31).

Quanto ao Judiciário, a constitucionalização serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado, bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. E, por fim, entre os particulares, estabelece limitações à sua autonomia de vontade, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais (Idem; Ibidem; p. 31).

Pois bem. O Direito Civil, em virtude de ser tratado classicamente como Direito Privado, é o âmbito mais complexo para haver consenso sobre sua constitucionalização. Isso porquê, teoricamente, deveria ser o oposto do Direito Público. Assim, pode-se afirmar que o ramo passou por duas fases até a atual, na qual se discute com força sua constitucionalização.

A 1ª fase deu-se com o início do constitucionalismo moderno, com a Constituição vista como uma Carta Política, enquanto o Direito Civil era um documento jurídico que regia as relações entre os particulares. O papel da Carta Magna ainda era limitado, dependendo muito da atuação do legislador, tendo pouca aplicabilidade prática. Por seu turno, O Código Civil realizava a proteção da propriedade privada e da liberdade de contratar.

Na 2ª fase houve uma superação do modelo napoleônico de liberdade individual, igualdade formal entre sujeitos e aquela qualidade absoluta do direito de propriedade. Com o advento do Estado social no século XX, e a percepção crítica da desigualdade entre os indivíduos, o Direito Civil começou a superar o individualismo. Com efeito, veio à baila discussões sobre a solidariedade social e função social de instituições anteriormente individualistas, tal como a propriedade e o contrato.

Atualmente, discute-se o Direito Civil Constitucional, cuja origem é encontrada em uma europa pós-guerra, período infeliz da história no qual foram promulgadas diversas Constituições, as quais buscaram constantemente elevar os valores da democracia, bem como perseguir a proteção da dignidade da pessoa humana. Todavia, as novas Cartas Magnas demonstraram-se desconexas com as vigentes codificações civis, ainda fixadas em valores individualistas e patrimonialistas. Dessa forma, passou-se a buscar uma

metodologia civil constitucional, principalmente, com Perlingieri[161], jurista italiano.

No Brasil, o marco desta reflexão deu-se com Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, após seus estudos na Scuola di Specializzazione in Diritto Civile da Università di Camerino. E, atualmente, conta com fundamental contribuição também de, por exemplo, Paulo Lobo, Carlos Konder e Anderson Schreiber.

O Direito Civil Constitucional pode ser definido como uma corrente metodológica, a fim de defender uma permanente releitura do Direito Civil à luz da Constituição, não apenas limitando-se ao campo da interpretação, mas reconhecendo que as normas constitucionais de fato podem ser diretamente aplicadas às relações privadas, com o intuito de obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo particular.

Afinal, o Direito é uma ciência social que precisa cada vez mais ser sensível a qualquer modificação da realidade, tendo o homem como referência na sua evolução psicofísica existencial.

Segundo Pietro Perlingieri são três seus fundamentos: a) a natureza normativa da Constituição; b) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo das fontes; c) o desenvolvimento de uma renovada teoria de interpretação e aplicação (2007; p. 21 et seq). Portanto, nega-se aqui a função meramente política da Carta Magna, defende-se a unidade de um ordenamento civil-constitucional, bem como almeja-se uma nova interpretação, isto é, interpretar o Código Civil a partir da Constituição, e não o contrário (LOBO; 2009; p. 36).

Embora nosso Código Civil tenha entrado em vigor após a promulgação da Carta Magna, denota-se seu descompasso (SCHREIBER; KONDER; 2016; p. 14) com a Constituição, tendo em vista ter sido fruto de um projeto à época do duro período da ditadura militar. Exemplo disso é a ausência de disposições sobre uniões homoafetivas.

Pode-se afirmar, então, a imprescindível busca, também nas relações privadas, de uma socidade justa, livre e solidária. Para tanto, faz-se necessário uma despatrimonialização do Direito Civil, afastando este caráter puramente patrimonial tradicional. Nesse sentido, adverte Pietro Perlingieri:

> Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. (2008; p. 34).

Ou seja, como melhor exemplificam Anderson Schreiber e Carlos Konder (2016; p. 16), não se deseja uma expulsão do caráter patrimonial nas relações privadas, mas sim uma nova funcionalização a partir de valores constitucionais.

Em síntese, a metodologia civil-constitucional busca a mudança de direção das relações particulares, fazendo com que essas almejem a máxima realização da solidariedade social e dignidade da pessoa humana, propiciando que situações existenciais prevaleçam sobre as patrimoniais (TEPEDINO et al; 2003; p. 3). O “ter” passa a perder para o “ser”.

---

[161] Pode-se citar diversas obras do jurista italiano traduzidas para português, tais quais: Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional; Peris do Direito Civil e O direito civil na legalidade constitucional.

Visando sua concreta realização, há princípios próprios e meios de interpretação próprios, sendo oportuno discriminar seus principais neste artigo.

Inicialmente, indubitável o reconhecimento de um personalismo e solidarismo constitucional. Deveras possa ter inúmeros significados, aqui se afirma a solidariedade em relação as comunidades intermediárias, dos membros da família em relação à família, dos sócios em relação à sociedade, de uma comunidade em relação à comunidade mais ampla da qual faz parte (PERLINGIERI; 2007; p. 36).

A igual dignidade social também mostra-se imprescindível, isto é, conferir a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, lhe colocando em condições idôneas a exercer a própria aptidão pessoal. Dessa forma, é dever do Estado agir contra situações econômicas, morais e culturais degradantes, as quais possuam o condão de tornar os sujeitos indignos (Idem; Ibidem; p. 37).

Por último, em relação aos princípios, destaca-se o da igualdade constitucional com os institutos do Direito Civil. Esse, poderá incidir sobre a individualização dos conteúdos de claúsulas gerais que contribuem com a definição dos institutos fundamentais do Direito Civil, tal qual a “função social” para a propriedade e posse, de modo a realizar uma equitativa harmonização entre o interesse individual e o geral. Com isso, compreende-se que o Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, vez que é um direto dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado (Idem; Ibidem; p. 55).

No que tange aos métodos de interpretação, irrefragável, no que concerne ao Direito Civil Constitucional, a necessidade de uma interpretação axiológica como superação da interpretação literal. Ou seja, uma superação do *in claris non fit interpretatio.* Isso, em virtude de a norma não estar sozinha, exercendo sua função unida ao ordenamento, sendo que seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence (Idem; Ibidem; p. 72). Como adverte Perlingieri “ [...] a interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, finalizada à atuação dos novos valores constitucionais” (Idem; Ibidem; p. 72).

Frisa-se, ainda, a interpretação a partir de uma legalidade constitucional, sendo que todas as normas devem ser reconduzidas aos valores constitucionais. Com isso, não se quer dizer que os dispositivos do Código Civil tem valor constitucional ou que estão acima desse, mas que devem harmonizar-se e adequar-se à normativa constitucional, sob pena de serem consideradas ilegítimas.

A partir disso, em nada interessa uma dicotomia entre público e privado. Na verdade, o que verdadeiramente importa é a concretização daqueles direitos assegurados constitucionalmente, independente de qual diploma se adota. Ora, proteger o público não importa em desconsiderar o privado, e o contrário também é verdadeiro. Deve haver uma relação de complementariedade e não de colisão entre ambos.

A funcionalização de institutos como a propriedade e os contratos são evidentes atualmente e vem positivada no Código Civil de 2002:

> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observando o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.
> Art. 2035. [...]
> Parágrafo único: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Consoante lição de Paulo Lobo “O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem” (2017; p. 64). Em situações deste jaez deverá prevalecer o interesse social. Com isso, o direito civil não abarca mais aquele interesse puramente burguês e liberal, com aquela autonomia absoluta privada, dessa forma, atentando-se para os efeitos coletivos, em razão da solidariedade constitucional.

A função exclusivamente individual do contrato não mais prospera. Não se contempla somente o interesse das partes, sendo isso incompatível com a tutela explícita da ordem econômica e social, na Constituição Federal. A Medida Provisória nº 881 de 2019 acrescentou a parte final do artigo 421, do Código Civil, devendo ser aguardado a interpretação judicial de sua conciliação com a função social do contrato.

O mesmo ocorre com a propriedade. Como leciona José Afonso da Silva “[...] o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual” (2018; p. 286). Deste modo, além de poder jurídico, a propriedade traz consigo o dever de exercer esse direito consoante finalidades, buscando rendimento econômico e social, bem como privilegiando o direito social à moradia.

Tudo isso pode ser compreendido por intermédio da posse, atendendo o princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando o trabalho e a moradia através de propriedade.

Ainda, pode-se citar a tutela dos direitos da personalidade. Esses são fundamentais e devem ser compreendidos por meio do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Novamente socorrendo-se ao Direito Público para sua concretização. E, na sociedade digital, isso torna-se ainda mais imperioso, ante as diárias colisões entre direitos fundamentais que ocasionam diferentes lesões aos direitos da personalidade, em especial à honra e imagem.

Com efeito, compreende-se que a dicotomia público-privado é puramente uma divisão para fins didáticos, uma vez que não mais se adequa aos interesses complexos da sociedade contemporânea que o Direito atual anseia regular.

Hoje, partindo da premissa da divisão entre os ramos, poderiamos elencar um rol de dispositivos do Direito Civil que estariam no Direito Público, assim como normas que, compreendidas anteriormente como públicas, sobretudo no Direito da Família, sofrem uma privatização. Exemplo disso é o divórcio, pelo qual se concede uma autonomia privada para extinguir o instituto do casamento.

Portanto, é difícil conceber o Direito Civil como público ou privado. O que importa é a proteção de interesses, seja coletivo ou individual, sempre a partir de uma leitura constitucional, buscando a solidariedade entre os sujeitos, isto é, reunir as pessoas nas perspectiva do bem comum, evitando comportamentos que possam lesionar o âmbito jurídico de outrem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito sempre estará sob constante transformação, visto que é por excelência uma ciência que se desloca no ritmo da sociedade, ou seja, se desenvolve junto com as complexidades daquela.

Neste breve artigo foi possível compreender a clássica diferenciação entre as esferas pública e privada, as quais concerem origem para a significação do Direito Público e Privado. Foi também depreendido a atuais dificuldades de

delimitação dos espaços, tendo em vista a nova era digital presente na sociedade contemporânea.

Não obstante, ainda são diversas as transformações de valores que concederam novos caminhos para a construção de valores essenciais no Direito, em especial constitucionalmente. Isso, deu azo para o constitucionalismo do direito, incluindo a corrente, sobretudo italiana, do Direito Civil Constitucional.

Essa, tem como escopo uma metodologia que exige uma permanente leitura do Código Civil consoante a Constituição vigente. A partir disso, há uma irradiação de valores e direitos fundamenais sobre o clássico Direito Privado, não permitindo mais interpretações individualistas e puramente liberais, ante a necessidade de solidariedade.

Dessa forma, são inúmeros os exemplos de publicização no dito Direito Privado, tais quais a função social do contrato e função social da propriedade, bem como a aplicabibilidade dos direitos fundamentais nas relações privados. No entanto, aquilo que era concebido com característica pública no clássico Direito Civil, ou seja, o Direito de Família, sofre privatizações, como ocorreu com a permissão do divórcio.

Assim, compreende-se a insustentabilidade da dicotomia nos dias atuais, sendo, na verdade, desnecessária e importuna, uma vez que interessa ao direito a proteção da pessoa, independemente do campo. Interessa, na atual sociedade, a busca do bem comum, sendo a esfera privada e a pública, complementares e não opostas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007;

BARROS MONTEIRO, Washington de; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 45. ed. São Paulo: 2016;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tadio do direito constitucional no Brasil). In **THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, 2016;

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Zahar, 2007;

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol I, 1991;

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil: todo o direito civil num só volume**. São Paulo: Saraiva, 1988;

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2016;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Forense. 1997;

LOBO, Paulo, Direito Civil, Parte Geral. São Paulo. Saraiva. 2009;

_____ Direito Civil – Parte Geral. 6ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017;

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil português: Introdução, doutrina geral e negócio jurídico**. 2. reimp. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009;

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público/privado frente ao problema da colisão de princípios. In Ricardo Lobo Torres (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999, pp. 337-375;

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015;

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. 10ª ed. Coimbra. Almedina. 1997;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol I. 31ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2018;

PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2007;

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2008;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro. Forense. 1987;

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880;

RUGGIERO*, Instituições*, I, § 8º, p. 59. Defendendo a superação da dicotomia entre direito público e direito privado, Giorgianni, **O direito privado e suas atuais fronteiras**, *Revista dos Tribunais,* vol. 747;

SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. In **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol 22. Rio de Janeiro. Abril/Junho, 2005;

SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson. Uma Agenda para o Direito Civil-Constitucional. In **Revista Brasileira de Direito Civil**. Vol 10. Out/Dez 2016;

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Ċurso de Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41ª edição. São Paulo. Malheiros. 2018;

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Nova apostila à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projetcto do Codigo Civil portuguez**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859;

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. In **Revista Da Faculdade de Direito de Campos**. Ano IV. Nº 4. 2003;
_____; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o direito civil constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC, v. 13, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito**. 6ªed. São Paulo. Atlas. 2018

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIREITO DO GENITOR DE CONVIVER COM A PROLE

Gabriela Manarin[162]
Giliane Lisboa[163]

Resumo: O presente artigo analisa o novo instituto da Responsabilidade Civil: a perda de uma chance. Estuda-se os pressupostos da Responsabilidade Civil e como a esta nova teoria se encaixa no ordenamento jurídico brasileiro e aos poucos é aceita pela doutrina e pela jurisprudência pátria. Após, examina-se a perda de uma chance aplicada ao Direito das Famílias, especificamente na hipótese de um genitor que perde a oportunidade de conviver e estabelecer laços com seu filho devido a suposto ato ilícito da genitora. Por derradeiro, compreende-se que a aplicação da teoria em sede familiar somente pode ser feita em defesa do melhor interesse da criança.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Direito das Famílias. Perda de uma Chance.

INTRODUÇÃO

Ao estudar o Direito como um todo, verifica-se que uma das esferas em que mais ocorreram mudanças significativas foi a do Direito das Famílias. Sobretudo com a chegada da Constituição da República Federativa do Brasil e a consequente constitucionalização do Direito Civil, alterações fáticas foram trazidas para a norma pátria e para decisão dos magistrados. Lado outro, a Responsabilidade Civil também encontrou expansão e novas teorias surgiram com a finalidade de proteger aquele que sofre algum dano decorrente de conduta ilícita.

Dessa maneira, estuda-se a responsabilidade civil como um todo e os pressupostos para a sua caracterização. Ademais, adentra-se no estudo da Perda de Uma Chance, moderna teoria proveniente do Direito francês que começa a ser utilizada pelos tribunais brasileiros e que possui como objetivo a proteção daquele que perde uma oportunidade por ato de terceiro.

Por fim, analisa-se a possibilidade de aplicar a nova teoria ao Direito das Famílias na hipótese de que um genitor perde a chance de conviver com o infante por conduta supostamente ilícita da genitora, compreendendo-se que a aplicação deve ser limitada a hipóteses em que restar caracterizada a ilicitude e sempre atendendo ao melhor interesse do menor.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil traz consigo a ideia de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pela conduta ilícita de um indivíduo que causou prejuízo a outrem. Tal instituto subdivide-se em subjetiva (ou aquiliana) e objetiva. Na primeira, há a necessidade de provar a culpa do agente, já a segunda prescinde da culpa e se satisfaz com o dano e o nexo causal (GONÇALVES, 2014).

[162] Acadêmica da sétima fase do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville; manaringabriela@gmail.com; Rua João Basílio Corrêa, n. 590, João Costa, Joinville, Santa Catarina, CEP: 89230-205 e (47) 99997-7969.
[163] Acadêmica da sétima fase do Curso de Direito da Sociedade Educacional de Santa Catarina, Núcleo de Joinville; giliane.lisboa@gmail.com; Rua Lebon Luis Duvoisin n. 173, Vila Trevo, Garuva, Santa Catarina, CEP: 89248-000 e (47) 99724-9459.

A respeito da responsabilidade civil aquiliana, muito embora não se encontre unanimidade doutrinária, autores como Tartuce (2018) e Gonçalves (2014) lecionam que existem quatro pressupostos para sua caracterização: a conduta (ação ou omissão), a culpa em sentido amplo, o nexo causal e o dano.

O primeiro pressuposto, a conduta, é um comportamento humano voluntário que, para a responsabilidade civil, deve ser carregado ilicitude (VENOSA, 2011), conforme determinado no art. 186 do Código Civil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Realizada a conduta, deve-se analisar se o agente agiu com culpa, elemento essencial para caracterização do dever de indenizar na responsabilidade civil aquiliana.

A culpa *lato sensu* abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*. Assim, se o autor da conduta deliberadamente a procura e viola intencionalmente o dever jurídico, age com *dolo*; nesse caso, a conduta já nasce ilícita. Ao contrário, a culpa *em sentido estrito* é caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência, agindo o agente com falta de diligência e sem qualquer deliberação de violar um dever jurídico (GONÇALVES, 2014). A respeito da culpa em sentido estrito, Tartuce (2018) analisa que esta possui dois elementos: o objetivo, isto é, a violação de um dever que gera o desrespeito a um direito alheio, e o subjetivo, que é ligado à previsibilidade de provocação do dano.

Por conseguinte, estuda-se o nexo causal que, de acordo com a análise de Tartuce (2018, p. 212), é "o elemento imaterial da responsabilidade civil, podendo ser definido como a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado". Já Venosa (2011, p. 56) o conceitua como "o liame que une a conduta do agente ao dano". No estudo da relação de causalidade, a ciência do direito se utiliza de teorias que possam aferir a imputabilidade da conduta ao agente, dentre as quais se destacam: a) a teoria da equivalência das condições: pensamento criticado porquanto estabelece que cada condição para a ocorrência do evento é uma de suas causas, ou seja, enseja a análise de número infinito de condições; b) a teoria da causalidade adequada: é causadora do dano a condição que, por si só, é apta a produzi-lo; e c) a teoria da causalidade direta e imediata: o agente responde somente pelos danos causados direta e imediatamente pela sua conduta (GONÇALVES, 2014).

Além do exposto, para compreensão integral do tema, existe o estudo das concausas e das excludentes de relação de causalidade. Em se tratando de concausas, segundo Tartuce (2018, p. 237), a regra "continua sendo a solidariedade entre todos os envolvidos com o evento danoso em casos de concausalidade dos agentes (coparticipação para o prejuízo)". Quanto às excludentes de causalidade, são elas: a) o fato exclusivo da vítima, ou seja, nesse caso apenas o próprio prejudicado contribuiu para o dano; b) o fato exclusivo de terceiro, que é praticado por pessoa alheia; e, c) o caso fortuito e a força maior, sendo o primeiro "o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Por seu turno, a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, resultante de uma ou outra causa" (TARTUCE, 2018, p. 249).

Em relação ao dano, conceitua-se como toda ofensa que traz subtração de um bem tutelado juridicamente, ou seja, aquele dano que será indenizável por trazer prejuízo à vítima (VENOSA, 2011). Segundo exposto por Tartuce (2018), sem o dano não pode existir a responsabilidade civil, muito embora

doutrinadores contemporâneos estudam acerca de eventual responsabilidade sem dano.

Quanto às espécies de dano, autores como Venosa (2011) e Gonçalves (2014) o dividem em danos patrimoniais (ou materiais) e danos extrapatrimoniais (ou morais). O dano material é aquele que somente afeta o patrimônio do ofendido, sendo este dano emergente e/ou lucro cessante; já o dano moral é o que ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio, mas lhe provocando lesão aos direitos da personalidade (GONÇALVES, 2014).

Além dos tipos supracitados que são considerados como danos clássicos, Tartuce (2018) ainda elenca os novos danos, quais sejam os danos estéticos, os danos morais coletivos, os danos sociais ou difusos e os danos por perda de uma chance. Nessa toada, este último serve como objeto de estudo para o presente artigo, conforme análise aprofundada a seguir.

2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A perda de uma chance, teoria incidente na área civil, teve seu início no direito francês. A originalmente chamada *perte d'une chance* foi criada pela jurisprudência francesa com a finalidade de indicar a perda de uma chance de cura, razão pela qual alguns doutrinadores procuraram limitar sua aplicação apenas para casos de responsabilidade médica (GODIM, 2005).

Explica o iminente Godim (2013, WEB) que:

> Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.

Entretanto, embora seja a posição historicista majoritária, destaca-se o apontamento feito por Furlan (2017, p. 123), que afirma que "não é possível afirmar, com segurança, que se trata de criação da jurisprudência francesa. De qualquer forma, é notório o desenvolvimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance no país". Dessarte, para maior orientação didática, assume-se como marco espacial da teoria no direito francês.

A palavra chance, de acordo com Furlan (2017, p. 124), "traduz a ideia de oportunidade, de probabilidade, de possibilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. É permeada pela incerteza, mas contém a esperança, o desejo da realização de um evento futuro". Já Tartuce (2018, p. 622) entende que "de acordo com a teoria perte d'une chance, de origem francesa, são reparáveis os prejuízos que decorrem da frustração de uma oportunidade, de uma expectativa, de um fato que possivelmente ocorreria, dentro das circunstâncias normais, no futuro".

Nessa esteira, esta teoria busca reparar oportunidades perdidas, no qual existe um grande juízo de probabilidade de se conseguir um resultado ou evitar um dano. É preciso o apontamento feito por Gonçalves (2014, p. 285), segundo o qual a "mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível". É também entendimento de Filho (2010, p. 77):

> Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um

> resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento (grifos nossos).

No que tange à caracterização da chance perdida, menciona-se que esta:

> Deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas. (FILHO, 2010, p. 77).

No caso concreto, a gravidade da oportunidade perdida deveria ser analisada pelo grau de probabilidade de ocorrência da situação. Assim, deve o julgador utilizar-se do princípio da razoabilidade e dos filtros do bom senso e da verossimilhança para descobrir o grau de probabilidade da situação futura ocorrer (BARRETO, 2009). Haure-se da jurisprudência pátria decisão nesse sentido:

> DANOS MORAIS E MATERIAIS - FRUSTRAÇÃO NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - A reparação pecuniária pela perda de uma chance deve ser assentada em prova inequívoca de que o ato ou a omissão do agente inibiu a possibilidade real de obtenção de qualquer tipo de vantagem. Não configurada a perda da chance, descabidas as indenizações reparatórias. (TRT-7 - RO: 00010361120155070009, Relator: EMMANUEL TEOFILO FURTADO, Data de Julgamento: 07/06/2017, Data de Publicação: 08/06/2017) (grifos nossos).

No mais, constata-se que a teoria da perda de uma chance vem sendo utilizada amplamente, sendo admitida em diversos ordenamentos e, no Brasil, aos poucos essa teoria toma lugar na jurisprudência (GONÇALVES, 2014). Nessa toada, encontram-se julgados com relação à perda da chance do autor de concorrer a sorteio por erro do sistema da agência bancária (TRF-2 - AC: 200751030023559), à perda da chance de cura em razão de erro no diagnóstico médico (TJ-DF 20140910200435 DF 0019688-61.2014.8.07.0009), bem como ao candidato que perdeu a chance de participar de concurso público por falha do envio do comprovante de pagamento pelos Correios (TRF-1 - AC: 23570920014013700).

Em consequência, considerando a utilização da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, o próximo passo é discutir a aplicação sua aplicação em sede familiarista.

3. DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIREITO DO GENITOR DE CONVIVER COM O FILHO

Ante o exposto sobre a atual aceitabilidade de aplicação da perda de uma chance, estuda-se a serventia dessa teoria no Direito das Famílias. Nesse contexto, é imprescindível a análise exposta por Farias (2009, p. 7) que se atenta ao fato de que:

> Há de se estabelecer um limite na aplicação da teoria em sede familiarista, consistente em não caracterizar a perda de uma chance eventuais rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de manifestações volitivas das partes. Dar e receber afeto é ato de vontade (...), não se

> podendo falar em frustração de suposta vantagem pela simples retratação do desejo de bem-querer e manter projetos de vida em comum. (...) Em verdade, destarte, as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito de Família. Exatamente por isso, a aplicação das regras da responsabilidade civil, inclusive a teoria da perda de uma chance, na seara familiar depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família (como o dever de afeto) não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Nessa trilha, a eventual negativa de afeto, bem como a prática de um adultério, isoladamente, não são suficientes para gerar danos indenizáveis.

Da mesma forma, o abandono do lar, a recusa de atos sexuais na constância do casamento e o rompimento de noivado, por si só, não podem ensejar a responsabilidade civil e, sobretudo, a utilização da perda de uma chance. Tartuce (2018), seguindo essa linha de raciocínio, apresenta resistência quanto à aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance no direito das famílias. Afirma o autor que, “na maioria das vezes, constituem prejuízos hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro exigem o dano presente e efetivo para que surjam o ilícito indenizante e o correspondente dever de reparar (TARTUCE, 2018, p. 622).

É necessário assinalar ainda que, para que seja possível utilizar a teoria no Direito das Famílias, a oportunidade subtraída:

> seja séria e real, não podendo constituir-se em mera esperança ou expectativa remota. Nesse particular, vale assinalar que a seriedade da chance perdida é questão muito mais atinente ao grau de probabilidade do que, especificamente, à sua natureza, sendo possível afirmar que, genericamente, é séria e real a oportunidade que proporciona à vítima condições concretas e efetivas de obtenção (realização) da situação futura esperada (FARIAS, 2009, p. 10).

E, conforme análise de Sérgio Savi:

> somente será possível indenizar a chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%. Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. (2005, p. 483, apud FARIAS, 2009, p. 11)

Levando em conta o pensamento de Sérgio Savi sobre a necessidade de probabilidade superior a 50%, Tartuce (2018) questiona como será possível aplicar tal parâmetro ao Direito de Família. Isso porque, explica, há inúmeras possibilidades e tudo pode acontecer em se tratando do âmbito familiar. Assim, conclui o autor, “em muitos casos, não há que falar em dano presente e efetivo, ou seja, em um dano reparável. E sem a presença do dano, como já exposto até exaustivamente, não se pode cogitar a presença de um ato ilícito ou do correspondente dever de indenizar” (TARTUCE, 2018, p. 622).

Ante o exposto, deve-se verificar no caso concreto se houve efetiva perda de uma oportunidade, e não mero oportunismo, que pode acabar sendo enquadrada na esfera da “indústria do dano moral”. Segundo essa teoria, que é inclusive utilizada pela jurisprudência pátria, tudo tende a se tornar processo:

> APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CAMINHÃO COLETOR DE LIXO QUE ADENTRA EM RUA PREFERENCIAL SEM O DEVIDO CUIDADO. COLISÃO COM VEÍCULO PARTICULAR. DANOS MATERIAIS CONSTATADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE FEDERADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO VERIFICADA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO DANOSO E A CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO. IMPOSSÍVEL AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AUTOR QUE PROVOU SUFICIENTEMENTE OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO. REQUERIDO QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE DEMONSTRAR QUALQUER FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO ADESIVO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE DANOS MORAIS. REQUERIMENTO IMPROCEDENTE. ALMEJADA INDENIZAÇÃO PELA DÍVIDA ADVINDA DO MÚTUO INCIDENTE SOBRE O VEÍCULO. NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E O SUPOSTO DANO NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS A COMPROVAR QUALQUER ABALO MORAL. APELO QUE, SE PROVIDO, FOMENTARIA A "INDÚSTRIA DO DANO MORAL". NENHUMA LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EVIDENCIADA. "[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87). RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0001121-82.2010.8.24.0062, de São João Batista, rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 20-04-2017) (grifos nossos).

Tal entendimento acorda com o exposto por Venuto (2017), ao afirmar que atualmente ocorre a banalização do dano moral, sendo que fatos normais ou meros dissabores geram indenizações sem fundamento, sendo que muitas das ações são julgadas procedentes sem sequer averiguar-se os pressupostos da responsabilidade civil e do dano moral. O autor termina por concluir que nem todo dissabor ou constrangimento deve ser considerado como dano moral e que este apenas surgirá em situações que abalem a pessoa com intensidade capaz de provocar sofrimento e angústia capazes de abalar a integridade física do indivíduo.

Por outro lado, Farias (2009) defende a possibilidade de aplicação da teoria em sede familiar, como em razão do dano causado pela conduta da genitora por não informar ao pai sobre sua gravidez, bem como sobre o posterior nascimento da criança, hipótese em que frustra-se a convivência paterno-filial.

Afirma Barretto (2012, p. 21):

> O dano causado a um genitor que, desejando criar, conviver, educar e devotar amor a um filho vê-se injustamente impedido de fazê-lo é, além de moralmente abominável, claramente ofensivo a alguns dos importantes valores resguardados pela ordem jurídica. Para um grande- e felizmente, ao que parece cada vez maior -número de homens, a dimensão paterna é uma das mais valiosas da vida, é a que atribue (sic) um sentido sublime a existência e resignifica (sic), por vezes, toda trajetória do indivíduo. Está, pois, intimamente ligada aos sentimentos, a integrididade (sic) psíquica e a dignidade do sujeito.

Segundo Lôbo (2006, p.16), a paternidade é muito mais que o provimento de “alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários; envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência”. De acordo com tal descrição, o direito da criança de conhecer e ter convívio com seu genitor é sem dúvidas caracterizado como um direito da personalidade, tema destacado pelo Código Civil de 2002. Os direitos da personalidade, segundo Oliveira (2013, p. 3) “são direitos subjetivos da pessoa humana capazes de garantir um mínimo necessário e fundamental à uma vida com dignidade.”

Em caso exemplificativo utilizado por Barretto (2009), a situação do genitor privado de conviver com o filho se agravaria ainda mais quando a mãe estabelecesse relações com outro homem, que se tornaria pai socioafetivo da criança. O genitor vê a ex companheira desaparecer com a filha, e o pai socioafetivo estabelecer um processo de adoção da criança. Sobre o tema, Inácio de Carvalho Neto (2001, p. 225-233, apud TARTUCE, 2018), explica que pode ser considerado abuso de direito a mudança abusiva de domicílio do cônjuge que detém a guarda dos filhos menores e que dificulta a convivência do outro genitor.

No caso exposto, a discussão gira em torno da possibilidade perdida pelo genitor de criar laços socioafetivos com a infante, o qual foi inviabilizado pela genitora. Seguindo exemplo idêntico, Hironaka (2007, p. 11) questiona: “De quem [é] a culpa efetiva pela ruptura na relação paterno-filial? Certamente da mãe. Quem são os prejudicados? O pai e a filha, certamente”.

Diante do exposto, torna-se necessário estudar os pressupostos da responsabilidade civil (conduta, culpa, nexo causal e dano) para que seja possível estudar a incidência da perda de uma chance no Direito de Família. Nesse sentido, afirma Farias (2009, p. 10) que “somente quando a vítima experimentar um prejuízo decorrente (causalidade necessária) de um fato culposo praticado por outrem é que se poderá falar em reparação de danos por perda de uma oportunidade.”

Nesse passo, a conduta seria o fato de privar o genitor de possuir relações com a criança. Necessita-se que tal conduta seja ilícita e, segundo entendimento de Barreto (2009, p. 23), os pais que são privados de estabelecer vínculo afetivo e conviver com os filhos, “sofrem um dano injusto, grave e violento. Um dano que não pode quedar ignorado pelo poder judiciário”.

Se levarmos em consideração que o rompimento do vínculo afetivo foi causado pela genitora: poderia esta ser responsabilizada? Qual é, afinal, sua conduta ilícita? A conduta da genitora de mudar-se para outro estado ou país, por exemplo, não poderia por si só causar sua responsabilização por romper o convívio entre pai e filha. Isso porque, possui liberdade de levar a criança para

qualquer lugar que considere necessário para seu bom desenvolvimento, o que é intrinsecamente ligado ao princípio do melhor interesse da criança.

Já garante a Carta Magna em seu art. 227 que:

> é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, inexiste conduta ilícita proveniente de mera mudança de domicílio da genitora que busca prover melhor ambiente para o desenvolvimento da criança.

Além disso, não teria a genitora culpa pelo fato de seu novo companheiro criar laços socioafetivos com a criança, uma vez que o enfoque do ordenamento jurídico atualmente passou da legitimidade (família legítima, biológica) para a afetividade. Explica Lôbo (2006), que a paternidade não mais depende apenas da relação biológica entre pai e filho, podendo a paternidade socioafetiva possuir laços muito mais fortes que os que simplesmente provêm da biologia. Ou seja, qual seria a culpa da genitora ao propiciar que a criança possua laços com alguém que não é seu genitor?

Dessa maneira, se inexiste dolo ou culpa da genitora que provoque uma conduta ilícita, não há que se falar em dano e no consequente dever de indenizar. É claro que, em casos extraordinários, pode haver conduta ilícita por parte da genitora exclusivamente visando causar dano ao genitor, porém tais casos devem ser analisados com cuidado pelo intérprete com base nos princípios do ordenamento jurídico e devem ser devidamente comprovados no caso concreto. Havendo efetivo ato ilícito que cause real dano ao genitor é que se pode discutir o dever de indenizar. Contudo, deve-se perguntar se a efetiva indenização irá mudar positivamente a situação, isto é, se o dever de indenizar da genitora não fará com que o pai se afaste ainda mais da criança.

Nesse sentido, acertada é a conclusão de Hironaka (2007), ao afirmar que é necessário estabelecer limites em sede de suposto abandono afetivo, para que não se instaure uma indústria indenizatória do afeto. Ou seja, na fixação de indenização, deve-se ter cautela para que não conquistar o efeito inverso: uma barreira ainda maior para que o pai estabeleça relação de afeto com o filho.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, como é cediço, centralizou a dignidade da pessoa humana, tornando a tutela estatal ainda mais forte na preservação dos princípios. Já o Código Civil de 2002, diferentemente do revogado Código de 1916, trouxe tutela ao indivíduo e não somente o patrimônio e, como reflexo, previu a possibilidade de indenização por danos morais, o que constituiu grande inovação na esfera cível. Nesta esteira, emergem diversas teorias respaldadas na responsabilidade civil com o intuito de demonstrar que a esfera individual e moral do sujeito podem ser afetadas de diversas maneiras.

A teoria da perda de uma chance, conforme se analisou, vem aos poucos ganhando espaço na jurisprudência brasileira. Em razão disso, se buscou analisar se seria aplicável a teoria da perda de uma chance no Direito das Famílias, especificamente na hipótese do pai que perde convívio com a prole em razão de não ter conhecimento acerca da concepção e do nascimento.

Em primeira análise, constatou-se que a chance há de ser futura: evento que deixou de ocorrer e gerou dano. No caso apreciado, o dano estaria configurado por não possibilitar a convivência com o filho, ou seja, o dano surgiria por evento passado, não se trata de evento futuro, mas de fato já concretizado. Assim sendo, pode-se questionar a existência de responsabilização, contudo, não se utilizando da teoria da perda de uma chance. Por exemplo, o pai poderia ingressar com ação ordinária de compensação por danos morais em face da genitora.

De todo modo, reconhece-se a grande importância da teoria da perda de uma chance em razão do desenvolvimento que causou na responsabilidade civil e, por derradeiro, destaca-se que pelo princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, todo caso poderá ser apreciado pela Justiça e os operadores do direito deverão deixar-se guiar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a fim de analisar a existência de dano e fixar eventual indenização cabível.

Nota-se que, no caso em tela, não se constatou ilicitude na conduta da genitora. Logo, se não há violação a um bem jurídico, inexiste dano e o consequente dever de indenizar. Além disso, para a extraordinária aplicação da teoria no caso estudado, o intérprete deve possuir cautela para não produzir o efeito inverso: uma barreira ainda maior para que o pai estabeleça relação afetiva com o filho. Conclui-se, portanto, que a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso em que o genitor é privado de estabelecer laços com sua prole deve ser evitada pelo magistrado uma vez que, observando-se os princípios que dão base ao ordenamento jurídico, em especial o melhor interesse do menor, a indenização não pode servir para afastar ainda mais o genitor da prole.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais**: investigando possibilidades. **Unifacs**, Salvador, n. 140, p.1-24, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1935>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0001121-82.2010.8.24.0062**. Município de São João Batista. Cleverton Correia Leal. Relator: Desembargadora Vera Copetti. Florianópolis, SC, 20 de abril de 2017. Dje. Florianópolis, 26 abr. 2017.

BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. **Portal de E-governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento**,

abr. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil-0>. Acesso em: 15 fev. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada no direito de família: utilizar com moderação.** *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 7, dez-jan. 2009. Disponível em: <http://www.augustopassamanibufulin.com.br/site/_arquivos/9504df54cc7d3a4db87d6f8fe2496e71_Perda%20de%20uma%20chance%20-%20Cris%20-%20Grupo%20de%20Estudo.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2010.

FURLAN, Alessandra Cristina. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.** Vol. 10/2017. Revista dos Tribunais. Acesso em: 07 fev. 2019 < http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/259>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. **Revista Cej,** Brasília, v. 10, n. 34, p.15-21, 2006. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/723/903>. Acesso em: 16 fev. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **DIREITOS DA PERSONALIDADE, BIOÉTICA E BIODIREITO:** Uma breve introdução. Direitos Emergentes na Sociedade Global, Santa Maria, v. 2, n. 1, p.1-28, jan. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/REDESG/article/view/8750#.WEyZe7IrLIU>. Acesso em: 07 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENUTO, Andrey Jabour. **A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DANO MORAL**. Revista Vianna Sapiens, v. 1, n. 1, p. 26, 2017. Disponível em: <http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/12>. Acesso em: 18 fev. 2019.

A PRECARIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA: UMA PERSPECTIVA BIOPSICOSSOCIAL

Gustavo Lehmkuhl Goedert[164]
Anna Lethícia dos Santos[165]

Resumo: Objetiva-se neste artigo científico demonstrar a importância da perícia médica no procedimento de concessão dos benefícios por incapacidade, analisar o modo pericial atualmente adotado na previdência social e apresentar as perspectivas da perícia biopsicossocial como método mais efetivo à tutela da proteção social. O tema é desenvolvido por meio da exposição de conceitos, informações da aplicação do atual modelo pericial e explanação acerca das visões de diferentes autores a fim de tornar regra a perícia biopsicossocial. A importância do tema fundamenta-se da necessidade de avaliar corretamente as agruras dos trabalhadores, aplicando-se o direito como ferramenta a promover justiça. A metodologia adotada é qualitativa, do tipo bibliográfico. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Conclui-se que as perspectivas apresentadas são as mais adequadas para diminuir as injustiças sociais.

Palavras-Chave: Proteção Social. Benefício por Incapacidade. Perícia Biopsicossocial.

INTRODUÇÃO

A perícia médica previdenciária vem sendo banalizada com maior expressão nos últimos anos, haja vista a suposta insustentabilidade da previdência social no Brasil. Os benefícios por incapacidade estão sendo revisados através de uma meta governamental para redução de custos, almejando que o sistema previdenciário brasileiro retome o *status* de autossuficiente.

Os meios utilizados para se chegar a esta meta governamental devem ser analisados com cautela, uma vez que se tem buscado reavaliar a incapacidade laboral dos segurados em um curto espaço de tempo, fornecendo incentivos aos médicos peritos do INSS por perícia 'a mais' que seja realizada.

Em meio ao objetivo firmado pelo governo brasileiro de diminuir custos com a previdência social e a benesse oferecida aos peritos da autarquia federal, encontra-se a perícia médica previdenciária, instrumento de avaliação necessário para a verificação da incapacidade laboral dos segurados, a fim de concretizar o direito pleiteado pelos contribuintes.

De acordo com a visão de Grafulha Junior e Costa (2016, p. 65) "a correta perícia não seria aquela praticada em 'linha de montagem', onde a cada cinco ou dez minutos um laudo é forjado pelos dedos através de um teclado de computador".

Devido à magnitude que possui a avaliação médico pericial, tanto na via administrativa como judicial, torna-se imprescindível que sua realização seja amplamente analisada por profissionais habilitados para proferir respostas satisfatórias aos segurados, seja para conceder os benefícios ou para indeferi-los. Independentemente do resultado pericial, ter a ciência de que o segurado/paciente foi submetido a perícia completa, justa e sobretudo digna é fundamental para a proteção social, pois se passa a ter certeza da qualidade com a qual foi realizada.

Relevante destacar que a discussão se concentra na análise dos procedimentos médicos periciais para fins de concessão de benefício por incapacidade. Busca-se

[164] Acadêmico de Direito da Universidade da Região de Joinville, UNIVILLE, Brasil. Endereço: Rua Nadir Oliveira nº 50, Bairro Jardim Sofia, cidade de Joinville – SC. Endereço eletrônico: gu.goedertt@gmail.com. Telefone para contato (47) 99911-8709

[165] Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil. Especialização em DIREITO PREVIDENCIÁRIO e Processo Administrativo Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil. Atualmente é servidora pública do INSS, Brasil, ocupando cargo de gerente da agência de demandas judiciais e Professora pela Universidade da Região de Joinville, UNIVILLE, Brasil. Informações disponíveis em http://lattes.cnpq.br/4639219908152382.

esclarecer a essência das avaliações, as quais os segurados são submetidos quando do requerimento dos benefícios por incapacidade, de modo a promover a qualidade das perícias médicas. Apresenta-se então a perspectiva biopsicossocial da perícia médica previdenciária, “aquela que deve, necessariamente, analisar os aspectos clínicos e sintomatológicos das patologias apresentadas em interação com o meio ambiente e os aspectos sociais envolvidos” (BERWANGER; CARVALHO, 2018, p. 25).

Desta forma, almeja-se contribuir para que as conclusões periciais tenham maior prestígio e seriedade, demonstrando que os segurados foram devidamente submetidos a avaliação adequada, diminuindo a ocorrência de erros nas análises, abrangendo todo o cotidiano dos segurados e com isso seja alcançada a efetiva Proteção Social.

1. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

1.1 Proteção Social

A Proteção Social é uma preocupação antiga, tem suas origens no assistencialismo, posteriormente adveio o mutualismo, onde pequenos grupos contribuíam financeiramente em prol de proteção futura no caso de passarem por dificuldades pecuniárias (TSUTIYA, 2013).

De acordo com Leitão e Meirinho (2015), o precursor da primeira legislação de cunho social foi a Inglaterra em 1601 com a criação da *Poor Relief Act* (Lei dos Pobres). Após a revolução industrial, surge a figura do intervencionismo estatal no que diz respeito à proteção dos trabalhadores. Como precursora da legislação com teor securitário e previdenciário no mundo, pode-se utilizar a Alemanha a título de exemplo, visto que através do Chanceler Otto Von Bismarck foi promovido o ‘seguro-doença’ (TSUTIYA, 2013). A partir da inovação jurídica alemã, vários dispositivos de cunho protetivos, assegurando benefícios aos trabalhadores, foram desencadeados por toda a Europa, América e Ásia sucessivamente, até ser globalizado.

No Brasil, foi a edição do Decreto-Lei nº 4.682/1923, mais conhecido como a Lei Eloy Chaves, o qual criou uma espécie de seguro social mediante ‘Caixas de Aposentadorias e Pensões’ para um grupo obreiros ferroviários (LEITÃO; MEIRINHO, 2015). Salienta-se que “o sistema de proteção foi instituído para minorar as agruras dos menos favorecidos diante das crises econômicas” (TSUTIYA, 2013, p. 38).

Em 1988, com a criação da Constituição Cidadã, o constituinte amplia o significado da Seguridade Social, e, o que antes era visto apenas como sinônimo de Previdência Social, passou a ser considerado um sistema de caráter tridimensional, integrando, além da Previdência, a Saúde e a Assistência Social (LEITÃO; MEIRINHO, 2015).

Observa-se dos dispositivos constitucionais, sobretudo nos artigos 6º e 7º, a reiterada preocupação do legislador em amparar os trabalhadores no tocante aos infortúnios da vida, lhes garantindo saúde, educação, salário digno, previdência, (...). Com isso, Tsutiya (2013) afirma que, em consonância ao disposto na CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana possui o condão de propiciar aos cidadãos vida digna, salários e aposentadorias adequados em face dos riscos sociais a que estão expostos. Para Feijó Coimbra (*apud* Tsutiya, 2013, p. 248) “risco é evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado”. Ou ainda, “risco social é perigo que ameaça o indivíduo e se transfere para a sociedade atingindo toda a coletividade, fazendo surgir a necessidade social” (ASSIS *apud* TSUTIYA, 2013, p. 248).

A partir dessa ideia de riscos sociais é que se apresenta a figura da proteção social, idealizada por meio da previdência social, como pode-se observar no art. 201 da CF/88:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

> I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; [...]

Ressalta-se a atenção do legislador diretamente ligada a cobertura por infortúnios que todos estão expostos no decorrer da vida. Situação em que o Estado garante ao segurado a percepção de renda cujo valor não seja inferior ao salário mínimo (SM) vigente no país.

Compreende-se assim, tamanha a importância que a seguridade social possui na vida dos cidadãos, pois garante a todos o direito à cobertura pelas contingências sociais sofridas, mediante contraprestação financeira. Deste modo, a justiça e o bem-estar sociais, deveres previstos pela constituição, são plenamente cumpridas pelo Estado (LEITÃO; MEIRINHO, 2015). Nesse mesmo diapasão, os autores, Kertzman e Martinez (2014, p. 9) exploram de forma eficaz o assunto ao relatar que "a 'seguridade social' é, portanto, e em última análise, a manifestação institucional de um seguro que a própria sociedade brasileira, tendo como base o primado do trabalho e com vistas ao bem-estar e à justiça sociais, construiu para si mesma".

Para Costa (2018, p. 76), dos benefícios por incapacidade, o auxílio-doença " talvez seja um dos mais importantes sob o ponto de vista da Proteção Social justamente porque busca resguardar os direitos do trabalhador quando este não pode mais contar com sua força de trabalho".

A legislação vigente no país, que trata dos benefícios da previdência social é a de nº 8.213/1991, mais conhecida como Lei de Benefícios, pois nela constam os benefícios pleiteáveis em sede de RGPS (Regime Geral de Previdência Social). A referida lei traz em seu texto a visão protetiva aos cidadãos, assegurando-lhes direitos sociais em razão de possíveis infortúnios ao longo da vida laboral.

1.2 Conceito de Incapacidade Laboral

No que se refere ao conceito de incapacidade laboral, importa-se frisar que jamais deva ser confundido com a mera presença da patologia. Talvez a nomenclatura empregada para certos benefícios não seja a mais adequada, induzindo, ainda que não propositalmente, os segurados a erro, pois leva-se a crer que, para a concessão do benefício de auxílio-doença, bastaria a comprovação da doença, quando na verdade o fato gerador é a incapacidade laboral. Atinente a esta questão, o autor Tsutiya (2013, p. 287) destaca que o correto seria a utilização da expressão "auxílio por incapacidade temporária".

A incapacidade laboral, segundo Savaris (2018, p. 9), refere-se a "eventos imprevisíveis, indesejados, com potencialidade de subtrair do trabalhador a possibilidade de prover o seu próprio sustento por razões alheias à sua vontade". Neste sentido, os autores Miziara, Miziara e Mesquita (2016, p. 28), explicam que o fundamental é que se realize uma "relação entre as manifestações da doença e as atividades laborais desempenhadas pelo trabalhador". Este mesmo pensamento é corroborado por Costa (2018), que vai além, explana que, sozinhos, os peritos são incapazes – com o perdão do trocadilho – de analisar a incapacidade laboral sob o ponto de vista destes aspectos mais complexos, face a interdisciplinaridade que se exige.

O Ministério da Saúde (2005), por sua vez, com objetivo de padronizar a real interpretação da lei, editou manual de perícia médica para avaliação dos servidores públicos regidos pela lei 8.112/90, com intuito de verificar a incapacidade laboral. Segundo o órgão (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 7) "Considera-se incapacidade laborativa a impossibilidade de desempenho de atividades específicas de cargos ou empregos, decorrentes de alterações patológicas conseqüentes de doenças ou acidentes".

O INSS (2018, *web*), de modo similar, elaborou Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária. Nele, estabeleceu-se algumas informações indispensáveis para se constatar a incapacidade laboral e qual o benefício a ser empregado no quadro clínico avaliado, dividindo-se a análise da incapacidade quanto ao grau (se parcial ou

total), duração (se temporária ou definitiva) e à profissão desempenhada (se uni, multi ou omniprofissional). Lembra-se que na avaliação pericial, o médico perito há de atentar-se a outros critérios implícitos, que devam ser levados em consideração, tais como o risco que a moléstia incapacitante promove no segurado e para com terceiros, e além disso, se haverá agravamento do quadro se o trabalhador continuar a exercer o cargo habitual.

Entre os benefícios assegurados pela lei 8.213/91, encontram-se os decorrentes da incapacidade laboral, que são assim denominados: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente.

1.3 Espécies de Benefícios por Incapacidade

O intuito da concessão do benefício por incapacidade é promover a contraprestação ao segurado que, incapacitado para o trabalho, não possui condições de auferir renda. Dentre as espécies dos benefícios por incapacidade, cada uma é destinada em razão do quadro clínico apresentado no momento da análise pericial. Se a incapacidade for temporária o benefício correto é o auxílio-doença, se o caso for de incapacidade definitiva e total, cabe aposentadoria por invalidez, caso tenha sequela permanente é previsto o auxílio-acidente como forma de indenização pela afetação direta na vida laboral do obreiro, afinal haverá redução da sua capacidade por toda a vida (LAZZARI; CASTRO, 2016).

O auxílio-doença é previsto aos trabalhadores que, em situação enferma, não possuem condições para laborar, estando afastado da sua atividade profissional habitual por tempo superior a 15 dias (LAZZARI; CASTRO, 2016). Para que se tenha a concessão deste benefício por incapacidade precisa ser demonstrada à autarquia federal que o segurado preenche os requisitos previstos em lei. São eles: a carência de 12 meses (artigo 25 da lei 8.213/91); a qualidade de segurado (artigo 27-A da lei 8.213/91) e; a incapacidade laboral. Esta última, deverá ser avaliada por médico perito do INSS como apontado a atribuição no artigo 2º da lei 10.876 de 2004.

Aos segurados submetidos à análise médica administrativa para obtenção da contraprestação do benefício por incapacidade, são garantidos a avaliação por médico perito, o qual informará se a capacidade laboral está ou não presente no quadro clínico do periciado, cabendo indicar qual o benefício a ser concedido no caso concreto (KERTZMAN; MARTINEZ, 2014). No parecer, cabe ao perito, fixar a DID (data do início da doença), DII (data do início da incapacidade) e provável DCB (data de cessação do benefício) ou reavaliação pericial, mediante convicção própria, motivada através de documentos médicos como exames, atestados, receituários, prontuários e da própria perícia realizada na agência da previdência social (INSS, 2018, *web*).

Quanto a DCB, se tem a chamada ‘alta programada’, recentemente inserida no texto da lei de benefícios, a qual estipula uma data limite para cessar o gozo do benefício, seja com base em documentos médicos trazidos no ato pericial, seja pela convicção própria de um prognóstico. Quando omisso, a lei estipula o prazo de 120 dias, garantindo ao beneficiário o direito de requerer a prorrogação do benefício (LAZZARI; CASTRO, 2016). Sobre o assunto, Costa (2018, p. 76) relata sua indignação ao expressar que “o surrealismo deste instituto salta aos olhos”. Não se tem como determinar uma data certa para cessar a incapacidade laboral do segurado, o correto seria marcar uma data para reavaliação do estado incapacitante, com objetivo de analisar se permanecem presentes os aspectos que ensejaram o afastamento inicial.

Em se tratando do pleito da concessão da aposentadoria por invalidez, a lei de benefícios da previdência social dispõe que far-se-á necessário a comprovação, pelo segurado, da qualidade de segurado, carência e incapacidade laboral total e permanente para toda e qualquer atividade profissional, de modo que não seja possível a inserção do requerente ao programa de reabilitação profissional.

Após a concessão dos benefícios por incapacidade, estes poderão ser revistos e os beneficiários chamados a comparecer em uma APS para reavaliação pericial a qualquer tempo, a fim de que sejam ratificadas as decisões administrativas e para que

sejam averiguadas mudanças clínicas no quadro que induzem melhora, piora ou até a impossibilidade de trabalho, acarretando nas cessações, prorrogações e até conversões dos benefícios (INSS, 2018, *web*).

No que tange o auxílio-acidente (TSUTIYA, 2013), o tratamento é um pouco diferenciado. Trata-se de benefício pago pela previdência social, cujo caráter é indenizatório, como introduzido no *caput* do próprio artigo 86 da lei 8.213/91, e não social como os demais benefícios de contraprestação do instituto. Logo, a análise para sua concessão é realizada de modo diverso, verifica-se apenas a qualidade de segurado e a presença de sequela que diminua a capacidade laboral do segurado, independente de carência. Quanto a avaliação da sequela, de acordo com a lei 8.213/91, deve ser considerada pelo perito médico do INSS não só sua existência, mas também se ela é de cunho permanente e o grau de redução da capacidade laboral. Caso seja deferido este benefício ao segurado requerente, ele passará a perceber mensalmente 50% do salário de benefício, o qual será somado com o salário vigente. Destaca-se que aqui não se trata de substituição de renda pela incapacidade laboral como ocorre nos outros dois benefícios, mas sim de reparação em decorrência da diminuição da capacidade laboral (sequela).

2. PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA

De acordo com Moraes (2016, p. 48) “a Perícia Médica é um ato médico e como tal deve ser realizada respeitando-se os conceitos comuns à prática clínica, sendo balizada pela semiologia e seus instrumentos como a anamnese, exame físico e exames complementares”.

O meio de avaliar as condições da saúde dos trabalhadores para fins de gozo dos benefícios por incapacidade é a perícia médica previdenciária, procedimento realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS, 2018, *web*).

Para Opitz Neto e Opitz Junior (2018), a perícia médica é instrumento à disposição do Direito, cuja função mister é levar a leigos o entendimento de especialista da forma mais esclarecedora possível. Como sabiamente aludido por Barbosa e Schmidt (2016), através da atuação médica pericial chegar-se-á ao bem-estar social e objetivar-se-á a proteção social.

2.1 Procedimento Administrativo de Avaliação Médico-Pericial

O procedimento administrativo para a concessão dos benefícios por incapacidade é realizado perante autarquia previdenciária INSS, cabendo ao instituto, por meio de seus servidores, analisar se os segurados preenchem os requisitos para concessão. Para dar início ao procedimento administrativo de avaliação pericial, o segurado que se achar incapacitado para o trabalho, deverá agendar atendimento em uma das agências da previdência social.

A comprovação da incapacidade laboral é realizada mediante avaliação médica por perito do INSS. No caso dos empregados, os 15 primeiros dias são pagos ou abonados pela empresa, o período posterior que ficar afastado será de responsabilidade do INSS (LAZZARI; CASTRO, 2016).

Após considerar o estado em que o periciado se encontra e apreciar os documentos médicos trazidos, o perito médico ficará encarregado de fornecer uma resposta ao segurado em tempo razoável, expondo a história clínica, o resumo dos fatos narrados pelo requerente e sua conclusão devidamente motivada (INSS, 2018, *web*).

Na avaliação pericial a comunicação entre os atores é primordial, Miziara, Miziara e Mesquita (2016, p. 29), revelam que cabe ao perito “dar oportunidade para o examinando descrever com detalhes os sintomas que motivaram a solicitação da perícia e, somente interferir quando necessário”. Os autores ainda indicam que, diferentemente do exame médico (cujas informações dos pacientes podem ser reduzidas), quando o assunto é perícia médica, há a essencialidade de se colher o maior número de informações possíveis dos periciandos, cabendo ao perito o poder de síntese e reduzir

a termo a história cronologicamente mais compreensível daquilo que os segurados estão passando, além de corroborar com aspectos laborais, sociais, pessoais. A pretensão do segurado somente será satisfeita se constatado o vínculo com a seguradora (INSS) e se reconhecida a repercussão da patologia na condição de trabalho (BRANDÃO; SCHELLINI, 2016).

De acordo com o manual de perícias médicas do INSS, “Os dados obtidos no exame médico pericial devem ser registrados no Laudo Médico Pericial – LMP, que é a peça médico legal básica do processo, quanto à sua parte técnica” (INSS, 2018, p. 33).

Tangente à conclusão pericial, espera-se que o perito seja preciso ao indicar se há ou não incapacidade laboral, se porventura o segurado estiver incapacitado, que seja elucidado se é de forma temporária ou definitiva e, ainda, se há possibilidade de reabilitação profissional.

A perícia realizada no INSS é sob o ponto de vista biomédico. Neste modelo de avaliação, os peritos não analisam as condições sociais ou quaisquer outros fatores senão o epidemiológico. Este método considera-se restrito, pois se observa apenas qual doença acomete o segurado e a eventual limitação do trabalhador para o serviço, resultando-se então a pareceres superficiais (ISQUIERDO, 2018).

Segundo Brandão e Schellini (2016), a responsabilidade do médico perito é grande e, portanto, precisa de cautela pois a afetação que suas decisões têm sobre a vida dos trabalhadores e, inclusive do empregador, é imensurável.

2.2 A Insatisfação do Modelo Biomédico como Método Pericial Atualmente Aplicado

A análise da incapacidade laboral vem sendo banalizada pelos mais diversos fatores: baixo número de servidores, segurados desempregados que procuram uma forma de auferir renda, peritos despreparados, muitas vezes com pré-disposição a indeferir o benefício sem analisar o caso concreto, carência de políticas públicas, crise política nacional, todos sintomas que proporcionam o cenário da negligência, imperícia e imprudência nas relações periciais, sem mencionar a corrupção fervente em todas as ramificações da administração pública.

Constata-se tristemente que a relação entre os peritos e periciandos encontra-se flagrantemente deturpada, com desconfiança de ambos os lados. A medida em que os médicos detêm o ‘pré-conceito’ de que os segurados estejam forjando seus sintomas, os segurados vislumbram estes profissionais como seu algoz (COSTA, 2018).

Diante do cenário imposto, o Presidente da República em exercício na época, Michel Temer, como chefe do poder executivo e atribuído de competências inerentes ao cargo promovido pela constituição federal de 1988, com fulcro no artigo 62, editou a medida provisória (MP) 739, cujo teor instituiu o programa de revisão dos benefícios previdenciários por incapacidade, compensando monetariamente aqueles peritos que efetuassem perícias ‘a mais’, tentando desta maneira, desafogar as agências da Previdência Social.

Porém, como previsto constitucionalmente, a MP enquanto não votada pelo Congresso Nacional, poderá permanecer vigente por até 120 dias. Desta forma, passado a vigência sem apreciação pelo poder legislativo e, respeitando a vedação constitucional prevista no §10 do artigo 62 da CF/88, de reedição da medida na mesma sessão legislativa, o Presidente adotou nova medida provisória, esta de nº 767, em sessão imediatamente posterior, mantendo-se o teor da anterior, porém, desta vez convertida em lei nº 13.457/2017.

De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), e noticiado pelo próprio *site* do INSS (BRASIL, 2018, *web*) “no Brasil, até 31 de janeiro de 2018, foram realizadas 252.494 perícias com 201.674 benefícios cancelados. A ausência de convocados levou ao cancelamento de outros 26.701 benefícios. A economia até agora é de R$ 5,8 bilhões”. Observa-se que todas estas medidas de iniciativa do governo, apenas fortalece a argumentação de que o modelo de avaliação já não funciona mais. Segundo Costa (2018, p.15) é “uma política pública *in dubio contra misero*”, pois basta

consultar o resultado da decisão presidencial que verificar-se-á o altíssimo índice de benefícios cessados: 84% dos revisados.

No seio destas análises de revisão é que se tornou ainda mais precária a avaliação da incapacidade laboral, pois benefícios que estavam ativos por muitos anos foram cessados da noite para o dia, colocando no mercado de trabalho mão-de-obra inoperante, isto é, toda a *expertise* das profissões antes desenvolvidas está desatualizada face o avanço tecnológico, o aumento da concorrência, a automação do mercado de trabalho. Acrescenta-se ainda a isto, o alto índice de desemprego e preferência de contratação aos jovens, todas circunstâncias que dificultam o beneficiário a retornar ao mercado de trabalho. Para Costa e Isquierdo (2017, p. 18-19), há claro "objetivo, nada velado, de revisar a qualquer tempo (quiçá, a qualquer custo), os benefícios por incapacidade [...]. A começar pelos benefícios mais antigos".

Salienta-se que o modelo biomédico atualmente adotado é aquele sob a perspectiva limitada de identificar a patologia no quadro clínico do segurado e verificar se há implicação no trabalho desenvolvido. Ocorre que esse procedimento muitas vezes é realizado em curto espaço de tempo não contemplando todos os aspectos clínicos da vida laboral do trabalhador. Neste sentido, Opitz Neto e Opitz Júnior (2018) relatam que o modelo pericial adotado faliu, e corrobora ao evidenciar o grande número de corte dos benefícios, principalmente após as revisões deturpadas pelas MP's 739 e 767, seja pelo recebimento indevido dos benefícios ou pela improcedência dos pedidos daqueles cidadãos visivelmente inaptos para o trabalho.

Destaca-se que o programa de revisões dos benefícios com indícios de irregularidade ainda não cessara. Com o advento da MP 871, editada em 18/01/2019 e sua conversão em lei nº 13.846/19, o programa está longe de ter fim, como assevera-se do artigo 1º, inciso II, §3º "O Programa de Revisão durará até 31 de dezembro de 2020 e poderá ser prorrogado até 31 de dezembro de 2022 por ato fundamentado do Ministro de Estado da Economia".

Indubitável que as medidas impostas visam uma economia a qualquer custo, tornando os cidadãos vítimas da má gestão da administração pública. Evidente que o objetivo inicial de proteção social aos trabalhadores por contingências da vida laboral não está mais sendo lograda. Acerca do tema, Costa (2018, p. 35) traz a reflexão "se alguma vez esse sistema realmente cumpriu com a finalidade a qual foi incumbido".

De qualquer modo, o fato é que se vive num "sistema que está calcado em um modelo que não contempla os anseios da sociedade e o conhecimento médico atual. " (OPITZ NETO; OPITZ JÚNIOR, 2018, p. 28). Este mesmo posicionamento é tomado por Costa (2018, p. 13) ao introduzir que:

> Parece consenso que o *modus operandi* do sistema pericial realizado no âmbito da Previdência Social, especialmente no que respeita à concessão dos benefícios por incapacidade, está desde muito fracassado. Não dá conta de uma realidade altamente complexa e mutante [...].

Da mesma forma corroboram Berwanger e Carvalho (2018, p. 25) quando aduzem que "o modelo de perícia médica vigente não atinge sua real finalidade, qual seja, a constatação fundamentada da capacidade ou incapacidade laboral dos trabalhadores e segurados que buscam proteção social". Portanto, é clarividente a premência pela mudança de avaliação da incapacidade por outro método de perícia médica, além do anseio pela criação de políticas públicas, para que a análise seja mais coerente com a realidade de cada segurado.

3. A PERSPECTIVA DA PERÍCIA BIOPSICOSSOCIAL

Ao tempo em que as análises biomédicas empregadas pelo INSS para avaliar as condições de incapacidade tornaram-se insuficientes, apresenta-se a perícia

biopsicossocial como perspectiva em potencial para transmitir o real cenário clínico médico e suas correlações laborais na vida dos segurados.

3.1 Conceito de Perícia Biopsicossocial

Para clarificar a compreensão sobre o termo 'Biopsicossocial', Costa (*apud* BERWANGER; CARVALHO, 2018, p. 23) conceitua brevemente explanando que:

> [...] é aquela que deve, necessariamente, analisar os aspectos clínicos e sintomatológicos das patologias apresentadas em interação com o meio ambiente e os aspectos sociais envolvidos, como: escolaridade do periciando, idade, possibilidade de reinserção no mercado de trabalho, atividade habitual exercida, experiências profissionais anteriores, condições de saúde, atitudes sociais e outros.

De acordo com (SOTTILI, 2016, p. 28) apesar da avaliação médica ser tão importante quanto a biopsicossocial, há uma diferença que precisa ser destacada, pois, na medida em que a primeira "analisa os fatores ligados as consequências da doença para o paciente, a avaliação biopsicossocial analisará os fatores que interferem na vida deste paciente e que possam ou não dificultar ainda mais a sua condição".

Não se pode mais acreditar que a avaliação de somente um profissional, ou melhor, que a avaliação de uma única perspectiva, seja mais eficiente que a análise conjunta de diferentes óticas, especialidades. Os trabalhadores vivem atualmente à mercê de pareceres pericias, sejam administrativos ou judiciais, em busca dos seus direitos. Porém, devido à dificuldade na comprovação da incapacidade laboral, principalmente pelo modelo de avaliação adotado, muitos necessitam retornar ao trabalho, submetendo-se aos riscos sociais que se buscou proteger ao longo dos anos (BERWANGER; CARVALHO, 2018).

Do mesmo ponto de vista acima, Mauss e Gorgen (2018, p. 43-44) esclarecem que a respeito da avaliação biopsicossocial, é insuficiente que uma única pessoa seja capaz de suprir todos os elementos da perícia complexa. A ideia dos autores é que a análise de incapacidade laboral "deve ser realizada por uma junta de profissionais com formação interdisciplinar, notadamente com formação em terapia ocupacional, serviço social, psicologia, ergonomia, fisioterapia, entre outros". Idealiza-se não só a constatação da incapacidade, mas eventualmente identificar e demonstrar como a falta da capacidade técnica, social ou familiar implica no exercício laboral, tendo tanto direito quanto àqueles visivelmente incapazes.

3.2 As Perspectivas do Modelo Biopsicossocial

Diante da constante ineficácia da perícia biomédica adotada pelo sistema previdenciário brasileiro e da paralela ascensão da perícia biopsicossocial para análise da incapacidade laboral como método mais adequado para a efetiva proteção social, lança-se as perspectivas de como seria o novo modelo pericial.

Para Costa (2018, p. 46) "a multi, inter ou pluridisciplinariedade torna-se inevitável, caso queiramos questionar o sistema atual, propondo novos conceitos e concepções". Essa interdisciplinaridade, na opinião de Schmidt (2016, p. 141), conduz o trabalhador a uma forma de avaliação "global, integrativa e interativa". Inadmite-se conceber que hoje, a única *expertise* capaz de constatar a incapacidade laboral seja a do médico perito, que o poder decisório para concessão da proteção social fique escravizado a um único indivíduo. Longe aqui criticar a atuação dos peritos nas agências da previdência, busca-se apenas a compreensão de que a ampliação da avaliação da incapacidade por outros setores do conhecimento tende a potencializar o resultado, e, por conseguinte, reduzir as injustiças sociais (SILVA, 2016).

Uma dessas ampliações, segundo Costa (2018) está na utilização de Assistente Social, vez que neste cenário biopsicossocial oportunizará a apreciação de parecer social, método acessório que viria a contribuir com a perícia médica através de entrevistas, visitas, estudos e pesquisas, cabendo aos servidores ou magistrados a

análise das provas para o alcance da justiça social. A perspectiva do autor fundamenta-se na própria lei 8.213/91, em seu artigo 88, ao exteriorizar que “compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social”. Mauss e Gorgen (2018), esclarecem que apesar de presentes ambos os profissionais (médico e assistente social) nas APS, raríssimas são as vezes que se estabelece a comunicação de seus pareceres sobre um mesmo caso e, quando ocorre, flagrante é a discrepância entre as conclusões. Situação prejudicial aos segurados e ao sistema de proteção social como um todo.

Do ponto de vista de Silva (2016), o profissional a ser utilizado nessa análise conjunta é o Terapeuta Ocupacional, visto que seu *know-how* gratificaria o resultado pericial no que tange à compreensão das atividades que são desenvolvidas pelo segurado no ambiente laboral, assim como o estudo de eventual nexo de causalidade e, inclusive, o encaminhamento para reabilitações profissionais.

Importa-se ressaltar neste momento que a Constituição Federal implementa em seu texto que a Seguridade Social é a soma de três grandes pilares: Saúde, Assistência e Previdência Social. Neste contexto, Costa (2018) aborda que se faz necessário a integração destes pilares para o seguimento biopsicossocial. A perspectiva do autor para essa conquista é a criação de um ‘Prontuário Eletrônico’, proveniente da comunicação entre INSS-SUS-CAPS (Previdência, Saúde e Assistência). No modelo idealizado, todo requerimento de benefícios por incapacidade e assistenciais poderiam ter início nas Unidades Básicas de Saúde (UBS), o qual promoveria a realização de laudo multidisciplinar através de equipes compostas pela Estratégia da Saúde da Família (ESF) e Centro de Atendimentos Psicossociais (CAPS). O segurado, pretendente do benefício por incapacidade, já terá sido atendido (em tese) por algum posto público de atendimento médico. Desta feita, ao invés de aglomerar as agências do INSS, por que não informatizar os dados obtidos pelo SUS e integralizar com a autarquia previdenciária? O que se chegaria aos servidores seriam requerimentos de benefícios por incapacidade já realizados no próprio estabelecimento médico, cuja documentação pertinente à saúde laboral estaria totalmente disponível em sistema virtual.

Conjectura-se que o procedimento explanado sugere uma prospectiva redução de custos na administração pública, pois na medida em que se possui a otimização do serviço, a avaliação inter e multidisciplinar, tem-se como consequência a análise pormenorizada da capacidade laboral de maneira satisfatória, além disso, promove-se a diminuição do número de servidores e redução das ações judiciais. Segundo Costa (2018, p. 16) “não é concebível um Estado Arrecadador ser eficiente ao máximo quando da cobrança dos tributos, genericamente falando, e totalmente ineficiente quando da prestação dos direitos sociais”.

Berwanger e Carvalho (2018) narram a perícia biopsicossocial como efetiva contribuição para apuração da incapacidade laboral, principalmente em função da interdisciplinaridade que, para elas, devem ser de no mínimo duas categorias, a médica e social.

De modo similar, Opitz Neto e Opitz Junior (2018) defendem a análise da incapacidade laboral não só pela vitrine da doença, método biomédico atualmente adotado pelo INSS, mas também pelo estudo do meio ambiente de trabalho. Na compreensão dos autores, é notório a impossibilidade de se concluir pela capacidade laboral quando ignorados os riscos ocupacionais. As características do ambiente laboral onde os trabalhadores executam suas atividades tem muito a dizer, e por isso, o laudo ambiental seria importante instrumento coadjuvante na análise pericial, diminuindo as chances de pareceres médicos diametralmente opostos.

De qualquer forma, independentemente da visão adotada, não há como discordar que a análise da incapacidade laboral é mais abrangente na perspectiva biopsicossocial (COSTA, 2018; ISQUIERDO, 2018). Aliás, entende-se que dever-se-á

configurar como regra a perícia complexa, sob pena de ser sempre declarada incompleta quando não analisada sob outros pontos de vista. (COSTA, 2018).

Sottili (2018) condiciona a efetivação da perícia biopsicossocial mediante abordagem prévia na academia formadora de médicos. De acordo com suas pesquisas, de 257 instituições de ensino pesquisadas no Brasil, apenas uma disponibilizava aos acadêmicos o acesso a disciplina de análise biopsicossocial. Sobre a carga horária a ser cumprida, fez-se uma relação daquelas destinadas a matérias humanísticas a qual obteve-se o seguinte resultado: das 03 escolas pesquisadas em Santa Catarina, constatou-se respectivamente o percentual de 10,18% (UFSC), maior incidência, 1,63% (UNIVALI) e 1,01% (UNISUL). Diante do exposto Sottili (2018, p. 108) apresenta a conclusão de que “a não aplicação da perícia biopsicossocial aliada ao pouco tato do perito médico que recebeu uma formação tecnicista, [...] denotam a distância entre o Estado que se busca e o estado que se tem na concretização da justiça social”.

Visível que a promoção da justiça social ainda está longe do anseio constitucionalizado, mais ainda ao perceber que profissões tão bem vistas como a medicina, cujo alvo é a saúde humana, possui pouquíssima formação humanística. Tais perspectivas e estudos estimulam a mudança, e para isso, precisa-se que o conhecimento seja compartilhado, não há como a decisão de muitos ser menos justa que decisão de uma única pessoa.

3.3 Vestígios da Aplicação Biopsicossocial no Âmbito do Direito Previdenciário

Importa destacar que a chamada perícia biopsicossocial vem tomando espaço na aplicação do direito. Apesar de não ser expressamente denominada como tal, o que se vê na atuação jurisdicional é sua essencialidade para representar a realidade dos atores processuais.

Com reflexo direto nos benefícios por incapacidade, encontra-se fragmentos da avaliação biopsicossocial proporcionada por exemplo, pela edição da súmula 47 da TNU (Turma Nacional de Uniformização), à medida que indica aos juízes a possibilidade de se avaliar os segurados sob o ponto de vista social e pessoal para concessão da aposentadoria por invalidez (BRASIL, 2012, *web*).

A mesma preocupação é evidenciada para os casos que causam estigma social, toma-se como exemplo os portadores do vírus HIV, pois, o fato da pessoa ser portadora da doença, por si só, não a incapacita para o trabalho habitual, porém, face o julgamento social, a divergência cultural, as condições pessoais deste cidadão deverão ser levadas em consideração no momento de se tutelar o direito, outro entendimento extraído da súmula 78 da TNU (BRASIL, 2014, *web*).

Outra demonstração pertinente que, como as demais, fica a critério do juiz utilizar, é a previsão de uma análise social para a concessão de benefício assistencial. De acordo com a súmula 80 também da TNU, realizar uma valoração multidisciplinar revela a efetiva condição vivenciada pelo cidadão (BRASIL, 2015, *web*).

Neste caminhar, a perícia biopsicossocial aparenta ser deferida para as análises dos benefícios assistenciais, visto que, além da disposição sumular, encontra-se vigente a lei federal 13.146/2015, onde indica expressamente no artigo 2º, a possibilidade da perícia biopsicossocial (BRASIL, 2015, *web*):

> [...] § 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:
> I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
> II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
> III - a limitação no desempenho de atividades; e
> IV - a restrição de participação.

Entretanto, na mesma linha tracejada para a conquista da avaliação biopsicossocial, a TNU impõe limites, como ao editar a súmula 77 (BRASIL, 2013, *web*), na qual expressa que “o julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e

sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual". Certamente, mais uma fundamentação jurídica sumulada, que trará legitimidade às negativas judiciais e que contraria exatamente o que se busca com a perícia biopsicossocial, a identificação da incapacidade por meio da análise pessoal e social do segurado, o contrário não faz mais sentido em ser. Neste diapasão Costa (2018, p. 48) aduz que "tal procedimento é mover a roda da história para trás, relegando a perícia social à segundo plano, de modo não a integrar no âmbito da perícia complexa".

Ressalta-se que a mudança da perspectiva pericial para ser biopsicossocial caminha a passos longos, através de decisões judiciais como posicionado acima, ou ainda por meio dos legisladores ao fomentar, legitimar a atuação judicial com fundamentos para a requisição da perícia complexa, como destaca-se do artigo 475 do CPC/15 (BRASIL, 2015, *web*) "Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico".

Portanto, a criação de alternativas de avaliação pericial é premente para a salutar eficácia do *decisum* administrativo ou judicial, contemplando a proteção social aos segurados que fazem jus aos benefícios por incapacidade (COSTA, 2018).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A intenção de efetuar a presente pesquisa surge por meio da vivência prática de estágios relacionados ao direito previdenciário. Diante da riqueza do tema e da repercussão nos últimos anos, há de ser chamada atenção para que se tenha mais cautela na análise do estado de incapacidade dos cidadãos, necessitando de maior aprofundamento.

A pesquisa realizada é com abordagem qualitativa. Para Appolinário (2016, p. 22) "a pesquisa preponderantemente qualitativa seria, então, a que prevê, majoritamente, a coleta dos dados a partir de interações sociais do pesquisador com o fenômeno pesquisado". Dessa forma, permite-se o estímulo do conhecimento, face a interpretação da realidade.

Ainda, a pesquisa foi documental e bibliográfica, ao ser abordado o posicionamento de diferentes autores e ter sido realizado a revisão bibliográfica de relevantes obras para o tema debatido (APPOLINARIO, 2016).

O método é dedutivo, utilizado pela lógica, cujo artigo busca, dentre as premissas trazidas pelos autores, se chegar a resultados satisfatórios (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Pela pesquisa efetuada constatou-se que a perícia médica é instrumento de fundamental importância para se detectar a incapacidade laboral e promover a proteção social, bem-jurídico constitucionalmente tutelado.

No entanto, o método biomédico utilizado pelo Estado, sobretudo nos últimos anos, se tornou questionável e obsoleto. Seja por não possuir o condão de averiguar efetivamente a incapacidade laboral, seja por desrespeitar e afrontar o segurado ao se mandar revisar os benefícios por incapacidade em curto espaço de tempo e com bônus a peritos que fizerem perícias 'a mais'. Tudo isso implica num número exacerbado de benefícios cessados e indeferidos após as medidas adotadas.

Porém, com o advento da interdisciplinaridade, que vem sendo timidamente introduzida na esfera previdenciária por meio de decisões judiciais e, que também encontra-se crescendo doutrinariamente como metodologia mais justa para a real avaliação da incapacidade dos trabalhadores, caminha-se para pareceres mais completos e precisos sobre as patologias e o estado de saúde laboral do obreiro.

Apesar de algumas súmulas da TNU remeterem o caminho para a análise complexa, ainda que de forma indireta, constata-se que não há unanimidade por parte dos magistrados quanto a alteração no modelo pericial.

De todo modo, a tendência é que se tenha mudanças no modelo atualmente adotado pelo INSS, a fim de que a perícia biomédica seja substituída pela perícia biopsicossocial, pois dela colhe-se pareceres de diferentes profissionais, os quais, de modo conjunto, tendem a clarificar o real estado do trabalhador, pela capacidade ou incapacidade de exercer o trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O clamor por uma equipe multidisciplinar na área previdenciária tornou-se mais evidente nos últimos anos com as recorrentes medidas provisórias, impactos econômicos, redução de custos e baixo números de servidores. Ainda mais justificado pelo fracasso das perícias sob o ponto de vista social, ao suprimir direitos dos trabalhadores.

Quanto à análise da (in)capacidade laboral, a perícia biopsicossocial merece total espaço e como colocado no decorrer do trabalho por diversos autores como Costa (2018), Opitz Neto e Opitz Junior (2018), Berwanger e Carvalho (2018), com especialidades nas áreas jurídicas, médicas, sociais, a perícia médica previdenciária atualmente adotada é inapta para demonstrar o verdadeiro quadro de incapacidade laboral dos segurados.

A perícia biopsicossocial ganha atenção pela interdisciplinaridade que a permeia, e diante do cenário atual, premente de modificação, faz-se dela a melhor escolha para se pôr em prática. Ressalta-se que não se tem números de que a perícia complexa seja a solução para as injustiças sociais cometidas nas perícias médicas, porém, por meio das pesquisas e estudos explanados, é certo que a alteração do modelo aplicado não será para pior.

Importante reforçar que o grande influenciador para que se faça mudança no método de análise pericial é o próprio governo, ainda que indiretamente, pois, com o advento das reiteradas MP's 739, 767 e 871, inclusive esta última sendo convertida em lei, milhares de segurados foram (e serão) submetidos a revisão dos benefícios por incapacidade e diante dos altos números de cancelamentos, percebeu-se que a modalidade pericial já está ultrapassada há algum tempo.

Os motivos causadores da falência da perícia biomédica são diversos, dentre os evidenciados se destacam as revisões impostas pelo governo, a curta duração das perícias no INSS, a relação médico-segurado desgostosa, onde ambos se veem como verdadeiros inimigos, a falta de orientação humanista e até mesmo de diálogo entre os setores da previdência social.

Cumpre frisar ainda que o entendimento coletivo de profissionais habilitados possui maior disposição de serem justos e aceitos pelos segurados, do que aqueles individualmente proferidos. Neste sentido conjectura-se que futuramente as respostas aos segurados, seja pela concessão ou indeferimento dos benefícios, sejam justas e dignas de avaliação completa, e não apenas meros posicionamentos genéricos.

Ademais, lembra-se que para que seja alcançada a proteção social é preciso alterarmos a maneira como estão sendo adotadas as formações dos profissionais de saúde, de modo que seja possível a ampliação da visão humanizada e não apenas tecnicista como evidenciado pelo trabalho de Sottili (2018).

Não suficiente, retoma-se o posicionamento de Costa (2018), para que seja realizado um trabalho harmonioso entre as unidades de saúde e agências da previdência social. A integralização possui o condão de incrementar as decisões administrativas, englobando tudo em um sistema eletrônico compartilhado, cujo conjunto de pareceres e históricos clínicos dos segurados seja mais completo e fidedigno. Neste sentido ressalta-se a importância da lei nº 13.846 trazer em seu texto publicado em 18/06/2019, a alteração no artigo 124-B da lei 8.213/91 em que o INSS passa a ter acesso às informações e prontuários do SUS, assegurando o sigilo.

Portanto, este pesquisador se permite incisivamente expressar que a perícia médica biopsicossocial melhor atende o dever constitucionalmente imposto da proteção

social, vez que explora o quadro clínico dos trabalhadores por diversas óticas, não se limitando ao conformismo adotado pelos atuais peritos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPOLINARIO, Fábio. **Metodologia científica**. São Paulo: Cengage, 2016.

BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava. Introdução aos princípios fundamentais da perícia médica administrativa e previdenciária. *In:* BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava; BERTOLOTE, José Manoel (Org.) **Perícia médica administrativa:** aspectos conceituais, técnicos e éticos. São Paulo: Ltr, 2016. cap.1, p. 13-17.

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; CARVALHO, Andressa Berwanger de. A imprescindibilidade da aplicação do modelo de perícia biopsicossocial para constatação de incapacidade laboral do segurado especial. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018. cap.2, p. 20-27.

BRANDÃO, Simone Milani; SCHELLINI, Silvana Artioli. Semiologia em perícia oftalmológica. *In:* BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava; BERTOLOTE, José Manoel (Org.) **Perícia médica administrativa:** aspectos conceituais, técnicos e éticos. São Paulo: Ltr, 2016. cap.5, p. 64-74.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

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

BRASIL. Cria a Carreira de Perícia Médica da Previdência Social, dispõe sobre a remuneração da Carreira de Supervisor Médico-Pericial do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dá outras providências. Lei n. 10.876, de 02 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.876.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRASIL. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de

2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Medida provisória n. 739, de 07 de julho de 2016. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv739.htm>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. Medida provisória n. 767, de 06 de janeiro de 2017. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e a Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv767.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Medida provisória n. 871, de 18 de janeiro de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 47. Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 77. O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 78. Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 80. Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em: 16 abr. 2019.

COSTA, José Ricardo Caetano. A seguridade precisa ser biopsicossocial: apontamentos para uma construção inter e multidisciplinar. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018. cap.1, p. 13-19.

COSTA, José Ricardo Caetano; ISQUIERDO, Ana Maria Correa. O procedimento biopsicossocial: da perícia à habilitação/reabilitação profissional. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. Brasilia, v.3, n.1, p. 1-22, jan/jun 2017. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/2022/pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia biopsicossocial:** aplicabilidade, metodologia, casos concretos. São Paulo: Ltr, 2018.

GRAFULHA JÚNIOR, Paulo Roberto Alvaro; COSTA, José Ricardo Caetano; O estado social e a perícia médica previdenciária como limitadora de diretos sociais: a necessidade de adoção de um modelo pericial complexo. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social.** Curitiba, v.2, n.2, p. 56-73, jul/dez 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/1221/1653>. Acesso em: 20 set. 2018.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

INSS. **Manual técnico de perícia médica previdenciária**. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2018/06/ManualT%C3%A9cnicoPer%C3%ADciaM%C3%A9dicaPrevidenci%C3%A1ria_alterado637.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ISQUIERDO, Ana Maria. A dimensão biopsicossocial da habilitação/reabilitação profissional no inss. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018. cap.6, p. 61-81.

KERTZMAN, Ivan; MARTINEZ, Luciano. **Guia prático da previdência Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LAZZARI, joão batista *et al.* **Prática processual previdenciária:** administrativa e judicial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAUSS, Adriano; GORGEN, Ivali Aparecida. Dois anos de avaliação biopsicossocial no inss: uma análise crítica sobre a efetividade da aposentadoria do deficiente. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018. cap.4, p. 38-48.

MDS. MDS: Pente-fino do INSS inicia nova etapa e convoca 522 mil beneficiários. **Agência Brasil.** Brasília, mar. 2018. Seção Notícias. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/mds-pente-fino-do-inss-inicia-nova-etapa-e-convoca-522-mil-beneficiarios/>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coordenação-Geral de Recursos Humanos. **Manual de perícia médica**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

MIZIARA, Carmen Silvia Molleis Galego; MIZIARA, Ivan Dieb; MESQUITA, Allan. Perícia médica em neurologia: fundamentos. *In:* BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava; BERTOLOTE, José Manoel (Org.) **Perícia médica administrativa:** aspectos conceituais, técnicos e éticos. São Paulo: Ltr, 2016. cap.3, p. 28-47.

MORAES, Samuel de. Semiologia do sistema músculoesquelético. *In:* BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava; BERTOLOTE, José Manoel (Org.) **Perícia médica administrativa:** aspectos conceituais, técnicos e éticos. São Paulo: Ltr, 2016. cap.4, p. 48-63.

OPTIZ NETO, João Baptista; OPTIZ JUNIOR, João Baptista. Falência do modelo de perícia médica na previdência social: a importância do meio ambiente de trabalho na definição da capacidade laborativa. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018. cap.3, p. 28-37.

SAVARIS, José Antonio. Prefácio. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018, p. 09-10.

SCHMIDT, Maria Luiza Gava. O papel da psicologia na perícia médica administrativa e sua interface com a saúde do trabalhador. *In:* BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava; BERTOLOTE, José Manoel (Org.) **Perícia médica administrativa:** aspectos conceituais, técnicos e éticos. São Paulo: Ltr, 2016. cap.9, p. 133-144.

SILVA, Nilson Rogério. A interface da terapia ocupacional com a perícia médica. *In:* BARBOSA, Walnei Fernandes; SCHMIDT, Maria Luiza Gava; BERTOLOTE, José Manoel (Org.) **Perícia médica administrativa:** aspectos conceituais, técnicos e éticos. São Paulo: Ltr, 2016. cap.10, p. 145-152.
SOTTILI, Luciana Adélia. A influência da formação do perito médico na efetivação da perícia biopsicossocial. *In:* COSTA, José Ricardo Caetano (Org.) **Perícia biopsicossocial:** um enfoque inter e multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2018. cap.7, p. 82-109.

SOTTILI, Luciana Adélia. **A perícia biopsicossocial na concessão dos benefícios previdenciários**. 2016. 70 f. Dissertação (Dissertação para obtenção do grau de Bacharel em Direito)–Universidade Federal de Rio Grande, Rio Grande.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MULTIPARENTALIDADE E OS REFLEXOS NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

Jaqueline Lutkemeyer Rigo[166]
Anna Lethicia dos Santos[167]

Resumo: O presente artigo tem como objeto o estudo dos reflexos do reconhecimento do direito à multiparentalidade no benefício de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. A discussão do assunto é importante em razão de que os reflexos jurídicos do reconhecimento do direito à multiparentalidade não se restringem somente ao Direito de Família, estendendo-se também às demais áreas do Direito, como o Direito Previdenciário, e, por se tratar de tema novo, ainda não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo geral da pesquisa é analisar os reflexos do reconhecimento do direito à multiparentalidade no benefício de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social. A pesquisa terá abordagem qualitativa e será do tipo bibliográfica, com método dedutivo. A partir deste trabalho foi possível constatar que o reconhecimento da multiparentalidade se dá para todos os fins, inclusive previdenciários. Dessa forma, ocorrerão reflexos no benefício de pensão por morte, sendo possível que o filho receba pensão por morte de dois ou mais pais, ou ainda, que receba o benefício em virtude do óbito de um dos pais ainda que tenha outro pai vivo. Em relação aos pais, em caso de óbito de filho com a relação multiparental estabelecida, mais de dois pais poderão receber o benefício, que será rateado entre eles.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Reflexos. Pensão por morte.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico se propõe a analisar os reflexos do reconhecimento do direito à multiparentalidade no benefício de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social. O reconhecimento do direito à dupla parentalidade pelo Supremo Tribunal Federal demonstra a evolução do Direito de Família, que reflete as mudanças pelas quais tem passado a sociedade.

Nas relações familiares, os vínculos socioafetivos ganharam o espaço das concepções patrimonialista e autoritária. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da felicidade passaram a ter maior relevância no Direito de Família, sendo invocados frequentemente para soluções de questões envolvendo essa área do Direito. Se antes o vínculo biológico era o parâmetro fundamental para a filiação, posteriormente esse passou a ser somente um dos aspectos a serem considerados (Póvoas, 2017, p. 19).

A partir do reconhecimento do direito à multiparentalidade, se estabelece a relação de parentalidade entre o filho e os pais biológicos e/ou socioafetivos, bem como se estabelecem os efeitos decorrentes dessa relação. O reconhecimento do direito à multiparentalidade implica em reflexos jurídicos em diversas searas do Direito. No Direito Previdenciário, o filho será dependente de todos os pais, da mesma forma que todos os pais serão dependentes do filho (FERREIRA, 2017; VIEIRA, 2015; KIRCH e COPATTI, 2013). Ou seja, reconhecida a multiparentalidade, o filho poderá ter direito a mais de uma pensão por morte em virtude do óbito de mais de um pai, ou ainda, receber pensão por morte em virtude de óbito de um dos pais, ainda que possua outro pai vivo.

Da mesma forma que a própria multiparentalidade ainda não está regulamentada, por conseguinte seus efeitos também ainda não estão. No Direto Previdenciário, a legislação prevê que são devidos aos dependentes os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. No entanto, a legislação não previu os efeitos

[166] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. Técnica do Seguro Social. E-mail: jaque.rigo@hotmail.com.
[167] Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. Analista da Previdência Social. E-mail: lethicia.anna@gmail.com.

decorrentes da multiparentalidade nos benefícios previdenciários. Contudo, ao se permitir que uma pessoa tenha mais de um pai e/ou mais de uma mãe, esse reconhecimento se dá para todos os fins, devendo ser alterado o rol de dependentes dos segurados do RGPS (FERREIRA, 2017).

Há que se ponderar que os benefícios do RGPS são operados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é uma autarquia federal. Sendo o INSS uma autarquia, faz parte da administração pública indireta, estando vinculado à legalidade, nos termos do art. 37, *caput,* da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Considerando que não há na lei previdenciária a previsão dos reflexos da multiparentalidade, é possível que os dependentes que tenham filiação plúrima encontrem dificuldades ao tentar acessar o benefício de pensão por morte administrativamente.

Em caso de dificuldade de acesso aos benefícios administrativamente, é possível a demanda judicial para o reconhecimento do direito negado. Nas palavras de Tartuce (2018, web),

> ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins. Teremos grandes desafios com essa afirmação, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com o caso concreto.

Ou seja, ainda que não se tenha previsão legal quanto aos efeitos do reconhecimento da multiparentalidade, é possível, nos casos concretos, acessar a justiça para ver reconhecidos os direitos dela decorrentes.

Dessa forma, esse artigo científico está estruturado da seguinte maneira: inicialmente serão abordados os aspectos relativos à multiparentalidade, como o conceito, os aspectos histórico-jurídicos da multiparentalidade no Brasil e os princípios informadores. Posteriormente serão abordados os aspectos relativos ao Regime Geral de Previdência Social e o benefício de pensão por morte, com ênfase nas regras relacionadas aos dependentes. Por fim, serão abordados os reflexos do reconhecimento da multiparentalidade no benefício de pensão por morte no RGPS.

1. MULTIPARENTALIDADE

O reconhecimento do direito à multiparentalidade é tema atual e ganhou evidência com o julgamento do Recurso Extraordinário 898060/SC e da análise da Repercussão Geral 622 pelo STF, refletindo as mudanças pelas quais vem passando o Direito de Família.

1.1 Conceito de multiparentalidade

A multiparentalidade significa o reconhecimento de vínculos de filiação com mais de duas pessoas (POIANI, 2018; VIEGAS E MATOS, 2018; DIAS, 2017; FERREIRA, 2017; MIRANDA, 2015; VIEIRA, 2015), sendo que ao menos um dos vínculos será baseado na socioafetividade. O STF decidiu pelo reconhecimento concomitante dos vínculos de filiação de origem afetiva e biológica, sem estabelecer qualquer supremacia entre uma e outra, garantindo-se assim a dignidade humana dos envolvidos. Acerca do tema, dispôs a ementa:

> 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7.º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

> (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 e 22.09.2016).

Reconhecer o direito à multiparentalidade, nada mais é do que dar segurança jurídica a uma situação já concretizada no mundo dos fatos (PÓVOAS, 2017; MIRANDA, 2015; KIRCH e COPATTI, 2013). Reconhecida a múltipla parentalidade, o filho desfruta de direitos em relação a todos os pais, bem como todos os pais passam a ser responsáveis pelo filho.

1.2 Aspectos histórico-jurídicos da multiparentalidade no Brasil

O objeto do Direito de Família é a própria família, e como tal, reflete as mudanças pelas quais passa a sociedade. O antigo Código Civil de 1916 reconhecia como família apenas aquela instituída pelo casamento, que era inclusive indissolúvel, e discriminava os filhos que não fossem frutos do matrimônio. Porém, a imposição legal não era suficiente para impedir que famílias fossem formadas não apenas pelo casamento, que casamentos fossem desfeitos de fato e que filhos nascessem sem serem frutos de relacionamentos matrimoniais. Nas palavras de Dias (2017, p. 37), “a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”. Os novos arranjos familiares acarretaram à adequação das normas que regiam o Direito de Família à nova realidade social.

Pode-se citar como importante alteração legislativa a Lei 6.515/77, a partir da qual o divórcio passou a ser permitido, acabando com a indissolubilidade do casamento. Mas, é com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ocorrem os maiores avanços no Direito de Família. A carta constitucional em seu artigo 226 elevou a família à posição de base da sociedade, digna de proteção do estado e reconheceu como família não apenas aquela formada pelo casamento, mas também a formada pela união estável ou por qualquer dos pais e seus descendentes. Nas palavras de Soares Neto (2017, web), “a entidade familiar ganhou nova roupagem, recebendo do constituinte de 1988 compreensão e caráter inovadores”.

Além de reconhecer novos formatos de família, a Constituição Federal consagrou o princípio da igualdade entre os filhos, acabando com a distinção entre os filhos havidos ou não do casamento, reconhecendo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Em 2002 o novo Código Civil determinou que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem. Quanto ao reconhecimento do parentesco Dias (2017, p. 399) afirma que:

> existe espaço para o reconhecimento de outros vínculos além da consanguinidade e da adoção, em face da amplitude da expressão "outra origem" (CC 1.593): O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou **outra origem**. Assim, "outra origem" não significa mais e tão somente o parentesco decorrente da **adoção**, mas o parentesco que tem origem diversa da consanguínea. Também a referência a veementes presunções resultantes de fatos já certos (CC 1.605 II) diz com o conceito de **posse de estado de filho**, nada mais do que a filiação socioafetiva (grifo no original).

Parentesco natural é o que tem origem biológica, ao passo que, parentesco civil é todo aquele que tem outra origem que não a biológica, como por exemplo, a filiação decorrente da adoção ou a socioafetiva. Nas palavras de Dias (2017, p. 428), “a **filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto” (grifo no original). O afeto, o cuidado, o carinho e o respeito que alicerçam a relação de pai e filho permitem o estabelecimento de relação de filiação, baseada na socioafetividade, ainda que não corresponda à verdade biológica.

A evolução da sociedade e das famílias fez com que surgissem novos e mais variados arranjos familiares, sendo o afeto a base dessas relações. Essas mudanças

nas composições familiares fizeram com que o Direito se adequasse a realidade social, sendo que remontam a 2012 as primeiras decisões judiciais reconhecendo o direito à multiparentalidade. Conforme Tartuce (2018, web),

> anote-se a inédita sentença de 2012, prolatada pela magistrada Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, da Comarca de Ariquemes, Estado de Rondônia, determinando o duplo registro da criança, em nome do pai biológico e do pai socioafetivo, diante de pedido de ambos para que a multiparentalidade fosse reconhecida (Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencia>).

No mesmo ano, o Tribunal de Justiça Estado de São Paulo reconheceu em acórdão - apelação 0006422-26.2011.8.26.0286 - o direito à multiparentalidade, determinando a preservação do registro da mãe biológica que havia falecido no parto e acrescentando o nome da madrasta, com base na filiação socioafetiva, que decorre da posse de estado de filho. A partir do ano de 2012 diversas decisões foram no sentido de reconhecer o direito à multiparentalidade. Registre-se que parte da doutrina já se revelava favorável ao reconhecimento da multiparentalidade. Aponta Póvoas (2017, p. 97):

> no que tange a possibilidade de coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, essa se mostra perfeitamente viável e, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo as já debatidas dignidade e afetividade da pessoa humana.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, consolidou o reconhecimento do direito à multiparentalidade, fixando a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Dispõe a ementa:

> 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 e 22.09.2016).

Ao julgar o tema a Suprema Corte além de afastar a prevalência da paternidade biológica sobre a afetiva, consolidou o entendimento de que a socioafetividade é forma de parentesco civil. Reconheceu ainda a possibilidade de dupla filiação, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo, garantindo-se assim a dignidade da pessoa humana, o direito à felicidade e o melhor interesse da criança e do adolescente.

1.3 Os princípios informadores da multiparentalidade

São vários os princípios que regem e orientam a aplicação do Direito de Família. No entanto, no presente trabalho, analisar-se-á apenas os mais relevantes princípios informadores do reconhecimento do direito à multiparentalidade.

1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios e irradia seus efeitos a todo o ordenamento jurídico visto que foi elevado pela Constituição Federal de 1988 a fundamento do Estado Democrático de Direito,

colocando o indivíduo no centro do ordenamento político (TARTUCE, 2018; DIAS, 2017; PÓVOAS, 2017; VIEIRA, 2015). A dignidade pode ser definida como um valor intrínseco à condição humana, devendo ser assegurada pelo Estado, mediante a proteção dos direitos e garantias fundamentais, possibilitando condições mínimas para uma vida saudável, feliz e autodeterminada.

No Direito de Família, para Dias (2017, p. 53), "o princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares". Percebe-se que, qualquer que seja o arranjo familiar, em atendimento ao princípio da dignidade humana, todos merecem ser respeitados e reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

1.3.2 Princípio da afetividade

Sendo a união estável uma relação baseada no afeto, a Constituição Federal ao reconhecê-la como entidade familiar, traz o afeto como princípio constitucional implícito. Nas decisões envolvendo Direito de Família o afeto passou a ser considerado fator preponderante, uma vez que passou a ser reconhecido como o principal fundamento das relações familiares, o elemento identificador da família (TARTUCE, 2018; DIAS, 2017; KIRCH E COPATTI, 2013).

Percebe-se que o que identifica e faz surgir as famílias não é mais somente o casamento ou a união estável entre homem e mulher, ou ainda, o estabelecimento da uma relação parental fundada na verdade biológica, mas sim o propósito de uma vida comum, com comprometimento mútuo e alicerçado no afeto. Reconhecendo-se a importância do afeto, base para a constituição das famílias, este passou a ser legitimador de relações parentais. Nas palavras de Dias (2017, p. 432),

> o afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares.

O reconhecimento da filiação assentada na posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico da socioafetividade, do vínculo construído no dia a dia de quem se reconhece e se trata como se pai e filho fossem, com fundamento no afeto, no cuidado, no respeito.

1.3.3 Princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente

A partir da Constituição Federal de 1988 a criança e o adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direitos, destinatários de especial proteção e atenção da família, de toda a sociedade e do Estado. As garantias previstas no artigo 227 da CF/88 devem ser asseguradas com absoluta prioridade, possibilitando-se o desenvolvimento saudável, físico e psicológico, das crianças e adolescentes, que são pessoas em formação.

Todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância com o princípio da proteção integral. No âmbito infraconstitucional o Estatuto da Criança e do Adolescente sancionado pela lei nº 8.069/90 pormenoriza os direitos da criança e do adolescente, além de regular sobre os meios e instrumentos necessários para sua consecução, dando assim maior efetividade aos direitos previstos na Constituição Federal.

Há ainda que se preservar o melhor interesse de quem possui a proteção integral constitucionalmente assegurada. O princípio do melhor interesse orienta em síntese que, toda vez que ocorrer conflito de interesses, a decisão apontada deve contemplar o melhor interesse da criança e do adolescente (PÓVOAS, 2017; VIEIRA, 2015). O reconhecimento da parentalidade biológica concomitantemente com a parentalidade socioafetiva é pautada no melhor interesse da criança e do adolescente,

posto que lhes assegura a convivência familiar com todos aqueles que exercem as funções e atribuições parentais, contribuindo para seu desenvolvimento pleno.

1.3.4 Princípio da felicidade

O direito à busca da felicidade é norma constitucional implícita, derivada do postulado da dignidade da pessoa humana. O significado do que é felicidade varia de acordo com os interesses, os desejos, os objetivos, os sonhos e as vivências de cada um. Logo, não há uma única fórmula de felicidade, uma única forma de ser feliz. Sobre o direito à busca da felicidade, assim se posicionou o Relator Ministro Luiz Fux em seu voto:

> transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente. (Fux, 2016, STF, RE 898.060/SC).

Sendo o significado de felicidade diferente para cada um, é preciso que o Estado atue para garantir as mais diversas formas de ser feliz, ainda que essa felicidade se concretize em arranjos familiares diversos dos previstos no ordenamento jurídico.

1.3.5 Princípio da paternidade responsável

A Constituição Federal dispõe que é livre o planejamento familiar, mas, é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nas palavras de Dias (2017, p. 433),

> identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de vários vínculos de filiação. Pais – sejam eles quantos forem – devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos em relação a todos.

A origem da filiação é irrelevante e uma vez estabelecida a relação parental, cabe a todos os pais o exercício da paternidade responsável.

1.3.6 Princípio da isonomia filial

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da isonomia entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado decorrente da origem da filiação e reconhecendo a todos os mesmos direitos. Nas palavras de Tartuce (2018, web), “em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento”. O princípio da isonomia assegura a todos os filhos o mesmo tratamento, a igualdade de direitos e proíbe o tratamento discriminatório em razão do vínculo parental. Filho é filho, e como tal deve ser tratado, não importando a origem do vínculo de filiação.

1.3.7 Princípio do pluralismo das entidades familiares

O reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, observada no meio social, ganha reconhecimento jurídico com a Constituição Federal de 1988, que reconheceu como família também a formada pela união estável ou por qualquer dos pais e seus descendentes. A família deixa de ser balizada pelo matrimônio e passa a ser fundamentada na relação de afeto que une as pessoas em prol de objetivos de vida em comum. Nesse sentido, Viegas e Matos (2018, web),

> a partir do novo Texto Constitucional a família configura-se como meio instrumental da formação humana e social dos indivíduos, sendo espaço para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, caracterizada como entidade plural, igualitária, democrática, hetero ou homoparental, reconstituída, por dois pais ou monoparental.

O reconhecimento do pluralismo familiar traz segurança jurídica e permite a garantia de direitos daqueles que se encontram nos mais diversos arranjos familiares, formados principalmente em laços de afeto e objetivos comuns.

2. O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

Sem a pretensão de esgotar todas as regras atinentes ao benefício de pensão por morte do RGPS dar-se-á ênfase às regras relacionadas aos dependentes na qualidade de filhos e pais em relação ao instituidor do benefício.

2.1 O Regime Geral de Previdência Social

O Regime Geral de Previdência Social está previsto no art. 201 da Constituição Federal, possui caráter contributivo e filiação obrigatória (exceto o segurado facultativo), devendo observar o equilíbrio financeiro e atuarial, e garante entre outros, os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. O RGPS abrange obrigatoriamente todos os trabalhadores que desenvolvam atividade econômica e que não estejam vinculados aos Regimes Próprios de Previdência. Permite ainda a inscrição na condição de segurados facultativos daqueles que não estejam enquadrados como segurados obrigatórios do RGPS e que não contribuam para o Regime Próprio de Previdência Social. Diz Santos (2017, p. 162) que “a Constituição Federal garante regime público de previdência social, de caráter obrigatório, para os segurados da iniciativa privada, ou seja, que não estejam submetidos à disciplina legal dos servidores públicos civis e militares”.

O plano de benefícios do Regime Geral de Previdência Social está regulamentado pela Lei 8.213/91 e pelo Decreto 3.048/99. Os benefícios do RGPS são executados pelo INSS. Os beneficiários do RGPS classificam-se como segurados e dependentes, de acordo com a relação jurídica existente entre o beneficiário e a previdência social. Quanto ao conceito de segurado, ensina Santos (2017, p. 170) que,

> segurados são pessoas físicas que contribuem para o regime previdenciário e, por isso, têm direito a prestações — benefícios ou serviços — de natureza previdenciária. São sujeitos ativos da relação jurídica previdenciária, quando o objeto for benefício ou serviço de natureza previdenciária.

Os benefícios devidos aos segurados são: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial, auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-família e salário-maternidade. Por sua vez, os benefícios devidos aos dependentes do segurado são a pensão por morte e o auxílio-reclusão.

Os dependentes se dividem em classes, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91. São dependentes de primeira classe ou preferenciais o cônjuge, o (a) companheiro (a), e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave. Ressalte-se que os dependentes de primeira classe possuem dependência presumida, não sendo necessária a comprovação de dependência econômica. Como pontua Carvalho (2012, web) “não é necessário comprovar-se a dependência econômica, aliás, mesmo inexistente esta, ainda sim o dependente fará jus à proteção previdenciária”.

Os dependentes de segunda e terceira classe precisam comprovar a dependência econômica em relação ao segurado. São dependentes de segunda classe os pais e como dependentes de terceira classe estão elencados o irmão não

emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (Lei 8.213/91, art. 16). Frise-se que de acordo com a legislação previdenciária, há hierarquia entre as classes, de forma que a existência de dependentes em uma das classes exclui o direito ao benefício dos dependentes das demais classes.

2.2 Pensão por morte: regras atuais

É denominado de pensão por morte o benefício a que fazem jus os dependentes do segurado, aposentado ou não, em virtude do óbito deste, conforme previsão constitucional expressa do art. 201, V (CASTRO e LAZZARI, 2018). Para fazer jus ao benefício de pensão por morte, instituidor e dependentes precisam satisfazer alguns requisitos. O instituidor do benefício deve estar na qualidade de segurado, deve ser comprovado seu óbito ou morte presumida e os dependentes devem comprovar a qualidade de dependente.

A inscrição do dependente do segurado será realizada quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante apresentação da documentação que comprove a relação de dependência. Para os filhos, tendo em vista que a dependência é presumida, basta a apresentação de certidão de nascimento comprovando a relação parental. Por sua vez quando o filho for o instituidor do beneficio os pais, além de comprovarem a parentalidade, devem comprovar dependência econômica, por se tratarem de dependentes de segunda classe, onde não há presunção de dependência.

Os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições uns com os outros. Conforme pontuam (CASTRO e LAZZARI, 2018), havendo mais de um dependente de uma mesma classe, o valor do benefício será rateado entre eles e o valor da cota parte daquele que perder a condição de dependente reverterá em favor dos demais que continuarem na condição de pensionistas. Já a existência de dependente em uma das classes, respeitada a sua ordem preferencial, exclui definitivamente o direito ao benefício de qualquer dependente das classes seguintes (CASTRO e LAZZARI, 2018; SANTOS, 2017; BALERA e MUSSI, 2015).

A cessação do benefício de pensão por morte está disciplinada no art. 77 da Lei 8.213/91. A primeira hipótese de cessação, que se aplica a todos os dependentes, ocorre com a morte do beneficiário, ou seja, ocorrendo o óbito do dependente habilitado no benefício de pensão por morte, cessa o direito ao recebimento quanto a sua cota parte. Caso não haja outro beneficiário/dependente habilitado, o benefício será cessado por falta de dependente habilitado.

O filho também perde a qualidade de dependente ao completar 21 anos, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave. Nesse último caso, ocorrerá a cessação da qualidade de dependente pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência.

Por fim, o Decreto 3.048/99 inclui ainda entre os eventos que extinguem a qualidade de dependente e o direito à cota individual da pensão, a “adoção para o filho adotado que receba pensão por morte dos pais biológicos” (art. 114, IV). Contudo, o mesmo artigo, em seu parágrafo segundo traz uma exceção a essa regra, preconizando que a cota não será extinta quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro cônjuge ou companheiro.

3. OS REFLEXOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À MULTIPARENTALIDADE NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Estabelecida a multiparentalidade, seus efeitos jurídicos não se restringem somente ao Direito de Família, estendendo-se também às demais áreas do Direito. Dessa forma, passa-se à análise dos principais reflexos no Direito Previdenciário, especificamente no benefício de pensão por morte do RGPS.

3.1 A possibilidade de o filho acumular duas pensões por morte em virtude do óbito de dois pais ou duas mães

A partir do reconhecimento da multiparentalidade, o filho passa a ter pelo menos três relações parentais estabelecidas. O vínculo de filiação estabelecido, seja em relação ao pai/mãe biológico, seja em relação ao pai/mãe afetivo vale para todos os fins, inclusive para efeitos previdenciários (PÓVOAS, 2017), sendo que a condição de filho lhe garante tal direito.

Para fins previdenciários, o art. 16 da Lei 8.213/91 estabelece o rol de dependentes, sendo que o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave é dependente de primeira classe, não precisando comprovar dependência econômica em relação ao segurado instituidor do benefício. Verifica-se que a disposição legal não faz distinção quanto a origem da filiação, e nem poderia face o princípio constitucional da isonomia. Afirmam Cohen e Felix (2013, web):

> no que concerne aos efeitos da multiparentalidade para o direito previdenciário, estes podem ser observados, quando do seu reconhecimento. Visto que, nestes casos, o filho se torna dependente de, no mínimo três pessoas, por exemplo, dois pais e uma mãe.

Conforme se depreende, estabelecida a plúrima relação parental, o filho se tornará dependente de todos os pais pois a legislação previdenciária estabelece como requisito para a dependência apenas a qualidade de filho. Nas palavras de Ferreira (2017, web), “independente de ser a relação de filiação socioafetivo ou genética, os benefícios a que fazem jus os dependentes dos segurados serão gerados em favor do filho ou dos pais, desde que cumpridas as regras estabelecidas para cada um dos casos”. Ou seja, reconhecida a filiação, independentemente de sua origem, os filhos se tornam beneficiários na condição de dependentes dos pais, desde que, atendidos os demais requisitos, já analisados anteriormente.

Esclarecida a questão da dependência, passa-se à análise da possibilidade de acumular mais de duas pensões por morte em virtude de óbito de um pai e duas mães, ou dois pais e uma mãe. A legislação previdenciária prevê hipóteses em que um beneficiário pode acumular o recebimento de mais de um benefício, como por exemplo, o recebimento de uma pensão por morte e uma aposentadoria, bem como as hipóteses em que não pode haver a acumulação.

O art. 528 da IN 77/2015 trata das situações em que não é permitido o recebimento conjunto de benefícios, e no que se refere à pensão por morte, os incisos XI e XII vedam o recebimento conjunto de:

> XI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, facultado o direito de opção pela mais vantajosa, exceto se o óbito tenha ocorrido até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, período em que era permitida a acumulação, observado o disposto no art. 359;
> XII - pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro com auxílio-reclusão de cônjuge ou companheiro, para evento ocorrido a partir de 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, facultado o direito de opção pelo mais vantajoso;

Em relação à possibilidade de acumular mais de uma pensão por morte há vedação legal apenas de recebimento de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvada a opção pelo benefício mais vantajoso (CASTRO e LAZZARI, 2018; FERREIRA, 2017). O recebimento conjunto de pensão por morte deixada por mãe e pai em caso de óbito de ambos, e desde que atendidos os demais requisitos, é permitido pela legislação previdenciária.

O mesmo entendimento deve ser adotado para os casos em que ocorre a multiparentalidade. Conforme se depreende, não há qualquer proibição legal, por exemplo, de que um filho receba mais de uma pensão por morte em virtude de óbito de mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Pela possibilidade de acumulação, manifestam-se Cohen e Felix (2013, web):

> no caso de todos serem segurados da Previdência Social e, por ventura, vier a falecer, o filho terá direito ao recebimento cumulado de, no mínimo, três pensões por morte, independentemente do regime previdenciário que os pais pertençam (RGPS, RPPS, ou Regime Complementar), visto que, não existe nenhuma vedação legal, pelo contrário, a legislação é omissa quanto à hipótese de cumulação desse benefício no caso de morte dos pais.

Não havendo vedação legal para a acumulação do benefício de pensão por morte em caso de óbito dos pais e/ou mães daquele que teve a multiparentalidade reconhecida, há que se consentir o recebimento de três ou mais benefícios. Esse é o entendimento também expresso por Ferreira (2017, web):

> aqui cabe ressaltar que o artigo 124, VI da Lei de Benefício (Lei nº 8.213/99) determina que é proibida a cumulação de duas pensões por morte oriundas da morte de cônjuge ou companheiro. No mesmo sentido se posiciona o artigo 167 do Decreto nº 3.048/99. Interpretando-se referidos artigos, temos que em caso de morte de mais de um pai o filho pode cumular mais de uma pensão por morte, vez que a Administração Pública somente pode agir de acordo com o que a lei determina e filho não é companheiro.

Diante do exposto, reconhecida a relação de filiação, seja ela plúrima ou não, resta estabelecida a condição de dependente do filho em relação aos pais, sejam eles apenas dois ou mais, nos casos de multiparentalidade. Não havendo proibição na legislação previdenciária de acumulação de benefício de pensão por morte instituída por pais, o filho fará jus aos benefícios de cada um dos pais, desde que, atendidos os demais requisitos.

3.2 A possibilidade do recebimento de pensão por morte em caso de óbito de apenas um dos pais ou uma das mães

Outra situação que pode ocorrer nos casos de filiação plúrima e que causará reflexo no Direito Previdenciário é a situação em que o filho tem dois pais e uma mãe, ou duas mães e um pai, ou ainda, dois pais e duas mães, e apenas um dos pais ou uma das mães vem à óbito. Para fins previdenciários, conforme já visto, o filho é dependente de todos os pais, e independentemente de serem filhos biológicos, adotivos ou socioafetivos, usufruindo da condição de filhos, eles se enquadrarão na primeira classe, ressaltando-se sempre a necessidade de cumprimento dos demais requisitos. Nesse sentido, se posiciona Vieira (2015, p. 95): “No que tange à questão previdenciária, o filho será beneficiário de ambos os pais e estes beneficiários daqueles, havendo, inclusive, a possibilidade dos irmãos, independentemente da origem, receberem a condição de dependente do segurado”.

Analisando as regras da pensão por morte, verifica-se que não há na legislação previdenciária qualquer normativo que impeça o recebimento do benefício em virtude de óbito de um pai, havendo outro pai vivo. Quanto aos efeitos da multiparentalidade nos benefícios previdenciários, Ferreira (2017, web) afirma que:

> se qualquer um dos pais desta pessoa for preso, sendo ele segurado do INSS, ficando recluso no sistema fechado ou semiaberto, percebendo a renda mensal determinada pelo INSS (baixa renda) e sendo o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado, ou inválido, conforme regras previstas no artigo 80 da Lei 8.213/91 e nos

> artigos 116 a 119 do Decreto 3048/99, esse filho fará jus ao recebimento do auxilio reclusão. Aqui a situação inversa também é verdadeira, desde que os pais façam prova de que são dependentes do filho.

Em que pese à citação acima se referir ao benefício de auxílio-reclusão, em virtude de disposição legal, as mesmas condições da pensão por morte serão aplicadas ao benefício do auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/91). Por fim, sendo o filho dependente de primeira classe, a dependência é presumida. Dessa forma, não há necessidade de comprovação de dependência econômica em relação ao pai ou mãe que faleceu, não sendo, portanto óbice o fato de haver outros pais ou mães vivos, capazes de suprir suas necessidades. Diante do exposto, não havendo qualquer disposição normativa impeditiva, o filho fará jus ao benefício de pensão por morte em virtude de óbito de um dos pais ou mães, ainda que possua outro pai e mãe vivos.

3.3 A possibilidade de dois pais e/ou duas mães receberem pensão por morte em virtude do óbito do filho

Conforme já visto, a legislação previdenciária dispõe que os pais são dependentes de segunda classe. Reforce-se novamente que a origem do vínculo parental, seja ele socioafetivo, adotivo ou biológico, é irrelevante. Dessa forma, falecendo o filho, e não havendo dependentes de primeira classe, os pais podem se habilitar como dependentes, desde que atendidos os demais requisitos. Ressalte-se que, em se tratando de dependentes de segunda classe, há a necessidade de comprovação de dependência econômica em relação ao instituidor do benefício, neste caso, o filho.

Os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições uns com os outros. No caso de óbito do filho, qualquer um dos pais, ou ambos podem se habilitar ao recebimento do benefício. No caso da multiparentalidade, diz Ferreira (2017, web): “ocorrendo a morte deste filho, qualquer um dos pais, desde que comprovada a dependência econômica para com o filho, poderá solicitar o recebimento de pensão por morte”.

Havendo mais de um dependente na mesma classe, o valor do benefício será dividido entre eles. Nos casos em que o instituidor do benefício seja um filho que teve a multiparentalidade reconhecida, o benefício de pensão por morte pode ser requerido e concedido a apenas um pai, ou a dois pais, ou a um pai e uma mãe, ou ainda a dois pais e uma mãe, porquanto não há na legislação previdenciária vedação de recebimento conjunto por mais de um beneficiário de segunda classe. Dessa forma, sendo os pais beneficiários dos filhos, é possível que mais de dois pais recebam pensão por morte em virtude do óbito do filho, ocorrendo o rateio do valor do benefício entre eles.

CONCLUSÃO

Este artigo atingiu o seu principal objetivo que foi analisar os reflexos do reconhecimento do direito à multiparentalidade nos benefícios de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social. Ao decidir pelo reconhecimento concomitante dos vínculos de filiação de origem afetiva e biológica, o STF consolidou o direito à multiparentalidade. Tal reconhecimento é para todos os fins, produzindo efeitos não somente no Direito de Família, mas também em outras áreas do Direito, como o Direito Previdenciário.

Nos casos de multiparentalidade, um filho terá reconhecido o vínculo de filiação com mais de duas pessoas. No Direito Previdenciário, o filho passará a ser dependente de mais de duas pessoas, bem como poderá ter como seus dependentes mais de um pai ou mais de uma mãe.

O benefício de pensão por morte do RGPS é devido aos dependentes do segurado que vier a falecer. Os dependentes são divididos em classes, sendo que os

filhos são dependentes de primeira classe e não precisam comprovar dependência econômica. Por sua vez, os pais são dependentes de segunda classe e precisam comprovar dependência econômica em relação ao instituidor do benefício. Os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições uns com os outros, sendo o valor do benefício rateado entre eles nos casos de haver mais de um dependente. A existência de dependente em uma das classes exclui o direito ao benefício dos dependentes das classes seguintes.

Para ser dependente dos pais, o filho somente precisa comprovar a relação de filiação. Dessa forma, uma vez reconhecida a filiação, resta estabelecida a condição de dependente do filho em relação a todos os pais. Não havendo proibição de acumulação de benefício de pensão por morte instituída por pais, no caso de óbito de mais de um pai ou mais de uma mãe, o filho fará jus aos benefícios de cada um deles, desde que atendidos os demais requisitos.

Há ainda a possibilidade de óbito de um dos pais, havendo outro pai vivo. Por se tratar de dependente de primeira classe, não há necessidade de comprovação de dependência econômica em relação ao pai ou mãe que faleceu. Dessa forma, fará jus ao benefício em relação ao pai que faleceu, sendo irrelevante o fato de haver outros pais ou mães vivos, capazes de suprir suas necessidades.

Outra hipótese é o óbito do filho que teve a multiparentalidade reconhecida. Por serem os pais dependentes de segunda classe, devem comprovar que dependiam economicamente do filho, que será o instituidor do benefício. Havendo mais de um pai ou mais de uma mãe que comprovem a dependência econômica, o benefício será rateado entre eles, visto que os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições uns com os outros.

A pesquisa demonstrou que apesar de não estar prevista na legislação previdenciária, o reconhecimento da multiparentalidade gera efeitos também nessa área do Direito. No entanto, para melhor segurança jurídica, importante que a questão seja objeto de produção legislativa. Por fim, dada à complexidade e importância do tema, resta claro que o assunto não foi esgotado com a presente pesquisa, merecendo ser alvo de novos estudos, debates, seminários e discussões, envolvendo o meio acadêmico, os operadores do direito e a sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6341-5/cfi/6/10!/4/2/2@0:0>. Acesso em: 03 de out. 2018.

BRASIL. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988**. Instrução Normativa n. 77 de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **Institui o Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Civil. Família. Relações de Parentesco. Investigação de Paternidade. Recurso Extraordinário n. 898.060. Recorrente: A.N.. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 e 22 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919> e <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.
BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0006422-26.2011.8.26.0286, 1.ª Câmara de Direito Privado, Itu. Apelantes: Vivian Medida Guardia e Augusto Bazanelli. Apelado: Juízo da Comarca. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 14.08.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=CD1905669F87A8F4AF3B1027CFB69F9A.cjsg1?conversationId=&cdAcordao=6104770&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_8b51e669c0eb4d71804d395e5fea5859&vlCaptcha=fAFxT&novoVlCaptcha=>. Acesso em: 19 set. 2018.

CARVALHO, Gilvan Nogueira. Introdução ao direito previdenciário: os regimes de previdência. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11265>. Acesso em: 01 out. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980528/cfi/6/2!/4/2/2@0:10.0>. Acesso em: 20 set. 2018.

COHEN, Ana Carolina Trindade Soares; FELIX, Jéssica Mendonça. **Multiparentalidade e entidade familiar:** fundamento constitucional e reflexos jurídicos. Disponível em <https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/viewFile/1215/595> Acesso em: 26 mar. 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e ref. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/10!/4/16@0:81.7> Acesso em: 11 mai. 2019.

FERREIRA, Simone Carina. **O direito previdenciário face ao reconhecimento do afeto como princípio basilar do direito de família.** Disponível em: <http://www.codigoslex.com.br/doutrina_27488359_O_DIRETO_PREVIDECIARIO_FACE_AO_RECONHECIMENTO_DO_AFETO_COMO_PRINCIPIO_BASILAR_DO_DIREITO_DE_FAMILIA.aspx>. Acesso em: 19 set. 2018.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lívia Copelli. O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12754&revista_caderno=14>. Acesso em: 21 set. 2018.

MEZZZAROBA, 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/cfi/0>. Acesso em: 12 mai. 2019.

MIRANDA, Maylton Rodrigues de. A multiparentalidade como nova espécie de entidade familiar. **Conteudo Juridico**, Brasilia-DF: jul. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54128&seo=1>. Acesso em: 19 set. 2018.

POIANI, Marcia Beani. Multiparentalidade e seu reflexo no direito sucessório. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XXI, n. 171, abr. 2018. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20379&revista_caderno=14>. Acesso em: 19 set. 2018.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade:** a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito previdenciário esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211608/cfi/0>. Acesso em: 19 set. 2018.

SOARES NETO, Horígenes Fontes. A família reconstruída e o reconhecimento jurídico da pluriparentalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 160, maio 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18905>. Acesso em: 21 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5:** direito de família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978235/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>. Acesso em: 19 set. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; MATOS, Eliane Maria Ferreira de. **O reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade como garantia constitucional da igualdade entre as filiações**. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613131084/o-reconhecimento-extrajudicial-da-multiparentalidade-como-garantia-constitucional-da-igualdade-entre-as-filiacoes?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 mar. 2019

VIEIRA, Carla Eduarda de Almeida. **Multiparentalidade:** benefícios e efeitos jurídicos do seu reconhecimento pelo Direito. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/357-2159-1-pb.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

TÍTULOS DE CRÉDITO E ASSINATURAS DIGITAIS

Nicholas Alessandro Alves Medeiros[168]
Stefane Ionara Sutil Gamba[169]

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar a influência da era digital sobre os títulos de crédito, sobre tudo, em relação a assinatura digital e a possibilidade de validação jurídica. Para tanto analisaremos os seguintes pontos: Evolução tecnológica e a necessidade de adaptação do direito empresarial; A sustentabilidade ecológica e a segurança dos arquivos; A virtualização dos títulos de crédito; A obsolescência da cartularidade; A assinatura por certificação digital como elemento de validade da vontade; Problemas relativos à negociabilidade, à circulação e à executividade dos títulos de crédito eletrônicos.

Palavras-Chave: Título de Crédito. Assinatura Digital. Validação Jurídica. Cartularidade. Certificação Digital.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca analisar a forma que a evolução tecnológica vem influenciando os títulos de créditos nos últimos anos. Não há dúvidas que os avanços tecnológicos permitiram o aumento da capacidade de armazenamento e a redução do espaço e do custo de armazenamento de documentos. A utilização de ferramentas de compartilhamento de dados, na rede mundial de computadores (*internet*) no que se chamou de nuvem de dados, diminui significativamente o custo logístico do armazenamento e envio de documentos.

Diante disso, as organizações estão substituindo o papel pelo armazenamento eletrônico de documentos em redes, permitindo cada vez mais agilidade na obtenção da informação. O direito não pode de forma alguma manter-se na inercia e não acompanhar os avanços tecnológicos e suas variadas formas para validade de documentos, assinaturas digitais e responsabilidade ecológica com a economia de papel.

Com a evolução acelerada da tecnologia, identificou-se a necessidade de aprimorar a segurança contida nessas formas de armazenamento de informações e dados, bem como a veracidade da assinatura digital. Por este motivo em 2001 foi regulamentada a Medida provisória 2.200-2 que passou a certificar as assinaturas digitais pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

O Código Civil de 2002, permite a emissão do título de crédito na forma eletrônica, onde possibilitou maior flexibilidade nas relações jurídicas sobretudo que no tange aos títulos de crédito. Desta forma princípios como o da cartularidade por exemplo, tratam-se apenas de invenção doutrinaria.

A utilização de meios eletrônicos nas relações jurídicas está a cada dia mais evidenciada. Além da segurança em seus mecanismos, propicia maior celeridade nos procedimentos.

De acordo com Fabio Ulhoa Coelho, para que aconteça execução de título eletrônico, desmaterializado, será necessária alteração legislativa, de fato. A sustentação da legislação quanto as execuções da duplicata eletrônica não exigem especificamente a sua exibição em papel.

---

[168] Advogado. Professor de Direito Empresarial da Associação Catarinense de Ensino - Faculdade Guilherme Guimbala. E-mail: nalvesmedeiros@gmail.com.
[169] Acadêmica do curso de Direito da Associação Catarinense de Ensino - Faculdade Guilherme Guimbala.

1. EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL

A evolução tecnológica tem apresentado grandes avanços nos últimos anos, ao passo que no direito como um todo ainda caminha de forma lenta e muito mais tímida. Um documento eletrônico contendo a expressão da vontade das partes, possui, ou ao menos deveria possuir, em sentido jurídico, o mesmo efeito ou relevância de um documento de papel, assinado e reconhecido.

Tornou-se indispensável garantir eficácia probante aos documentos digitais e portanto validade jurídica às transações, impondo-se uma necessária uniformidade de regras sobre o tema.[170]

Não há como negar que o surgimento dos *smartphones, tablets* e demais dispositivos eletrônicos inteligentes e portáteis, conectados à internet, tenham revolucionado o acesso à rede de dados e a novas formas de consumo e de contratação.

É necessário acolher este novo paradigma, de que os fatos acontecem e as informações aparecem em uma velocidade frenética e aceitar as mudanças ocorridas no meio tecnológico.[171]

É o que dita Arnaldo Rizzardo ao explicar que muitos negócios tem ser realizado por meio da internet inclusive a firmação de contratos, chamados contratos eletrônicos, em razão do meio utilizado para a negociação.[172]

Ainda em 2002, o Código Civil, antevendo a evolução tecnológica, previu a utilização do computador para a emissão de títulos de crédito, conforme descreve o Art. 889, em seu parágrafo 3º.

Especificamente sobre a emissão eletrônica dos títulos de Crédito, Tarcísio Teixeira, alerta: “Com a evolução da tecnologia, tudo isso (confirmação da existência do crédito e sua transmissão, cobrança, etc.) poderá ser feito utilizando-se o suporte eletrônico. O Direito não pode se esquivar ao avanço tecnológico da sociedade e do comércio”.[173]

Entretanto, apesar da previsão legal entraves jurídicos, políticos e até mesmo organizacionais são observados e impedem a total compatibilidade e utilidade dos meios tecnológicos. Para superá-los é preciso incentivar e dinamizar o uso das tecnologias, aprimorando a segurança e permitindo o engajamento social e ecológico, inclusive.

2. A SUSTENTABILIDADE ECOLÓGICA E A SEGURANÇA DOS ARQUIVOS

Não há dúvidas que a evolução tecnológica permitiu o aumento da capacidade de armazenamento e a redução do espaço e do custo de armazenamento de documentos. A utilização de métodos tecnológicos de

---

[170] MELO, Rita de Cássia Lube de. Eficácia probatória dos documentos digitais no âmbito da auditoria tributária. In Revista Brasileira de Contabilidade. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, abril/2007. Ano XXXVI. nº. 164. p. 78

[171] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil* (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art.889, 3º e legislação complementar) / Mauro Rodrigues Penteado, (coordenador). – São Paulo: Editora Walmar, 2004. p. 190.

[172] RIZZARDO, Arnaldo. *Título de crédito*: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 70.

[173] TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240.

compartilhamento de dados na rede mundial de computadores (internet) no que se chamou de nuvem de dados, diminui significativamente o custo logístico do armazenamento e envio de documentos.

Da mesma forma, as organizações estão substituindo o papel pelo armazenamento eletrônico de documentos em redes, permitindo cada vez mais agilidade na obtenção da informação.[174]

O ganho ecológico na substituição de papel é imenso com a preservação de florestas, diminuindo obviamente o consumo de celulose e a poluição resultante dos meios de produção de papel.

No volume do sistema bancário brasileiro, com inúmeras operações realizadas por dia, entre os diversos bancos e as diversas pessoas físicas e jurídicas que são seus clientes tal economia passa a ser extremamente relevante.

A economia, nesse caso não deriva apenas da não utilização de papel, ou sua redução de uso, e os variados reflexos ambientais de tal providência, mas também dos custos com conservação dos documentos, armazenamento e eventualmente do transporte e frete. A estratégia econômica impulsionada pela evolução tecnológica impacta não só na redução de custos financeiros, mas também ecológicos.

Com tal evolução a segurança também foi incrementada. Quanto maior a utilização desses serviços maior e mais rápida é a evolução dos sistemas de segurança. De acordo com Ligia Paula Pires Pinto, os documentos eletrônicos juridicamente válidos são protegidos por sistema de segurança na forma de criptografias. [175]

> Além da segurança e previsibilidade advinda da regulamentação das atividades econômicas, o mercado tem necessidade de ter certeza que uma obrigação contraída por uma parte não virá a ser repudiada depois. Esse tipo de situação gera complicações que o mercado tem dificuldades de absorver. Por esse motivo, investe tanto em segurança e autenticação em matéria de comércio eletrônico.[176]

Métodos de proteção como criptografia e assinatura eletrônica são utilizados para garantir a autenticidade dos documentos.

A assinatura eletrônica ou digital é uma forma bastante segura de autenticar e validar como verdadeiras as informações contidas em um documento eletrônico. A proteção se dá por meio de uma linguagem codificada, ou seja, um código secreto que dificilmente será identificada:

> Assim, ainda que fosse possível adulterar documento protegido por um sistema de assinatura eletrônica sem a percepção do receptor do título, estaria este ainda resguardado pelo art. 911 do Código Civil de 2002, desde que tivesse sido verificada junto à Certificadora a regularidade da série de endosso (s).[177]

---

[174] GANDINI, João Agnaldo Donizeti, SALOMÃO, Diana Paola da Silva & JACOB, Cristiane. A segurança dos documentos digitais. In Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. São Paulo: Notadez, 2002. Ano 50. nº 295. p. 60.

[175] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil.* p. 203

[176] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil.* p. 189.

[177] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil.* p. 199.

A criptografia é um método relativamente seguro que dificilmente sofrerá adulterações. Já a certificação (assinatura) digital por método criptográfico garante a autenticidade dos dados comprobatórios.

Embora as assinaturas digitais desempenhem o mesmo papel das assinaturas escritas à mão, elas também são capazes de proteger a integridade do documento eletrônico através de recursos criptográficos. A assinatura digital em um documento eletrônico (uma mensagem de correio eletrônico, por exemplo) depende do texto do documento.[178]

Ligia Paula Pires Pinto leciona que:

> A certificação eletrônica mais comum e eficiente é aquela realizada por meio da utilização de chaves públicas e privadas" para codificação, realizada e garantida por uma Certificadora e representada por um certificado que identifica a origem e protege o documento de qualquer alteração sem vestígios, [...].

Desta forma a assinatura eletrônica ou certificação digital apresenta uma forma muito segura de assinar documentos e utilização em meios virtuais. Regulamentada em 2001 pela Medida Provisória 2.200-2/2001 as assinaturas eletrônicas e os certificados digitais passaram a ser garantidas pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

3. A VIRTUALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

O Código Civil, o título de crédito traz como elementos mínimos de um título de crédito a literalidade e a autonomia, produzindo efeito quando preenchidos os requisitos mínimos da lei.[179]

A literalidade, que representa o direito a ser exercido pelo título de crédito, é requisito de validade e de expressão do próprio direito. Enquanto a autonomia enseja um direito próprio e está coadunado com o princípio da boa-fé.

Além disso a cartularidade, permite a materialização da expressão do direito, de forma que o direito passa a ser o próprio título. Enquanto estiver o título em posse do credor ou melhor do titular do direito poderá exercê-lo, observando a regra que em nada pode alterá-lo sem que haja anotação sobre o mesmo.[180]

Porém a evolução tecnológica acabou influenciando, como visto, significativamente a forma e armazenamento dos documentos, sobretudo dos títulos de crédito, possibilitando assim utilização eletrônica a essa disciplina, com pouca regulamentação.

O registro do crédito em meio eletrônico (processo que se chama, às vezes, desmaterialização dos títulos de crédito, numa referência ao abandono do papel como suporte) tem despertado diversas questões para o direito cambiário. Algumas essenciais, em que é a própria sobrevivência do regime

---

[178] ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas promissórias eletrônicas:* uma análise do endosso eletrônico. p. 25. fev/2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/50150/mod_folder/content/0/Nota%20Promissoria%20Eletronica.pdf?forcedownload=1. Acesso em 30 agosto 2017.

[179] BRASIL, LEI 10.406 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em:24 de junho 2017.

[180] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil* p.191

jurídico, ou pelo menos de seus princípios da cartularidade e literáriolidade, que é posta em dúvida.[181]

Um documento eletrônico deve, assim como um documento físico, permitir a verificação da autenticidade, da integridade e da tempestividade.[182]

Da mesma forma, deve ser com os títulos de crédito. O título de crédito além dos requisitos pertencentes ao seu próprio regramento, também se submetem a possibilidade verificação de autenticidade, integridade e tempestividade, sendo ele físico ou eletrônico.

Isso porque o Código Civil possibilita em seu artigo 889, §3º a emissão dos títulos de créditos de forma eletrônica conforme menciona:

> Art. 889 Deve o título de crédito conter a data de emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e a assinatura do emitente.
> [...]
> § 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

Essa emissão tem recebido a denominação de título de crédito eletrônico ou virtual, ou seja, é o título emitido por meio eletrônico, não materializado em papel (o título é real, mas não é impresso em papel), sendo uma exceção ao princípio da cartularidade.[183]

Diante disso, entende-se que o legislador ao permitir que o título pode ser emitido a partir de caracteres virtuais trouxe maior flexibilidade e novas possibilidades nas relações jurídicas sobretudo à disciplina dos títulos de crédito. O advento de tal dispositivo não veio com o intuito de esclarecer a discussão sobre o título eletrônico, e sim para permitir a sua emissão.[184]

Na realidade a desmaterialização dos títulos de crédito não é algo novo e muito menos exclusivo do Código Civil atual. A origem de tal sistema é na França com a emissão de letras de câmbio em meio magnético, acompanhadas de borderô de cobrança, sem circulação do título.[185]

A legislação norte americana também prevê a emissão de notas promissórias eletrônicas.[186]

4. A OBSOLESCÊNCIA DA CARTULARIDADE

Isso tudo tem gerado um debate quanto a obsolescência da cartularidade -a utilização do papel para o registro da forma de pagamento, garantias, endossantes e endossatários, credores e devedores - já que em meio eletrônico tais situações também podem ser atendidas. E como visto, com redução de custo financeiro e ecológico.

---

[181] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial volume I*: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 531.
[182] GANDINI, João Agnaldo Donizeti, SALOMÃO, Diana Paola da Silva & JACOB, Cristiane. *A segurança dos documentos digitais.* p. 64.
[183] TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. p. 239.
[184] BRAGA, Luiza Tostes Mascarenhas. *Os Títulos de crédito eletrônicos e a duplicata virtual.* Monografia – PUC, Rio de Janeiro 2009. Pg.38.
[185] TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. p. 240.
[186] ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas promissórias eletrônicas:* uma análise do endosso eletrônico.p22.

É de suma importância abrigar a evolução do conceito de cartularidade que anteriormente prendia-se ao papel, e atualmente deve-se olhar de forma mais ampla e adaptando-o quanto ao conceito, no que pode ser chamado de documentabilidade, capaz de atender os requisitos dos documentos físicos ou eletrônicos e eventuais métodos de acordo com inovações da área da tecnologia. Sendo assim a cartularidade pode tornar-se obsoleta.[187] Mas ainda assim, com tal obsolescência, será permitida a emissão de título de crédito legalmente válidos.

Para Francisco Luiz Peluto Horta, o título eletrônico traz consigo não apenas a inovação e avanço tecnológico, mas sobre tudo a facilidade de concessão e acesso a este documento, conforme demonstrado a seguir:

> No entanto, não se pode deixar de ressaltar que a necessidade de transmissão da posse física da cartula é consequência justamente do atributo de exclusividade do documento papel. Como o título de crédito é um documento dispositivo, o adquirente do direito creditório dependerá da posse física da via negociável do título de papel para exercer sem maiores dificuldades o direito que lhe é transmitido. Por outro lado, os documentos eletrônicos admitem multiplicação ilimitada, de modo que bastará ao credor, originário ou não, ter acesso a qualquer de tais multiplicações para poder exigir seu direito contra os respectivos devedores. Assim sendo, no âmbito dos títulos eletrônicos torna-se inútil e desnecessária a transmissão da posse do título, substituída pela simples concessão de acesso ao documento eletrônico que serve de suporte a obrigação cambiária.[188]

Entretanto Tarcísio Teixeira alerta “essa emissão eletrônica de um título de crédito só é possível para a duplicata, que é emitida pelo próprio credor. Por não ser absoluto, não existe abrigo para quem defende a impossibilidade de emissão de títulos eletrônicos por considerar que essa ação poderia ferir o princípio da cartularidade”.[189]

Segundo o autor se a Lei de Duplicatas não obsta o protesto sem o título original quando prevê o protesto por indicação, é possível portanto, se realizar um ato cambiário, sem ofensa à cartularidade.[190]

Da mesma forma Fábio Ulhoa Coelho diz que o princípio da cartularidade não se aplica, no direito brasileiro, inteiramente a duplicata mercantil ou de prestação de serviços.[191]

Contudo, nem mesmo a Lei Uniforme de Genebra, representada no Brasil pelo Decreto 57.663/1966 e seu anexo, menciona a necessidade de apresentação do título em papel, a referida cartularidade. Tal princípio foi adotado pela doutrina sem que houvesse a aposição legislativa para tanto. Nem mesmo o Decreto 2.044/1.908 prevê nada a respeito. Apesar das indicações insistentes [192], trata-se de invenção doutrinária.

---

[187] HORTA, Francisco Luiz Peluto. *Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz da cédula de crédito bancário.* Mestrado – USP, São Paulo 2014. p.23

[188] HORTA, Francisco Luiz Peluto. *Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz da cédula de crédito bancário.* p.24.

[189] TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. p. 240.

[190]TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. p. 240.

[191] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial volume I*: direito de empresa. p. 439.

[192] ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas promissórias eletrônicas*: uma análise do endosso eletrônico. p.16.

Naturalmente a doutrina se repetiu pois a tecnologia viável para representar a *lettre de change* e a *billet a ordre*, como previsto no Anexo I original em francês depositado à Liga das Nações em 1930, era o papel e daí a cartularidade.[193]

Não é difícil identificar que um novo endossatário, por exemplo, possui meios de provar seus direitos cambiários independente de ter a posse física, em "papel", do documento. Esta questão deve ser superada, e a emissão dos títulos de crédito eletrônicos podem possuir regimes de circulação e não sendo necessária a ratificação dessa prática em nova legislação:[194]

> A concepção pelo legislador de um ambiente normativo apto a desmaterialização dos títulos de crédito, em atendimento aos anseios da doutrina especializada, é a prova irrefutável da relevância dos estudos jurídicos que trazem propositura de reformulações dos pilares doutrinários do instituto dos títulos de crédito. A definição de novas bases para a circulação de títulos de crédito sem transmissão física da cártula é uma de tais reformulações que devem ser conduzidas pela doutrina jurídica, sob pena de o direito ser um empecilho, e não um fomentador, às atividades comerciais. São incompatíveis aos níveis de eficiência dos documentos eletrônicos com aqueles verificados nos documentos em papel, de sorte que privar o acesso a títulos de crédito eletrônicos seria equivalente a frear o desenvolvimento econômico nacional.[195]

A utilização de meios eletrônicos nas relações jurídicas está a cada dia mais evidenciada. Além da segurança em seus mecanismos, propicia maior celeridade nos procedimentos.

5. A ASSINATURA POR CERTIFICAÇÃO DIGITAL COMO ELEMENTO DE VALIDADE DA VONTADE

A assinatura eletrônica por certificação digital, foi criada para atender, entre outras, a necessidades impostas pela evolução tecnológica e da gestão, superando dificuldade como por exemplo, a impossibilidade da presença física das partes para a realização de um ato negocial.

> Assim, para emissão de um título de crédito eletrônico basta que este seja "assinado" por um sistema de assinatura digital com a mesma força que a assinatura autográfica, ou seja, um sistema de assinatura digital que preencha os requisitos que garantam a identidade, a integridade e a perenidade do conteúdo.[196]

A maioria das negociações e contratações têm sido estabelecidas eletronicamente (p. ex., por *e-mails*). Dessa maneira, nada mais óbvio do que a

---

[193] ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre. p. 257. Disponível em https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf. Acesso em: 30 agosto 2017.

[194] HORTA, Francisco Luiz Peluto. *Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz da cédula de crédito bancário.* pg.24.

[195] HORTA, Francisco Luiz Peluto. *Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz da cédula de crédito bancário.* pg.25

[196] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil*. pag. 196

possibilidade de emissão de títulos eletrônicos.[197] Pois os títulos de crédito obviamente são derivações de negócios jurídicos.

Ao se analisar o Artigo 219 do Código Civil, que trata de assinaturas em negócios jurídicos, como prova de manifestação de vontade entre as partes, não há menção de que forma a assinatura deve ser apresentada, não designa como compulsória a assinatura a próprio punho. Presume-se como verdadeira a assinatura virtual.[198]

A medida que acontecem as mudanças sociais acerca do meio eletrônico, é notório e sabido que mudará também o conceito jurídico dessa matéria; então vejamos: a 1ª edição do dicionário jurídico de Plácido e Silva, tratava e limitava a assinatura, para apenas as feitas à próprio punho. Após atualizações e edições posteriores realizadas por Waldir Vitral, na mesma obra, faz a seguinte expressão: assinaturas impressas e ou assinaturas mecanizadas, que são de todo modo realizadas em máquina própria.[199]

As formas de assinaturas tanto a manual quanto a eletrônica se equiparam quanto a sua validade, ambas têm as mesmas funções, e identificam o autor. Enquanto a manuscrita é um ato físico, e pessoal, a assinatura digital é a representação de um fato que também demonstra à vontade, de forma não física realizada por programa virtual.

Com o advento da Medida provisória 2.200-2 de 2001 conhecida como sistema Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), estabilizou-se de maneira legislativa as formas de documentos eletrônicos públicos e privados incentivando a utilização. Com o ICP-Brasil os documentos eletrônicos passaram a ter mais presença e autenticidade com a equivalência entre os documentos escritos e assinados em papel e os documentos eletrônicos.[200]

O certificado digital deve ser emitido por empresa, órgão ou entidade pública que seja licenciado pelo Instituto nacional de Tecnologia da Informação do Ministério da ciência e tecnologia, que por sua vez garante a segurança nas operações pela internet e meios eletrônicos.[201]

Desta forma, a certificação digital assegura que os documentos apresentados são íntegros e verdadeiramente válidos, fornece genuinamente segurança jurídica nas relações virtuais com a real expressão da vontade das partes, quando possível identificar suas assinaturas, ainda que digitais.

6. PROBLEMAS RELATIVOS À NEGOCIABILIDADE, À CIRCULAÇÃO E À EXECUTIVIDADE DOS TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS

Duas das principais características dos títulos de crédito eletrônicos a negociabilidade e a executividade são postas em cheque quando do debate do abandono da cartularidade e por consequência da unicidade do título de crédito.

---

[197] TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. p. 239.

[198] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil* pag.197

[199] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil* pag. 197

[200] BRASIL, Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001*. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 24 junho 2017

[201] PINTO, Ligia Paula Pires. *Títulos de crédito:* teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil p. 201.

Em tese, como visto, ao utilizar-se da assinatura digital por meio de certificados eletrônicos é possível se garantir a expressão da vontade e a autenticidade da emissão de títulos de crédito eletrônicos, e portanto, também é possível se realizar todas as operações pertinentes à matéria cambial no que diz respeito ao aceite, endosso, aval entre outros.[202]

A troca de correspondência eletrônica relativa à emissão, o aceite e o aval, por exemplo, expressa de certa forma a veracidade e a validade das operações cambiais quando, novamente, se utiliza de assinaturas eletrônicas por meio de certificação digital.

A operação de emissão, nos títulos de crédito de emissão do próprio sacado, contém uma expressão natural e unilateral da vontade, ou de ordem de pagamento ou de promessa de pagamento. Se essa expressão é verificável no título de crédito eletrônico por meio da assinatura digital via certificado digital está completa e válida a operação.

O mesmo é dito por Arnaldo Rizzardo para as operações de aceite pois como correspondem a uma declaração unilateral de vontade, torna-se necessário, para que o título tenha validade, eficácia e possa circular, que o aceite do sacado seja efetuado de maneira a não ensejar suspeitas quanto a sua veracidade.[203]

A emissão de títulos de crédito eletrônicos é bastante difundida quando se trata da emissão de duplicata mercantil, já que emitida pelo tomador ou beneficiário, justamente pelo dispositivo legal permitir o protesto por indicação. Isso porque o próprio beneficiário pode se utilizar de qualquer meio eletrônico, como um editor de texto por exemplo, indicando os requisitos da duplicata (fatura) sem depender da emissão por parte do sacado. A assinatura será aposta por certificação digital.

Apesar de não conter nenhuma vedação jurídica, a prática cambial brasileira ainda não tem utilizado da emissão dos títulos de crédito eletrônicos para que representem volume significativo, quando se trata de emissão de notas promissórias ou letras de câmbio, por exemplo.

Entretanto, ao citar a realidade o estado de *Utah* nos Estados Unidos da América, Carlos Alberto Rohrmann indica a possibilidade de emissão de títulos de créditos negociáveis, como a nota promissória eletrônica, pela previsão expressa no *The Utah Digital Signature Act* que veda expressamente a assinatura digital em títulos de crédito ao portador.[204]

Estabelecida a relação entre emitente e credor, sem a possibilidade de emissão de título eletrônico ao portador, o estado de Utah tenta garantir segurança e credibilidade ao título de crédito eletrônico negociável.

A negociabilidade, portanto, permitiria a circulação por endosso do título emitido eletronicamente, desde que pelo próprio sistema de emissão pudesse ser aposta a assinatura digital do endossante por certificação no documento eletrônico.

O mesmo pode ser compreendido e executado para o aval. Se o sistema, ainda que seja um editor de texto, permite a inclusão de várias assinaturas

---

[202] TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito empresarial sistematizado*: doutrina, jurisprudência e prática. p. 239.
[203] RIZZARDO, Arnaldo. *Título de crédito*: lei 10.406. p. 73
[204] ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas promissórias eletrônicas:* uma análise do endosso eletrônico. p.32.

digitais no documento eletrônico, ou num título de crédito eletrônico, após a sua emissão, o sistema cambial, com os seus institutos, está preservado.

Contudo, a circulação ao portador deve ser evitada. Isso porque o ataque cibernético via *internet* permite, não só o sequestro de dados como o furto de arquivos e documentos eletrônicos.

Para Coelho mesmo com a autorização da digitalização pela Lei nº. 11.419/2006 e com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o processo judicial nas ações cambiais desenvolve-se inicialmente em suporte de papel. Os autos materializam o processo pela reunião cronológica e formal de petições ainda que eletrônicas, contudo o título executivo será forçosamente exibido em juízo como documento ou documentos em suporte papel. Para execução de título eletrônico, desmaterializado, será necessária alteração legislativa, com certeza. Apesar da sustentação da legislação quanto a execução da duplicata eletrônica porque não exigem especificamente a sua exibição em papel.[205]

O título eletrônico ao portador permitiria, portanto, a executabilidade e a cobrança de um título obtido por meio crime e não por meio de negociação.

A conduta não é vedada no Código Penal pelo Art. 154-A que prevê a invasão de dispositivo informático com intuito de obter dados ou informações nele contidas. O título de crédito eletrônico não pode ser considerado informação em si apenas. É bem jurídico, eletrônico, com projeção pecuniária e que expressa um direito tal qual o título de crédito físico.

Como as notas promissórias eletrônicas são criadas para o ciberespaço, sem a sua representação física, tais documentos podem circular no ciberespaço, simplesmente porque uma nota promissória assinada digitalmente pode ser usada como data input para gerar outra assinatura digital. O risco de fraude existiria se a nota promissória eletrônica circulasse no ciberespaço e no mundo real sem a devida indicação do tomador impedindo inclusive o rastreamento.[206]

Assim, como no mundo real, o requisito presente no Art. 54, III do Decreto 2.044/1908 torna-se indispensável como elemento de segurança no que diz respeito ao título de crédito eletrônico.

Outro modelo de fraude a que estaria sujeito o sistema é a duplicação de títulos de crédito eletrônicos. Isso porque ao emitir um título de crédito como a nota promissória num sistema não previsto para tal e sem o controle de unicidade o emitente estaria sujeito a uma duplicação fraudulenta por parte do beneficiário.

Nessa modalidade fraudulenta, aceitando-se que o endosso é permitido eletronicamente, sem que haja a certificação ou checagem em um sistema repositório, o endossante poderia criar cópias de arquivos que seriam o próprio título de crédito eletrônico, negociá-los e transferi-los via endosso eletrônico a diversos endossatários. Cada um com a sua cópia unitária do título o que poderia causar um prejuízo enorme no sistema econômico e cambial brasileiro.

Não que essas modalidades de fraudes não existam fora do ciberespaço. Mas a identificação da fraude, sem o sistema de certificação ou repositório, apenas seria possível quando da inadimplência do emitente ou quando da execução forçada no domicílio do emitente por múltiplos endossatários.

A legislação brasileira de certa forma prevê algo parecido com um repositório virtual ao criar em 2013 o Sistema de Pagamentos Brasileiro

---

[205] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial volume I*: direito de empresa. p. 531.
[206] ROHRMANN, Carlos Alberto. *Notas promissórias eletrônicas:* uma análise do endosso eletrônico. p.54.

permitindo que as instituições de pagamento gerenciem o uso de moeda eletrônica. Nada, entretanto mencionando quanto emissão ou endosso de títulos de crédito.[207]

Rohrmann recomenda a criação uma legislação específica para tratar o tema dentro do sistema da Lei Uniforme de Genebra para que se aceite a utilização da assinatura eletrônica na emissão de notas promissórias eletrônicas por exemplo: Para a L.U.G. aceitar as notas promissórias eletrônicas, torna-se necessária uma legislação para regular as assinaturas digitais. Além dessa legislação sobre assinaturas digitais, poucas emendas devem ser feitas na L.U.G.[208]

Na proposta, Rohrmann limita o uso e a circulação da nota promissória eletrônica apenas em meio eletrônico, sendo vedada a conversão para meio não eletrônico, bem como a emissão da nota promissória ao portador e criando o que ele denomina de listagem da cadeia de endossos. Pela listagem de cadeia de endossos qualquer endosso realizado por mais de uma vez no mesmo título de crédito eletrônico pelo mesmo possuidor é tido como nulo.[209]

Acompanhando a proposta de Rohrmann com o fim de minimizar as fraudes é imprescindível que o endosso somente seja permitido via repositório ou sistema de certificação unificado, não sendo permitido, portanto que o endosso fosse aposto em qualquer sistema de edição de textos.

O custo de criação e manutenção desse sistema de certificação não pode ser alto sob pena de não compensar a sustentabilidade econômica pregada no início do artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica claro pela pesquisa realizada que a informatização dos sistemas documentais é um caminho já trilhado e sem volta no sistema econômico mundial. A realização de negócios de forma remota e o armazenamento de operações de forma eletrônica é constante em crescimento no mercado mundial.

Contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, sobretudo daqueles com menos rigidez legal no sentido da exigência do registro são cada vez mais comuns. O surgimento dos smartphones e dispositivos com internet de alta velocidade propiciaram o interesse pela sustentabilidade ecológica e pela velocidade negocial.

E como sempre acontece, o sistema legislativo, sobretudo em matéria cambial, acompanha a evolução em ritmo lento.

Por sorte o Código Civil em 2002, antevendo a utilização do computador como ferramenta indispensável para o desenvolvimento econômico mundial

---

[207] BRASIL. Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros; dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB);... Publicado no Diário Oficial da União em 10/out/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm. Acesso em: 30 agosto 2017.

[208] ROHRMANN, Carlos Alberto. Notas promissórias eletrônicas: uma análise do endosso eletrônico.
p 58.

[209] ROHRMANN, Carlos Alberto. Notas promissórias eletrônicas: uma análise do endosso eletrônico.
p 60.

permitiu a emissão de documentos eletrônicos, sobretudo aqueles que formalizam os títulos de crédito.

Para garantir a segurança de tais documentos eletrônicos o sistema legislativo criou a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e a digitalização de processos judiciais pela Lei 11.416/2006 e posteriormente ratificando o tema no Novo Código de Processo Civil.

Contudo, ainda que não haja proibição legislativa e ao contrário, uma permissão no sentido de possibilitar a emissão de títulos de crédito eletrônicos se percebe que a matéria ainda não é difundida na prática. Apesar da obrigatoriedade[210] das pessoas jurídicas utilizarem as assinaturas eletrônicas e os certificados digitais em declarações por força da instrução normativa da Receita Federal do Brasil, nº. 969, pouco se vê dessa utilização na formalização de documentos e contratos eletrônicos nas relações privadas.

A reversão desse quadro talvez aconteça após campanha governamental e pequena alteração legislativa no âmbito civil e regulamentar no Banco Central do Brasil por exemplo, para o incentivo à emissão e armazenamento de títulos de crédito vinculados a contratos de financiamento bancário.

Da mesma forma, com o intuito limitar ou mitigar as fraudes, é necessário que tais títulos não possam ser emitidos ao portador, evitando a circulação em meios cibernéticos de títulos de crédito eletrônicos emitidos por meio fraudulento.

Além disso, para garantir a perfectibilização do sistema adotando a sugestão apontada por Carlos Aberto Rohrmann é necessário o controle no sistema de endosso e que o endosso obrigatoriamente, para ser permitido, seja registrado numa listagem de cadeia de endosso, ainda que meramente eletrônica, para se permitir a consulta posterior ou evitar o endosso múltiplo pelo mesmo possuidor no título de crédito eletrônico já por ele endossado.

Com isso o sistema de emissão e circulação, pelo menos nacional, dos títulos de crédito eletrônicos adquirirá uma esperada estabilidade em matéria de segurança e um grande incremento na utilização, permitindo assim, a redução de custos operacionais para a emissão, armazenamento, negociação e circulação dos títulos de crédito e um ganho significativo em economia financeira e ecológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Luiza Tostes Mascarenhas. **Os Títulos de crédito eletrônicos e a duplicata virtual.** Monografia – PUC, Rio de Janeiro 2009

BRASIL, Lei 10.406 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001. **Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm.

[210] RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Informações sobre a obrigatoriedade de utilização de certificado digital (com atualizações da IN RFB nº 1.036/2010). Disponível em: https://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/senhas-e-procuracoes/senhas/certificados-digitais/informacoes-sobre-a-obrigatoriedade-de-utilizacao-de-certificado-digital-com-atualizacoes-da-in-rfb-no-1-036-2010. Acesso em 31agosto 2017.

BRASIL. Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. **Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros**; dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); autoriza a União a emitir, sob a forma de colocação direta, em favor da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), títulos da dívida pública mobiliária federal; estabelece novas condições para as operações de crédito rural oriundas de, ou contratadas com, recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE); altera os prazos previstos nas Leis nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e nº12.249, de 11 de junho de 2010; autoriza a União a contratar o Banco do Brasil S.A. ou suas subsidiárias para atuar na gestão de recursos, obras e serviços de engenharia relacionados ao desenvolvimento de projetos, modernização, ampliação, construção ou reforma da rede integrada e especializada para atendimento da mulher em situação de violência; disciplina o documento digital no Sistema Financeiro Nacional; disciplina a transferência, no caso de falecimento, do direito de utilização privada de área pública por equipamentos urbanos do tipo quiosque, **trailer**, feira e banca de venda de jornais e de revistas; altera a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins na cadeia de produção e comercialização da soja e de seus subprodutos; altera as Leis nºs12.666, de 14 de junho de 2012, 5.991, de 17 de dezembro de 1973, 11.508, de 20 de julho de 2007, 9.503, de 23 de setembro de 1997, 9.069, de 29 de junho de 1995, 10.865, de 30 de abril de 2004, 12.587, de 3 de janeiro de 2012, 10.826, de 22 de dezembro de 2003, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 4.870, de 1º de dezembro de 1965 e 11.196, de 21 de novembro de 2005, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e 4.870, de 1º de dezembro de 1965; e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em 10/out/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial volume I:** direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GANDINI, João Agnaldo Donizeti, SALOMÃO, Diana Paola da Silva & JACOB, Cristiane. A segurança dos documentos digitais. *In* **Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. São Paulo: Notadez, 2002. Ano 50. nº 295.

HORTA, Francisco Luiz Peluto. **Apontamentos sobre a desmaterialização dos títulos de crédito à luz da cédula de crédito bancário.** Mestrado – USP, São Paulo 2014

MELO, Rita de Cássia Lube de. Eficácia probatória dos documentos digitais no âmbito da auditoria tributária. *In* **Revista Brasileira de Contabilidade**. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, abril/2007. Ano XXXVI. nº. 164

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre.** p. 257. Disponível em https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf. Acesso em: 30 agosto 2017.

PINTO, Ligia Paula Pires. **Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil** (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art.889, 3º e legislação complementar) / Mauro Rodrigues Penteado, (coordenador). – São Paulo: Editora Walmar, 2004

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Informações sobre a obrigatoriedade de utilização de certificado digital** (com atualizações da IN RFB nº 1.036/2010). Disponível em: https://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/senhas-e-procuracoes/senhas/certificados-digitais/informacoes-sobre-a-obrigatoriedade-de-utilizacao-de-certificado-digital-com-atualizacoes-da-in-rfb-no-1-036-2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Título de crédito:** lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Notas promissórias eletrônicas: uma análise do endosso eletrônico**. p. 25. fev/2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/50150/mod_folder/content/0/Nota%20Promissoria%20Eletronica.pdf?forcedownload=1. Acesso em 30/08/2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O FENÔMENO *BACKLASH* NO BRASIL

Jessyca Vieira Lorencetti[211]
Mauricio Mesurini da Costa[212]

Resumo: O estudo do *fenômeno backlash* lança luzes ao antigo debate sobre a quem deve recair a interpretação e o controle constitucional das leis. Apresenta-se, na presente pesquisa, algumas reflexões sobre o protagonismo judicial predominante no Brasil, buscando compreender novas possibilidades de se aproximar dois conceitos aparentemente contraditórios: o controle de constitucionalidade e a democracia participativa. Logo, a reflexão consiste em saber qual é a contribuição, para o Estado Democrático de Direito, da supremacia do Poder Judiciário como o detentor da última palavra sobre os temas constitucionais. Seriam possíveis mecanismos mais democráticos que contribuíssem com o controle de constitucionalidade? Para tanto, será feita uma análise sobre o papel do Judiciário como o interprete da Constituição, bem como, será destacado o fenômeno do *backlash* a fim de analisar como o povo pode ser um ator efetivo no controle de constitucionalidades das leis.

Palavras-Chave: *Backlash*. Ativismo judicial. Interpretação constitucional.

INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos, muito se tem estudado e discutido acerca da problemática sobre a quem deve recair a interpretação e controle da Constituição.[213] O embate político e judicial não ocorre apenas no Brasil. Considerando as dificuldades técnicas da interpretação constitucional, os sistemas jurídicos, de regra, entregam às Cortes Constitucionais a tarefa de decidir sobre a Constituição.

Verifica-se, no momento atual, que em muitas vezes o Poder Judiciário acaba fechando lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, fazendo uma interpretação das normas constitucionais com base em seus princípios próprios e aplicando a norma da maneira que lhe aprouver, muitas vezes adotando tão somente uma argumentação moral/política, sem o devido enfrentamento à superação de precedentes já firmados.

Dessa forma, acaba-se gerando um conflito entre a sociedade que passa a ser "governada" por um órgão que não foi eleito pelos cidadãos ali presentes, ou seja, apesar de não ser um órgão apto a governar, acaba por invariavelmente interferir diretamente sobre atividades de governo, seja suprindo lacunas deixadas pela inação do Poder Legislativo, seja interpretando as leis "conforme" o conceito de Constituição adotado pela Corte, e, pior, o conceito adotado individualmente por cada Ministro. Ou seja, substitui-se a política legislativa do legislador, pela política legislativa do julgador a quem a causa foi distribuída.

Daí a importância em se estudar o fenômeno do *backlash* no direito brasileiro, refletindo até que ponto uma decisão do Poder Judiciário é legítima para representar a vontade popular.

Nesse sentido, o principal enfoque do estudo do fenômeno do *backlash* é analisar até que ponto a Supremacia Judicial, através da Corte, quando da

[211] Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade CNEC Joinville – FCJ. E-mail: jessycalorencetti@hotmail.com.
[212] Mestre e Doutor em Direito Público (UFSC). Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Administrativo. Faculdade CNEC Joinville – FCJ. E-mail: mesurini@yahoo.com.br.
[213] Vide, por exemplo, o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito de quem deveria ser o defensor da Constituição.

interpretação e aplicação da Constituição, acaba por transcender uma matéria apenas jurídica para alcançar decisões de natureza política, a despeito da dificuldade inerente de se distinguir constituição e política. Tal prática não seria então violação ao Estado Democrático de Direito?

É nesse sentido que falar que o controle de constitucionalidade das leis é atributo exclusivo do Poder Judiciário e, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, é entrar em conflito com o significado de democracia. O art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra expressamente que "*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*" (BRASIL, 1988, WEB), no entanto, repita-se, chega a ser contraditório o fato de que a "guarda" da Constituição seja realizada por um único poder específico que, diga-se de passagem, sequer foi eleito pela população.

Ademais, importante deixar aqui demonstrado que ao realizar o controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal muitas vezes pode ir contra o entendimento que prevalece em uma comunidade específica. Conforme destacou John Hart Ely (2016): "*não há, em absoluto, como garantir que os membros vitalícios da Suprema Corte (ou os outros juízes federais) sejam pessoas que partilham dos nossos valores*".

Nesse mesmo entendimento, Germana Parente Neiva Belchior (2008, p. 215-216) sustenta que "*a origem não democrática do órgão guardião da Constituição tende a transformar-se em uma instituição distante do povo e próxima das elites*". E prossegue sob a alegação de que "*se o princípio democrático traduz-se que o poder emana do povo, deveria a sociedade ter meios de controlar e fiscalizar a Corte Máxima, que é competente para salvaguardar a Constituição*".

Nesse sentido ainda, Peter Häberle defende *"a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição"*, utilizando os seguintes fundamentos para justificar o papel ativo e necessário de interpretação e aplicação da Constituição pelo povo:

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. **Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.** (HÄBERLE, 1997, p. 15, grifo nosso).

E prossegue:

> Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema "Constituição e realidade constitucional" – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do

> interesse público e do bem-estar geral". (HÄBERLE, 1997, p. 12).

O que se depreende dos ensinamentos de Peter Häberle, é que não deve existir o monopólio da interpretação da Constituição por um órgão específico, sendo o povo, intérprete fundamental nessa jornada, onde uma supremacia judicial apenas feriria o já mencionado Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, "*o reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição*" (MENDES, 2000, p. 3).

Do exposto acima, demonstra-se, portanto, que a interpretação constitucional por muitas vezes se faz necessária, entretanto, deve haver uma certa limitação de atuação do Poder Judiciário, ficando ele adstrito aquilo que lhe foi atribuído na Magna Carta e não ultrapassando, em excesso, essa atribuição.

Dessa forma, o presente artigo tem como intuito demonstrar a atuação dos poderes em um Estado Democrático de Direito, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade brasileiro, bem como, faz-se uma análise de como seria um controle de constitucionalidade exercido por outros intérpretes, e não apenas o Poder Judiciário, exemplificando como o povo, principal detentor do poder em um Estado Democrático de Direito, pode exercer esse poder através do fenômeno do *backlash*.

1. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Em princípio faz-se necessário tecer algumas breves considerações sobre o regime democrático. Nas palavras de Paulo Bonavides, citado por Germana Belchior, a democracia é direito fundamental "*oriunda do ordenamento republicano, em especial o caput do art. 1º, onde o constituinte qualifica por democrático o nosso Estado de Direito*". E, partindo dessa concepção, sustenta que "*a democracia é o mais valioso dos direitos fundamentais e, sem ela, a convivência, a informação, o consenso, o pluralismo não alcançariam, em relação ao bem comum, o sentido perfectivo nem o grau de importância que ora assumem*". (BONAVIDES, 2004 *apud* BELCHIOR, 2008, p. 65).

Logo, parte-se do pressuposto do respeito pela democracia, uma vez que a ideia de autoritarismo instrumental reinserido no imaginário político brasileiro com a ditadura civil-militar do pós-64 deve ser superada, apesar da persistência de muitas estruturas e práticas daquela época.

Além disso, estudando a teoria do constitucionalismo democrático com mais afinco, chega-se à conclusão de que tratando-se de um Estado Democrático de Direito, resta imprescindível levar-se em conta o ideal de escolha do indivíduo (participação política), bem como, se demonstra mais do que necessária a análise do ambiente social em que os cidadãos encontram-se inseridos, analisando as "*conjunturas culturais, sociais e econômicas do sujeito, bem como deve(ria) implicar um processo mínimo de formação, informação e reflexões críticas sobre sua própria condição*". (GODOY, 2015, p. 27).

A relação entre constitucionalismo e democracia se estabelece como um pêndulo, que ora se aproxima das cortes de justiça e ora se aproxima do povo. O chamado "constitucionalismo democrático" afirma tanto o papel das instituições representativas de governo quanto o papel dos tribunais, ambos

voltados ao cumprimento da constituição. Já, o “constitucionalismo popular”, este pretende a retirada da constituição dos tribunais, conforme já destacado pelo Ministro Barroso.

> O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do judiciário na implementação dos direitos constitucionais no Estado americano. De outro lado, recusando um foco essencialmente jurisdicional (*a juricentric focus on courts*), o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento popular desempenha ao direcionar e legitimar as instituições e as práticas do controle judicial. (BARROSO, 2014, p. 28).

Frente a isso, necessário ressaltar a importância que tanto o povo, quanto os demais poderes possuem em questões constitucionais e, principalmente o povo, pois sofre diretamente as mudanças culturais, sociais e econômicas, advindas ao longo dos anos.

Importante salientar que não se está aqui defendendo a tese de que não se deve existir controle de constitucionalidade, mas sim, de que este controle deverá ser compartilhado entre os demais Poderes e, principalmente pelo povo, personagem necessário do Estado Democrático de Direito.

A interpretação constitucional exercida pelo Poder Judiciário se mostra de extrema importância no cenário atual, entretanto, deve haver certa limitação de atuação deste poder, ficando ele adstrito àquilo que lhe foi atribuído na Constituição e aos direitos extraídos direta e somente de seu texto. Ainda, sobre a interpretação constitucional destaca John Hart Ely:

> Sei que é bem mais fácil substituir a justiça prescrita na Constituição pelas ideias que os juízes têm sobre a “justiça”, mas em nenhum momento renunciarei à crença de que o documento em si – e não nosso conceito do que é justo, decente ou correto – deve ser nosso guia… Como afirmei diversas vezes, prefiro depositar minha fé nas palavras da Constituição do que apoiar-me nos padrões de justiça de juízes específicos, padrões estes que se modificam dia após dia. (ELY, 2016, p. 28).

Portanto, totalmente perceptível a importância da existência de uma extensão da interpretação constitucional, eis que em um Estado democrático de direito, não cabe(ria) exclusivamente ao Poder Judiciário decidir questões constitucionais, sendo considerado o único intérprete da Constituição, mas sim, a possibilidade de uma interpretação na Constituição também por parte do povo, enquanto um direito político ativo.

2. UMA CONSTITUIÇÃO SEM SENHORES

Do que se depreende acima, nota-se que além de um papel ativo do povo na interpretação e aplicação da Constituição, é preciso evitar a supremacia judicial, no sentido de que apenas o Poder Judiciário seja o “senhor da norma constitucional”.

Ou seja, o fato de as Cortes – ainda que com amparo da Constituição - se auto intitularem como as detentoras da última palavra sobre o significado da norma constitucional, acaba por enfraquecer a participação popular, que não deve se reservar apenas ao direito de sufrágio. O Supremo Tribunal Federal ao se encastelar nesse papel de "guarda" da Constituição, acaba retirando o direito do povo de expor a vida cotidiana, bem como, expor as necessidades da região.

Sobre o entendimento de uma suposta supremacia judicial acontecendo no atual Estado brasileiro, Godoy destaca que isso pode ocorrer devido a um entendimento ampliado daquilo que está preconizado no artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme demonstrado abaixo:

> Diante disso, vê-se que o Supremo Tribunal Federal fundamenta a sua supremacia judicial como consequência decorrente da previsão constitucional no art. 102 e da supremacia da Constituição. A partir dessa perspectiva, qualquer lei que contrarie a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição deve ser reputada inconstitucional, independentemente do seu conteúdo. Isso equivale a dizer que a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. Diante dessa postura, a supremacia judicial consolida-se, assim, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. Do ponto de vista formal, pois uma decisão do Supremo Tribunal Federal só poderia ser superada por ele mesmo mediante a revisão de seu entendimento sobre a interpretação da Constituição, ou então por meio de emenda à Constituição. E do ponto de vista material, pois como uma decisão do STF tem, em geral, caráter final, ela poria, assim, fim à discussão e controvérsia. Em nome do exercício de sua competência, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado e reafirmado um salvo-conduto que o permite ser o único e fiel intérprete da Constituição. É a concretização, portanto, da primazia do Supremo Tribunal Federal – a "supremocracia" – em detrimento dos demais Poderes e, principalmente, em detrimento e à revelia do povo. (GODOY, 2015, p. 76).

Luis Roberto Barroso ao falar sobre o tema reconhece que a interpretação constitucional é exercida *"concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal"*. E afirma que no Brasil *"a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recursar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional"*. (BARROSO, 2014, p. 51). E prossegue:

> Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição.

> Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. (BARROSO, 2014, p. 45).

E ainda:

> Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário -, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. (BARROSO, 2014, p. 52).

Nota-se, do que foi demonstrado acima, que em momento algum é citado o povo como intérprete da Constituição, restando evidente a existência de uma supremacia judicial com pouca ou nenhuma atuação do povo. Ainda, quanto a atuação do Poder Judiciário, destaca o Ministro Barroso (2014, p. 60) que *"os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade"*.[214]

Entretanto, seriam essas decisões realmente alinhadas aos sentimentos do povo, para o bem ou para o mal? De um modo geral pode-se acreditar que sim, mas há exceções. Muitas vezes a função contra-majoritária da corte provoca reações populares, reações essas que podem, ou não, refletirem direitos constitucionais. Justamente quando as decisões das cortes constitucionais se deslocam do sentimento popular, para o bem ou para o mal, surge o fenômeno do *backlash*.

Logo, a inclusão do povo como intérprete da Constituição não necessariamente aponta para uma postura "garantista", ou seja, protetora de direitos e garantias constitucionais. Não raro, a reação popular é avessa aos direitos, fazendo com que a inserção do povo nesse processo também traga consigo seus riscos.

3. *BACKLASH*

Sobre o conceito de *backlash*, Alessandra Prezepiorski Lemos demonstra que a expressão "*backlash*" é definida pelo Dicionário *Oxford* como *"uma forte reação negativa de uma quantidade considerável de pessoas a um acontecimento social ou político"*. (LEMOS, 2016, p.61).

Assim, demonstra-se que o *backlash* é um meio pelo qual o povo, em geral, pode interferir em decisões que não lhe sejam favoráveis, funcionando como um mecanismo político da atuação do povo na interpretação constitucional. Não se trata de um mecanismo processual, mas sim de uma

[214] Uma crítica sobre os juízes das cortes constitucionais enquanto legítimos intérpretes dos anseios populares, decidindo com base em uma meta-constituição não escrita, vide Maus, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade.** <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>, acesso em 24/06/2019.

interpretação constitucional feita na arena política, institucionalizada (parlamentos) ou não (ruas).

Como visto, cabe ressaltar que o *backlash* é uma via de mão dupla, podendo ser progressista (a favor de direitos) ou conservador (contra direitos). A participação popular tem seus bônus e ônus. Um exemplo de efeito conservador ocorreu no caso *Roe v. Wade* julgado pela Corte Americana, em que a decisão regularizou o aborto. A respeito da temática, Godoy destaca:

> A decisão final da Suprema Corte em favor do direito de escolha da mulher interrompeu um processo de construção pública que vinha sendo realizado pelo debate popular democrático nos estados, o que causou forte rejeição social (*backlash*) em diversos estados, os quais demoraram em cumprir integralmente o disposto pela Suprema Corte. (GODOY, 2015, p. 93).

Outro exemplo significativo de *backlash* conservador é o caso *Brown v. Board of Education* que tratou da segregação racial nas Escolas dos Estados Unidos em 1954:

> Um exemplo claro disso é o famoso caso *Brown v. Board of Education*. Se por um lado ele representou um grande avanço ao declarar inconstitucional a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos em 1954, por outro lado até 1964 apenas uma pequena minoria das escolas do sul dos Estados Unidos obedecia a decisão da Suprema Corte. Isso mostra como uma vitória jurídica é importante, mas como ela também depende de uma série de outras ações e medidas políticas e governamentais. (GODOY, 2015, p. 92).

Já no Brasil, pode-se destacar o caso Raposa Serra do Sol, que demonstrou o conflito entre a população indígena e os agricultores em Roraima:

> No Brasil um exemplo que talvez represente uma vitória jurídica e uma derrota política seja o caso Raposa Serra do Sol, que reconheceu a demarcação de terras indígenas feitas pela União e determinou a desocupação da área em favor dos índios. Se tal decisão representou, por um lado, uma vitória imediata na proteção dos direitos indígenas, por outro causou uma forte reação política contrária aos índios e em favor dos agricultores. Uma reação que até hoje vem sendo sentida e que se reflete nos constantes embates entre a bancada ruralista do Congresso Nacional e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), bem como nas seguidas tentativas de reverter-se legislativamente as formas de as terras indígenas serem demarcadas. (GODOY, 2015, p. 94).

Dos eventos mencionados acima, pode-se ver que as decisões judiciais muitas vezes podem ir contra os interesses do povo ou de uma sociedade específica, e que dessa decisão poderá surgir uma reação desfavorável por parte das pessoas envolvidas. Porém, tais decisões, contra os interesses de determinadas camadas sociais, podem estar em consonância com o texto constitucional.

E é partindo desse pressuposto que recai a crítica sobre o Supremo Tribunal Federal possuir a última palavra acerca da interpretação do texto constitucional, haja vista que uma atuação única da Corte Constitucional acaba excluindo os demais Poderes e, principalmente o povo, do papel de intérpretes da Constituição, tarefa que foi a eles delegada quando da instituição do Estado Democrático de Direito. Assim, é que não se pode falar em um único Poder, sujeito ou instituição detendo o monopólio da interpretação e aplicação da Constituição.

4. VAQUEJADA

Para exemplificar ainda mais o *backlash*, traz-se à tona o exemplo da ocorrência do fenômeno no Brasil, quando da discussão da constitucionalidade ou não do evento da vaquejada.

Acerca da vaquejada, necessário se faz alguns esclarecimentos iniciais. O evento denominado “vaquejada” trata-se de uma atividade cultural ocorrida no Nordeste brasileiro, mais especificamente no estado do Rio Grande do Norte, podendo ser realizada também nos Estados de Pernambuco, Paraíba, Sergipe, entre outros. O “esporte” consiste na soltura do boi dentro de uma área fechada, com dois homens montados a cavalo, cuja intenção é derrubar o animal pela calda, devendo este cair entre duas faixas pintadas no chão, conforme informações publicadas no site da Associação Brasileira de Vaquejada – ABVAQ:

> As disputas são entre várias duplas, que montados em seus cavalos perseguem pela pista e tentam conduzir o boi na faixa apropriada para a prova, com dez metros de largura, desenhada na areia da pista com cal. Cada vaqueiro tem uma função: um é o batedor de esteira, o outro é o puxador. **O Batedor de Esteira** É o encarregado de "tanger" o boi para perto do puxador no momento da disparada dos animais e pegar o rabo do boi e imediatamente passar para o colega, além de empurrar com as pernas do seu cavalo, o boi para dentro da faixa caso o boi tente levantar-se fora da faixa. **O Puxador** É o encarregado de puxar o rabo do boi e de conduzi-lo para dentro da faixa apropriada, é também quem faz quase todo o trabalho não desmerecendo o esteira. **O Juiz** serve como árbitro na disputa entre as duplas e deve ficar ao alto da faixa onde o boi será colocado. Ao cair na pista, dependendo do local, pontos são somados ou não a dupla. (ABVAQ, 2019, WEB).

Pois bem, feitos os esclarecimentos iniciais acerca da vaquejada, nota-se porque o evento é tão polêmico a ensejar a revolta dos defensores dos animais

e do meio ambiente que veem no evento uma prática recorrente de maus tratos aos animais.

Foi no ano de 2015 que a polêmica da vaquejada, considerada por muitos como evento cuja finalidade são os maus tratos aos animais, deteve o auge da polêmica. Na competição ocorrida neste ano, um dos bois que estavam sendo utilizados para a prática do "esporte" teve o rabo arrancado. Em uma notícia publicada no jornal da BBC Brasil, destacou-se o seguinte:

> Noite de maio de 2015 no parque Alto Sereno, em Serrinha (BA). Cerca de 2 mil pessoas assistem a dois homens montados em cavalos perseguirem um boi com o objetivo de derrubá-lo numa faixa de areia, puxando o animal pelo rabo.
> O boi, que passou o dia tendo que fazer a mesma coisa, é jogado ao chão com as quatro patas para cima, e sofre um "desenluvamento" - nome técnico dado ao arrancamento do rabo, a retirada violenta de pele e tecidos da cauda. (BITTENCOURT, 2016, WEB).

Partindo desse pressuposto e da divulgação da mídia sobre o ocorrido, é que se passou a debater com mais veemência a ocorrência do evento, principalmente questionado por Organizações não governamentais - ONG's de proteção ao direito dos animais.

Com vista a esse debate é que foi proposta pelo Procurador Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.983 onde, com fundamento nos artigos 102, I, "a" e "p"; e 103, VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscou a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, Lei esta, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural.

Referida lei do Estado do Ceará defendia o evento como uma *"atividade desportiva e cultural"* alegando ainda que fica *"obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais"* (BRASIL, 2013, WEB). Logo, nota-se que existe a previsão de cuidados com os animais, evitando maus-tratos, o que não parece ser o mesmo entendimento do Procurador Geral da República e de uma grande parte da sociedade que repudia o evento.

Conforme fundamento utilizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, destacou o Procurador Geral da República que a Lei que regulamenta a Vaquejada, fere os mandamentos contidos no artigo 225, §1º, VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, destacando ainda outras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que envolveram a discussão de maus tratos aos animais, tais como as farras do boi, as rinhas de galo, entre outras. Destaca em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514 (Rel. Min. Eros Grau, SJ 9.12.2005), onde ficou demonstrado o repúdio aos maus tratos aos animais, sublinhando-se o trecho em que o Ministro Relator destaca que *"a sujeição da vida animal a experiência de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil"*. (BRASIL, 2016, WEB).

No voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 o Ministro Relator Marco Aurélio, sustentou que, mediante o que se depreende do texto da Lei Estadual, chega-se facilmente a conclusão de que os fatos ali narrados vão

contra o preceito constitucional de proteção ao meio ambiente destacado no art. 225 da Magna Carta, realizando a afirmação de que não se pode existir controvérsias quando o assunto tratado é a defesa do meio ambiente, reiterando que *"o dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável, sendo que a problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito"*. Destacando, por fim, que um evento, cujo entretenimento é o sofrimento dos animais, não detém condições de ser considerado como uma manifestação cultural, *"revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada."* (BRASIL, 2016, WEB).

Entre essas e outras argumentações é que na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, votaram os Ministros para reconhecerem a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Ceará que regulamentava a vaquejada pois, inaceitável o argumento da defesa no sentido de que a prática é realizada sem que exista ameaça aos animais, destacando ainda que a *"atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos"*, reiterando nitidamente que *"inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento."* (BRASIL, 2016, WEB). Com isso, a lei foi considerada inconstitucional e o evento da vaquejada proibido.

O que se seguiu a essa decisão foi um enorme número de protestos, dentre eles, um protesto ocorrido em Brasília, onde *"cerca de 3 mil pessoas, entre vaqueiros e criadores, protestaram contra a decisão do Supremo Tribunal Federal de considerar inconstitucional a regulamentação da vaquejada"* (BRASIL, 2017, WEB).

Ademais, importante se faz destacar que existe muitos defensores do evento no Senado Federal, que não tardaram a achar uma solução para que a vaquejada pudesse continuar acontecendo, sem prejuízo para os envolvidos. É como destaca a revista "Em Discussão" do Senado Federal publicada em abril de 2017:

> Vestidos em seus trajes típicos de couro ou trajando camisetas alusivas à causa, os manifestantes foram recebidos no Congresso Nacional por senadores e deputados favoráveis à vaquejada. Muitos dos vaqueiros e criadores puderam acompanhar de perto a tramitação das propostas legislativas que procuram garantir a continuidade da prática no país. O projeto de Lei da Câmara 24/2016, do deputado Capitão Augusto (PR-SP), com relatório favorável do senador Otto Alencar (PSD-BA), elevou o rodeio e a vaquejada, assim como suas respectivas expressões artístico-culturais, à categora de "manifestação da cultura nacional" e de "patrimônio cultural imaterial". Aprovado no Senado em 31 de outubro e sancionado em 30 de novembro, o PLC 24 foi convertido na Lei 13.364/2016. (BRASIL, 2017, WEB).

Da íntegra da referida Lei nº 13.364/2016, pode-se notar a "aceitação" do evento como parte do patrimônio histórico-cultural brasileiro. Além da promulgação da já citada lei, houve a proposta da Emenda Constitucional nº 50/2016 realizada pelo Senador Otto Alencar "e os Projetos de Lei nº 377/2016, do senador Raimundo Lira (PMDB-PB), e 378/2016, do senador Eunício Oliveira (PMDB-CE)". (BRASIL, 2017, WEB).

Destaque-se que a proposta de emenda constitucional nº "50/2016 foi aprovado por dois turnos em 14 de fevereiro pelo Plenário e seguiu para a

Câmara dos Deputados. Lá foi aprovada em primeiro turno, na noite de 10 de maio, por 366 votos a 50". (BRASIL, 2017, WEB), se transformando na Emenda Constitucional nº 96/2017 que adicionou o §7º ao artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme ementa descrita abaixo:

> Ementa: Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal.
> Explicação da Ementa: Altera a Constituição Federal para estabelecer que não se consideram cruéis as manifestações culturais definidas na Constituição e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. PEC da vaquejada. (BRASIL, 2017, WEB).

Para que fosse aceita a PEC nº 50/2016, o senador Otto Alencar e demais outros senadores a favor do evento da vaquejada, fundamentaram a continuidade da "tradição" em três linhas principais:

> […] o valor cultural e econômico atribuído à vaquejada e às tradições rurais; a inadequação de uma proposta legislativa sobre patrimônio cultural imaterial; e os efeitos da proposta para reverter a decisão judicial e preservar a prática.
> […]
> Segundo o senador, aqueles que não a conhecem veem na vaquejada mais maus-tratos do que, por exemplo, nas corridas de cavalo realizadas no Rio e em São Paulo. "Um puro-sangue inglês corre 2,2 mil metros, apanhando da partida à chegada. No hipismo, no polo, há essa prática", comparou. O senador observou que medidas estão sendo propostas em projetos de regulamentação da vaquejada para que os animais não sofram maus-tratos. "O animal tem que ser adulto, tem que estar em ótima condição física; só corre duas vezes na vida; a cauda é artificial; a camada de areia é de 40 centímetros; não se usa a taca nos animais como se usa no hipismo e nas corridas de longa distância dos puro-sangue ingleses. Se fosse falar em maus-tratos em animais teriam que parar várias práticas no Brasil". (BRASIL, 2017, WEB).

Pois bem, ao analisar o caso concreto, nota-se que a decisão desfavorável aquela sociedade específica gerou um grande número de protestos acerca da proibição do evento. Conforme demonstrado acima, houve manifestação em frente ao Plenário, bem como apoio de Deputados e Senadores para que a situação pudesse ser revertida, dando assim, continuidade à prática que até então havia sido proibida pelo Supremo tribunal Federal. O senador Otto Alencar ainda destaca em sua fala que *"o Supremo não teve o menor respeito pelos vaqueiros, pela vaquejada. Nem sequer fez uma audiência pública. E se faz audiência pública no Supremo para absolutamente tudo"*. (BRASIL, 2017, WEB).

De se destacar que o que aqui se está discutindo não é a questão da constitucionalidade, ou não, da Emenda Constitucional nº 96/2017 ou mesmo a constitucionalidade das leis estaduais que defendem a prática da vaquejada, mas sim, tem-se como foco principal a análise do fenômeno do *backlash* ocasionado quando da intervenção do Poder Judiciário em uma prática considerada centenária para o povo nordestino.

Ademais, conforme já exposto anteriormente, fenômeno do *backlash* apenas ocorre quando um setor da população volta-se contra uma decisão proferida pelo Poder Judiciário, buscando sua reversão, como bem destacado por Vanice Regina Lirio do Valle:

> No plano coloquial, a palavra backlash tem como significado primário um súbito e intenso movimento de reação, em resposta a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento. O conceito inicial tem origem na física, aludindo à dinâmica, e se identifica com a enunciação da terceira Lei de Newton – a toda ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário. Esse mesmo princípio se viu transposto para a realidade social, igualmente associado a uma forte e violenta reação a uma mudança também intensa e expressiva no ambiente, nas regras de convívio, etc. A transposição desse significado verdadeiramente naturalístico da palavra para o campo do direito foi um desdobramento natural de sua incorporação ao universo de relações humanas: mudanças bruscas num padrão de comportamento têm a aptidão de determinar reação de mesma intensidade, no mais das vezes em sentido contrário. (VALLE, 2013, p. 5-6).

Do que se depreende do acima exposto, resta claro que estar-se-á diante de uma situação de "*backlash*", visto que, seguindo-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em desfavor do evento da vaquejada e em contrariedade à lei estadual do Ceará, surgiu-se uma grande manifestação por parte da população, onde muitos, conhecem a prática e o evento da vaquejada desde que ainda eram crianças, isso por ser considerada prática centenária da região.

O fenômeno do *backlash* traz à tona essa reação advinda da sociedade que foi direta, ou indiretamente, afetada pela decisão proferida pelo Poder Judiciário, podendo esta reação ser tanto favorável, quanto desfavorável, dependendo do contexto a que está inserida. No caso da vaquejada, frente a decisão de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, a reação popular mostrou-se totalmente desfavorável pelos argumentos já expostos acima, o que acarretou na edição e promulgação da Emenda Constitucional nº 96/2017. Nota-se que só houve a criação de referida emenda porque o apelo popular foi excessivo e estratégico, de modo a movimentar o parlamento.

O direito e a sociedade se caracterizam pela mobilidade, de todo modo, certas mudanças podem gerar resistência em setores da população, como já foi o caso da discussão em relação a aceitação do casamento homoafetivo; como ainda se discute acerca do aborto e; como no presente caso, o direito de proteção ambiental e animal contra práticas corriqueiras em determinadas regiões do país.

Ainda há que se levar em consideração a confiança (ou não) no órgão do Poder Judiciário que decidirá a questão em si, no caso brasileiro podemos citar o Supremo Tribunal Federal como órgão Judiciário hierarquicamente superior e apto a julgar tais questões. Nesse diapasão muito se discute acerca da legitimidade do órgão Supremo para a resolução desses conflitos. Ainda que seja denominado "o guardião da Constituição" por vezes pode ir contra a vontade popular, muito se questionando sobre o fato de sequer ser órgão eleito pela população, o chamado "*déficit* democrático" que tenta ser mitigado pelas tentativas de "representação argumentativa" da Corte.

CONCLUSÃO

O propósito deste artigo foi tão somente apresentar o tema do *backlash* e as discussões que os circundam. Certamente o *backlash* não é um fenômeno novo, considerando que são históricas determinadas reações populares às decisões polêmicas do judiciário. Porém, notadamente após a Constituição de 1988, em especial favorecida pela onda neoconstitucionalista, a interferência do judiciário em assuntos de grande relevância política e social tornou-se algo natural (ou naturalizado).

Pensar no protagonismo judicial, ou como se popularizou, na judicialização da política, é partir da crise de representatividade que assola a política, agravada pela incapacidade de políticos, partidos e ideologias de conduzirem os imaginários sociais. Também, não raro, Legislativo e Executivo renunciam propositadamente seus poderes decisórios em "casos delicados", que potencialmente gerariam desgaste político com "as bases", deixando ao Judiciário a oportunidade /encargo de fazê-lo (ex. superlotação dos presídios, STF-ADPF 347). Aliado a isso, temos um modelo constitucional aberto à judicialização, com amplo acesso à justiça e um "super STF", que é corte constitucional (modelo europeu), suprema corte (modelo americano) e instância recursal e originária para uma dezena de casos. Admira que o Supremo não celebre casamentos, faça reconhecimento de firmas e autenticação de documentos.

Também, vivemos um momento de nossa cultura jurídica em que predomina uma interpretação moralista da Constituição, pautada pela conexão necessária entre o direito e a moral, em que o ordenamento jurídico é visto como algo incompleto e em constante defasagem, devendo ser "atualizado" pela moral social ou muitas vezes pela moral própria do interprete. Vivemos como se existisse uma "constituição não escrita", uma metaconstituição só acessível aos membros das cortes superiores, revelada por eles circunstancialmente. Esta metanorma não limita os tribunais, pelo contrário, os legitima como o *legibus solutus*, os senhores do direito. Esta metanorma é concebida não necessariamente com base no direito positivo, mas a partir de um supra-direito captado por uma suposta superioridade moral dos ministros do tribunal. É justamente como o anverso dessa moeda que o *backlash* ganha seu lugar.

O *backlash* não pode ser confundido como uma simples desobediência caprichosa à ordens judiciais, mas sim como uma reação a decisões judiciais de notório impacto social, a partir de canais institucionais, ou não, que buscam uma revisão dessa decisão – ou mesmo o enfraquecimento de sua eficácia -, tendo como objeto de disputa a própria interpretação constitucional e a partir de razões públicas, ou seja, razões aceitáveis pela ordem jurídica objetiva, independentemente das crenças e convicções pessoais de cada um. Valores racionais aceitos pelos interlocutores, aceitos porque correspondentes com o ordenamento jurídico enquanto fonte única (e não a Bíblica, a Torá, etc.), a despeito do debate em torno do seu significado.

Aceitar que a corte suprema decida todos os conflitos existentes conforme seu entendimento único é aceitar que se retire do povo um *locus* de participação cada vez mais central nos estados democráticos, em que o judiciário já é, de fato, mais um canal político. Frisa-se que não se está aqui minimizando a importância do órgão judiciário nas decisões constitucionais. Entretanto, por vezes é de se reconhecer que o órgão judiciário pode não ter encontrado a melhor solução para o conflito social que lhe é apresentado, e é assim que o

povo traz para si o seu direito de também ser intérprete da constituição. Não se pode, de outra banda, pensar em um conceito romântico e etéreo de povo. Em verdade, tal categoria é composta de modo heterogêneo, adquirindo maior representatividade de determinados setores da sociedade com potencialidades de organização política e institucional, muito embora falem em nome do "povo" enquanto categoria geral.

É nesse contexto que o fenômeno do *backlash* se manifesta. Considerando a sociedade plural em que vivemos, é necessária a participação do povo na função política de intérprete da constituição, com todos os eventuais riscos que isso possa implicar. Por óbvio que a decisão, no seu aspecto *jurídico*, recairá em última instância ao poder judiciário. Entretanto, no aspecto *político*, a decisão torna-se objeto de controvérsia e disputa entre os diferentes setores sociais. De fato, os riscos de captura da democracia é a característica inerente desse fenômeno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABVAQ. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA. **História da vaquejada.** Disponível em: <http://www.abvaq.com.br/institucional> Acesso em: 27.jun.2019.

BITTENCOURT, Mario. **'O boi teve o rabo arrancado': proibição da vaquejada abre polêmica.** BBC News, 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37830658> Acesso em: 27 jun. 2019.

BARROSO. Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf> Acesso em 27 jun. 2019.

BELCHIOR. Germana Parente Neiva. **Supremo Tribunal Federal, Legitimidade e Corte Constitucional.** Revista da ESMARN, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 205-226, jan/jun 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. Congresso. Senado Federal. **Vaquejada:** Criados e vaqueiros pelejam na arena política. Revista em Discussão, Brasília, Ano 8, n. 31, p. 3-40, Abr. 2017. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/vaquejada> Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. **Lei n. 15.299, de 08 de Janeiro de 2013.** Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Ceará, CE, 15.jan.2013. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm> Acesso em: 27.jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 06.out.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874 > Acesso em: 27 jun. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006, *passim*.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade.** São Paulo. Martins Fontes, 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado em Direito do Estado). 244p. Curitiba. UFPR, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20-%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Acesso em 27 jun. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** Porto Alegre: Formato Artes Gráficas, 1997.

LEMOS, Alessandra Prezepiorski. **Constitucionalismo, democracia e a tensão insuperada: Como a advocacia em defesa do casamento homoafetivo nos Estados Unidos superou a hipótese do backlash.** Revista de Movimentos Sociais e Conflitos, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 59-78, Jul/Dez. 2016.

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade:** Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 1, n. 8, Janeiro 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática.** Palestra proferida no II Seminário Internacional da Teoria das Instituições. Universidade Federal do Rio de Janeiro, novembro de 2013. Disponível em: <http://goo.gl/9qtzTN> Acesso em: 27 jun. 2019.

DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO: UMA LEITURA A PARTIR DE PAULO BONAVIDES

José Edilson da Cunha Fontenelle Neto[215]
Rafael Osorio Cassiano[216]

Resumo: O presente trabalho tem como escopo perquirir e analisar, ainda que de forma sintética, os direitos sociais (entendidos este como direito fundamental da sociedade – ainda que não seja este um entendimento pacífico) e sua relação próxima com o princípio da vedação do retrocesso, conhecido pela doutrina e jurisprudência internacional também por outros nomes. Assim, optou-se por seguir uma visão pautada nos postulados do autor Paulo Bonavides, um dos maiores constitucionalistas brasileiros, que entende que a(s) sociedade(s) caminham em direção de um estado mais social e igualitário, sendo este o escopo do estado, razão pela qual a "clausula de entrincheiramento" (vedação do retrocesso) se mostra sobremaneira relevante. Dentro desta ótica, portanto, se fará, inicialmente, uma análise do pensamento de Paulo Bonavides, à luz de sua obra "Do Estado Liberal ao Estado Social". Após, serão estudados os direitos sociais, mormente em sua característica histórica (historicidade) e elencados em espécie, a fim de entender suas características fundamentais. Por fim, será realizada uma análise acerca do princípio da vedação do retrocesso, a fim de se relacionar tal princípio com a história e com as características dos direitos sociais, o que também será feito, parcialmente, nas conclusões.

Palavras-Chave: Liberal. Social. Direitos Sociais. Vedação do Retrocesso.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo o estudo dos direitos sociais e da vedação do retrocesso a partir da visão e dos estudos de Paulo Bonavides, para quem os direitos sociais são (um)a forma de evolução do Estado, em um estado mais igualitário e mais próximo do ideal, passo a passo.

A importância do tema se mostra evidente diante da crescente utilização do "princípio da vedação do retrocesso", seja por este ou outros nomes, na jurisprudência nacional e, principalmente, internacional.

Ademais, o tema se mostra de relevo prático, também, diante da atual situação econômica do estado brasileiro, uma vez que alguns dos efeitos de uma crise econômica, historicamente e empiricamente vislumbrados, são a redução de direitos sociais, o que é preocupante, mormente em se tratando o Brasil de um Estado de modernidade tardia, aonde sequer houve, ainda que temporariamente, um estado de bem-estar social mínimo.

[215] Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UNINTER. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado no escritório Fontenelle Neto Advocacia e Consultoria. E-mail: jedneto2@hotmail.com.

[216] Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Juiz de Direito do Poder Judiciário de Santa Catarina. E-mail ocassiano@gmail.com

Assim, optou-se por uma análise dos direitos sociais de forma a privilegiar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e seus postulados garantidores de direitos (sociais), mormente aos hipossuficientes.

O texto será divido em três capítulos. No primeiro, será apresentada a visão do autor Paulo Bonavides, a fim de que a leitura de todos os demais pontos perquiridos seja feita a partir desta ótica. Em seguida, serão analisados os direitos sociais, principalmente a sua característica histórica (historicidade), que fundamenta a base da defesa do retrocesso, porquanto se funda nas (r)evoluções históricas, e os direitos sociais em espécies, a fim de se identificar as suas características comuns e imprescindíveis. Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, buscar-se-á estudar o princípio da vedação do retrocesso, a fim de que fique claro no que este se constitui, para fins de, na conclusão, poder-se avaliar a sua aplicação nos direitos sociais, sempre tendo como norte e marco teórico a visão de Paulo Bonavides.

Na metodologia do presente trabalho foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente[217], da categoria[218], dos conceitos operacionais[219], da pesquisa bibliográfica[220] e do fichamento[221].

1. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: A VISÃO DE PAULO BONAVIDES

De início, é de se destacar que os excertos sacados da produção literária em viso terão como meta ilustrar como se alcançou o Estado Social, na preclara visão do autor, o constitucionalista paraibano Paulo Bonavides.

Atuando como um prelúdio da filosofia política de Hegel, que transitou do individualismo encapsulado na ideia de liberdade para a sua visão mais social, holística, encontra-se o pensamento do jurisconsulto alemão Wolff. Tal doutrinador jusnaturalista exaltou a supremacia estatal como o caminho para a plenitude humana. Caberia ao Estado um papel paternal, de provedor, ou seja, “tudo para o povo, nada, porém, pelo povo”.

Uma constatação interessante consiste no fato de que a crise ocidental é, em última instância, uma crise da liberdade, tal como classicamente definida pelo liberalismo, em total conflito com os rumos pelos quais segue a evolução social. A dignidade humana é frequentemente violentada não só por estados totalitários, mas também pelos estados democráticos ocidentais, que vêm a ser os genuínos

---

[217] "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241.

[218] “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229.

[219] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229.

[220] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240.

[221] Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233.

herdeiros do liberalismo.

A “igualdade” em que o liberalismo busca substrato, em verdade, acoberta um sem número de desigualdades fáticas, sejam elas econômicas, sociais, políticas e pessoais. Perpetua-se uma verdadeira opressão dos mais carentes, que dispõem somente da “liberdade de morrer de fome”. Tal cenário fora descortinado na Primeira Guerra Mundial, que serviu de alerta para muitos dos pensadores da escola liberal. Enquanto os tribunais ocidentais, no conforto de suas belas sedes, lastreavam seus julgados no postulado de que todos os homens são iguais perante a lei, os trabalhadores pereciam de fome e de opressão.

Por conta desses acontecimentos, a filosofia política passou a propagar as ideias de liberdade e de democracia com esteio na justiça social e econômica. Já não se admite o liberalismo nos moldes da Revolução Francesa, senão um liberalismo enriquecido por elementos de reforma e de humanismo. É uma forma de tornar esse liberalismo não apenas jurídico, mas também econômico e social, infiltrado com a identidade entre o Direito e a Justiça.

Passa-se, agora, a esmiuçar o embate entre a democracia rousseauniana e a limitação do poder, bandeira mor do liberalismo.

Locke e Montesquieu, artífices do liberalismo, convergem no sentido de que o indivíduo deve ser sujeito de proteção; a autoridade tem o seu exercício cerceado pela separação de poderes (Montesquieu), ao passo que os direitos naturais merecem total respaldo em face da organização estatal (Locke). Referidos pensadores enaltecem o indivíduo, origem e premissa fulcral do sistema capitalista[222].

De outro norte, Rousseau exprime um profundo desconforto com esse estado de coisas, ao escrever no “Contrato Social” que “o homem nasceu livre e por toda parte se acha escravizado”. Em pleno século XVIII, essa perspectiva representou um choque de realidade. Prestou-se a retratar o definhamento do decadente medievalismo, além de servir como primeira munição ao grande enfrentamento do capitalismo no século XX.

A obra “Contrato Social”, todavia, parte de um pessimismo em direção à luz. A vontade geral resgata o espírito livre do homem, que reencontra a sua própria verdade. O homem, agora, não é mais um ser individual, senão geral, social. Para Hegel, Rousseau, em sua epifania, enxergou claramente a essência da liberdade, destoando completamente do erro liberal, que a vê como um primado individual, contraposto intolerantemente à coletividade.

O preclaro Bonavides, ao tratar do “Contrato Social” com seu peculiar olhar, assevera:

> A *volonté générale* redime o Homem. E, se este é escravo, se há em sua dor as lamentações da liberdade perdida, do estado natural de bondade e ventura, a Sociedade, ao recompor-se nas bases ideadas por Rousseau, devolve ao Homem a liberdade que ele já não possui, a liberdade pela qual se batera angustiosamente e que lhe pertence como um direito.[223]

Em suma, filósofos como Locke, Montesquieu e Rousseau buscaram, como não poderia deixar de ser, um mundo utópico, mais próximo do coração

[222] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 168.
[223] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. p. 171.

do que da razão.

Em sentido diametralmente oposto, em nome da mais pura ciência, Karl Marx inaugura a era dos sociólogos, dos positivistas do direito público. No seu "Manifesto Comunista", Marx coaduna com Rousseau, ao visualizar o homem como um escravo. Ambos perseguiram a liberdade humana. Contudo, aquele diverge do teórico suíço (que entende que o homem escravo é fruto da organização política), ao apontar que as mazelas sociais têm epicentro em fatores econômicos, ou seja, uma explanação dentro da nova ciência – a Economia Política – que contava com um prestígio crescente.

Outro ponto de convergência entre Rousseau e Marx diz respeito à sua aversão aos privilégios de classe. Marx, porém, procura demonstrar, com a biópsia do tecido social, as incongruências do capitalismo. Desnuda ele as distorções da ordem burguesa, as suas idiossincrasias, os seus malefícios.

Bonavides afere que a experiência socialista é pródiga de sugestões aos que defendem o Estado social, na qualidade de guardião da liberdade humana. Foi, deveras, essencial para o aparecimento do Estado social. Entretanto, o socialismo deve ir até onde não venha a chocar-se com a liberdade. Do contrário, assim como no capitalismo, arrisca-se em retirar do homem a sua condição de um ser livre.

Como contribuintes da moderna visão do Estado social, Rousseau e Marx realizaram sobremodo.

Para o primeiro, a doutrina do Estado social deve respaldar-se essencialmente no consentimento. A democracia – no sentido da concórdia entre classes – é a via pela qual alcançar-se-ão os fins sociais. Para tanto, o ponto paradigmático da democracia rousseauniana passa, impreterivelmente, pelo sufrágio universal, o que já traça uma nítida distinção da democracia liberal. Afinal, dentro dessa concepção "democrática", a burguesia encontra-se cercada de privilégios, como que o bastião do capitalismo, calcada no perverso sufrágio censitário. Não era o pretendido. Nem por Rousseau e nem por Marx.

A seu turno, talvez por conta das promessas não cumpridas pela Revolução Francesa, que desaguou na liberal-democracia vigente no século XIX, o segundo dissentia de Rousseau e sua solução amistosa. Pregou Marx, no "Manifesto Comunista", a impossibilidade de se desvestir a burguesia de seus privilégios pela via consensual. A burguesia deve ser destruída a ferro e fogo. Reconhece uma flagrante crise que aparta completamente o trabalho do capital. A única defesa da classe operária seria a violência de suas ações; uma solução de força. Tal medida extrema redundaria na violenta tomada do poder.

Na verdade, Marx deixa evidente a sua leitura histórica, como resultado das imperfeições práticas da democracia de Rousseau, quando aplicada na França, bem como do fracasso da utopia socialista. Não há como, na concepção marxista, haver uma conciliação dialogada, traduzida na figura do Estado social.

Marx, por uma questão de justiça doutrinária, não estava de todo equivocado. Não se pode iludir que a legislação social fora fruto da benevolência burguesa, senão por pura necessidade de se dar sobrevida ao *establishment* burguês, eis que o trabalhador já se encontrava armado pela teoria do pensador alemão. Exemplo recente do efetivo uso desse cabedal teórico fora a Revolução Russa.

Na atualidade, a política ocidental encara um dualismo doutrinário: de um lado o conservadorismo, que reacendeu as linhas mestras do liberalismo; de outro o radicalismo, que defende a abolição do Estado burguês e sua ordem

econômica.

O fato é que o Estado social surgiu de uma metamorfose estrutural por que passou a Estado liberal, isto é, diferentemente do socialismo marxista, o Estado social mantém a aliança com a estrutura econômica capitalista. Por mais paradoxal que pareça, a Alemanha nazista e a Inglaterra da era Churchill foram Estados sociais. O Estado social, afinal, trafega em regimes políticos antagônicos, tais como o nacional-socialismo e a democracia.

Em sua versão contemporânea, o Estado social nasce com o afrouxamento do controle de classe burguês, com a conciliação entre o capital e o trabalho, bem assim com a superação do histórico descompasso entre a igualdade política e a desigualdade social. Surgem agora os direitos trabalhistas, da previdência, da educação e da saúde; ocorre a intervenção estatal na economia, como distribuidor; manipula-se a moeda; regulam-se preços; combate-se o desemprego; controlam-se profissões; financiam-se as exportações; concede-se crédito; enfrentam-se crises econômicas. O estado, doravante, passa a se espraiar em áreas que antes eram de exclusividade da iniciativa privada.

A despeito dessa ideia, os marxistas viram no Estado social tão-somente um meio para o alcance do Estado socialista. O totalitarismo de direita fora produto do desespero burguês, na vã tentativa de retardar a revolução social, que caminhava a passos largos para um renovado socialismo utópico. Com a implementação do Estado social, diziam os marxistas, ao menos a burguesia reconhecera alguns dos direitos do proletariado. Partindo, agora, do Estado social, rumo à remoção do capitalismo, por meio do avanço do estado produtor, que preencheria tal espaço de atuação privada, estar-se-á tangenciando o Estado socialista.

Mais uma vez, Bonavides reitera a sua escolha pelo modelo de Estado social, na medida em que se encaixa no constitucionalismo democrático. O seu alcance já foi traumático; sua conservação, de uma dificuldade atroz. Todavia, é o modelo nato de coordenação e de colaboração, esmaecendo a luta de classes; promotor da justiça social e da paz econômica.

Antítese do Estado social, o liberalismo ortodoxo não dimensionou a contento o problema econômico que fustigava as camadas proletárias da sociedade, quase que completamente desapossadas de recursos. Disso resultou a crise do liberalismo. Afinal, a simples liberdade política mostrou-se de um todo vazia. Com o advento do sufrágio universal, o proletariado, com muita perspicácia, fez uso desse fator genuinamente democrático a seu favor. Criou-se, assim, um arcabouço jurídico em prol dos trabalhadores, como mecanismo de amortecimento das incongruências sociais.

O movimento em direção ao Estado social, obviamente, não foi pacífico. Teve diversos críticos, dentre os quais o economista alemão Wilhelm Hasbach, um adepto da monarquia constitucional. Para Hasbach, num dos últimos suspiros teóricos do liberalismo, o Estado social surge com o confisco das riquezas, produzidas por classes opulentas, pela inepta e invejosa massa proletária, unicamente por conta da vantagem numérica de seus integrantes, se comparada àquelas. Dentro do seu ódio ao Estado social, Hasbach prenuncia que, em se seguindo nessa “malfadada” trilha, estar-se-á desencadeando o último ato de corrupção na vida dos grandes povos. Nada mais equivocado.

Cabe, neste ponto, tecer algumas linhas a respeito da força motriz do Estado social e, ao mesmo tempo, o fator que, acorde com alguns pensadores,

vaticinará a sua derrocada: as massas.

Lênin, Mussolini e Hitler trataram as massas com um imensurável desprezo e pessimismo; como elemento determinante da decadência ocidental.

Não é o que pensa o constitucionalista Hans Nawiasky. Quiçá o mais insigne teórico europeu da democracia, é dele a teoria tridimensional do Estado, repartido em Estado ideia, Estado jurídico e Estado social.

Nawiasky enxerga nas massas uma capacidade de atuação positiva, proativa, com certos toques, até, de heroísmo. O conjunto humano que forma a massa, dominado por uma violenta comoção psíquica, á capaz de se superar, de mover-se acima de sua mediocridade. Rompe, dessa maneira, com os seus interesses pessoais, tornando-se paradigma de generosidade, sacrifício e desprendimento. As massas, ainda que inconscientemente, desejam a democracia, entendida em seu sentido mais fidedigno. O estado, aliás, tem o dever de educar as massas, politizando-as. Vê-se que Nawiasky exalta efusivamente as massas, não as condena[224].

Noutro lado repousa o pensamento do cientista político Grabowsky. Para ele, as massas se prestam de combustível para as ditaduras, sendo, pois, o nó górdio do desmanche da democracia. O fenômeno capitalista da massificação, isto é, a produção em série de produtos, acarretou um padrão de vida uniforme de um lado; de outro, achatou as formas peculiares e autônomas de vida. A massificação apresenta-se como o prólogo do fenômeno das massas. O indivíduo deixa de ser um metamorfo, para se converter parte de algo maior: a massa, o material do qual se alimentam as ditaduras[225].

Vale o alerta de Bonavides, que diagnostica na (má) índole dos governantes um risco ao Estado social. De natureza intervencionista, o Estado social clama pela constante presença do poder político na sociedade. O indivíduo, que se encontra sob o manto protetor do Estado social, tem a sua autonomia material sobejamente limitada e espera justamente desse estado uma rede protetiva. O homem, antes, senhor do seu espaço existencial e com uma grande autonomia, passa, agora, a resignar-se com a sua dependência do estado. Por conseguinte, em se encontrando o estado sob o comando de escroques, é possível que haja abusos da fragilidade do indivíduo, que deixa de ser a tônica para se tornar um simples instrumento dos fins estatais. Infelizmente, é o que se verifica no Brasil, onde o eleitor é despolitizado. O eleitor é apenas o interessado e procura, com o exercício do sufrágio, algum benefício que o estado paternalista possa lhe oferecer.

O alerta acima referido encontra lastro nas seguintes palavras, que denotam a crítica bem dimensionada de Bonavides aos desmandos do mau governo, ainda que no Estado social:

> Quando a realidade política assim se apresenta, a vontade estatal deixou de ser uma vontade social, e a democracia de massas uma democracia governante, segundo a teoria de Burdeau, para continuar sendo uma democracia governada, mas em condições muito piores do que as que prevaleciam ao tempo do liberalismo.

O privilégio político da idade liberal subsiste no Estado social da democracia de massas, adulterada, não já nominalmente, como antes – pela discriminação do sufrágio –, senão efetivamente, pelo controle financeiro das

[224] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. p. 192-195.
[225] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. p. 197-199.

eleições e pela demagogia com que as oligarquias plutocráticas, ao anularem o poder político do quarto estado, asseguram para si inteira ascendência na formação da vontade estatal. Fica, desse modo, esboçada uma das hipóteses em que se corrompe o Estado social da democracia de massas. Hipótese desgraçadamente confirmada no cenário político nacional.[226]

Calha trazer a lume, a partir daqui, a contribuição de duas revoluções, na consolidação daquela que foi a maior e sem o derramamento de sangue: a revolução do Estado social.

Apesar da comoção dos neo-smithianos que decretaram o fim da História, com a vitória triunfal do capitalismo sobre o socialismo, o fato é que essa visão obtusa, estreita, não considera que o mencionado capitalismo foi e continua sendo a gênese de inúmeros males e catástrofes que assolam a humanidade.

Dessarte, é de se ressaltar que históricos antagonismos, provenientes da essência do capitalismo, continuam pulsantes. As celeumas do mercado, as barreiras protecionistas e a economia recessiva são exemplos candentes disso tudo.

O Estado social, mesmo diante de suas limitações, busca ser a materialização das três pilastras da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), agregando harmonicamente os valores burgueses aos do proletariado.

Trazendo à baila a conveniência histórica das revoluções, eis que estas se desencadeiam a tempo e modo oportunos, quando vistas a partir do prisma da evolução sócio-política, Bonavides pontifica:

> Não há Revoluções precoces; elas sempre têm o seu momento infalível, guiadas e decretadas por uma lei fatal, inexorável, suprema, contra a qual se erguem, impotentes para represá-las, os diques da ordem reacionária e as combinações ardilosas da categoria social decadente, abraçada aos símbolos do passado.
> Triunfantes pelas armas, as Revoluções demandam o transcurso de largos períodos para se fazerem assinalar em definitivo ou entrarem como idéia nas instituições. Ocorre, porém, que, não raro, seus inimigos se consolam com a esperança de vê-las revogadas pelo tempo mediante a sucessão precipitada de fatos novos; esperança qual aquela que ontem acompanhou a Revolução Francesa e agora mesmo está acompanhando, com mais força ainda, a Revolução socialista de 1917. Duas Revoluções que mudaram e modernizaram a face do mundo. Ambas mergulhadas e aprofundadas nas mesmas raízes históricas e nas mesmas motivações transcendentais, porquanto filhas de uma origem comum: a liberdade subjacente à própria natureza humana.[227]

A Revolução Francesa não foi apenas o terror da guilhotina, mas também o Estado de Direito, a legitimidade republicana, a monarquia constitucional, as liberdades públicas, os direitos individuais e a cúspide da pessoa humana. No mesmo sentido, a Revolução Russa de 1917 não se limitou a burocracia soviética, mas também plasmou o compromisso das democracias ocidentais com o Estado social.

Há de se considerar, sob a lupa de Bonavides, que se da Revolução Francesa, isoladamente, adveio o Estado liberal, da Revolução Russa de 1917 nasceu o Estado social. Não por acaso que o recente movimento conhecido

[226] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. p. 204.
[227] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. p. 207-208.

como “perestroika” decompôs o já titubeante stalinismo autocrático, até então prevalente no leste europeu, ainda que à socapa. Tal desfecho surpreendente pavimenta, com maior acento, o socialismo democrático, inserido no contexto do Estado social.

A Revolução Russa, ombreada com a Chinesa, trouxe à pauta política o aspecto social da liberdade; o protagonismo do cidadão-povo; a emancipação material do homem, concernente às amarras vigentes no Estado liberal.

A quebra das correntes da fome, da miséria, do analfabetismo e da prostituição representa, numa última análise, a liberdade da sociedade. Uma verdadeira revolução, tangenciável sem a perda de vidas, mas dotada da capacidade de primar pelos direitos humanos fundamentais. Uma revolução ensejadora do Estado social.

2. DIREITOS SOCIAIS

2.1. UM (BREVE) ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Historicidade, conforme sustenta a doutrina, é uma das principais características dos direitos individuais e sociais, eis que suas construções se deram a partir de lutas históricas e, mais, a partir de movimentos de crescente tomada de poder pelos indivíduos em detrimento do monarca. Ou seja, a construção de tais direitos perpassa, necessariamente, pelo movimento de tomada de poder pelo Povo, conforme assenta Fachin[228]:

> A perspectiva histórico-sociológica não está dissociada das perspectivas universalista e estatal. Considera que os direitos fundamentais são produtos da História, são projetado pelas circunstâncias e necessidades da vida social. Quando são mencionados os documentos internacionais (declarações, tratados, convenções pactos) e quando é mencionado um Texto Constitucional, está-se diante da inexorável realidade histórico-social. Nesse contexto, conforme lembra Jayme de Altavila, pode-se afirmar que “Os direitos sempre são espelhos das épocas”.
> Nessa linha, Norberto Bobbio afirma que cada direito fundamental é consequência de lutas: “a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, das lutas dos parlamentares contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, do crescimento e do amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento de liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, (...)”[229].

Assim, considerando tal traço distintivo dos direitos sociais, é de bom alvitre se perquirir, ainda que de forma breve e sucinta, acerca da história dos direitos sociais positivados, majoritariamente, nos séculos XX e XXI.

Pois bem. Nesse sentido, após a Revolução Francesa e a consequente ascensão do Estado liberal burguês, teve início um período de acumulação exacerbada de capital por uma cúpula em detrimento dos direitos mais básicos da grande maioria da população, afinal, o tratamento igualitário de pessoas que

---

[228] FACHIN, Zulmar. **Curso de Direto Constitucional**. 5.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 235/236.
[229] FACHIN, Zulmar. Curso de **Direto Constitucional**, p. 234.

se encontram em situação desigual nada mais faz a não ser reproduzir os privilégios de uns em detrimento de outros (acumulação primitiva de capital)[230].

Dessa forma, tal qual no modelo constitucional adotado atualmente na República Federativa do Brasil, vislumbrou-se que a mera igualdade formal não era, por si só, suficiente para equilibrar a desigualdade então existente e para distribuir a justiça, da forma como (retoricamente) admitiam os precursores da Revolução que esta deveria se dar, de forma que:

> Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais[231].

Portanto, surgiu a necessidade de se garantir a igualdade material, que deveria vir através do tratamento desigual dos desiguais, na exata medida de suas desigualdades, tutelando os indivíduos mais vulneráveis[232].

Diante de tal necessidade, de tutelar os indivíduos mais vulneráveis no seio social, sobreveio a ideia de criação de direitos, consistentes em prestações positivas do estado, que fornecessem aos hipossuficientes um mínimo de segurança para que pudessem se igualar aos mais bem sucedidos.

Em suma, portanto, se pode afirmar que os direitos sociais são a herança histórica de uma civilização sobremaneira desigual, que, (re)conhecendo seus equívocos, optou por positivar direitos que os evitassem ou, pelo menos, minorassem. Assim, os direitos sociais podem ser vistos como “vacina” contra a desigualdade social predatória.

2.2. DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE

Do que fora exposto até aqui, pode-se deduzir que os direitos sociais, assim como outras categorias de direitos, são frutos de uma luta constante. Nas palavras de Bobbio, essa luta teve como primeiro oponente o poder religioso; como segundo, o poder político; por fim, o poder econômico.[233]

A leitura pictórica de Sarlet propõe que os direitos sociais perseguem a liberdade por intermédio do Estado, superando a obsolescência das noções de liberdade do Estado e de liberdade perante esse mesmo Estado.[234]

Dentro da proposta do presente tópico, segue-se agora com o elenco de direitos sociais, tal qual sequenciados pela perspectiva de José Afonso da Silva.[235], à luz da Constituição Federal de 1988, que salienta em seu bojo o trabalho (como lastro da ordem social), o bem-estar e a justiça social (como

---

[230] ALCOFORADO, Fernando. **Globalização e desenvolvimento**. São Paulo: Nobel, 2006, p. 23.

[231] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 283

[232] ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003, p 318.

[233] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 229.

[234] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 55.

[235] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 290-321.

metas da ordem social):

(a) deitos do trabalhoir: caracterizam o homem produtor e abrangem os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores. Estão previstos nos arts. 7° a 11, todos da CRFB/1988 (garantia do emprego, condições de trabalho, salário, repouso e inatividade do trabalhador, proteção, garantias aos dependentes do trabalhador, participação nos lucros e cogestão, liberdade de associação e de sindicalização, greve, substituição processual, participação laboral, representação na empresa);
(b) direitos da seguridade: caracterizam o homem consumidor e estão previstos nos arts. 194 a 204, todos da CRFB/1988 (seguridade social, saúde, alimentação adequada – art. 5°, §2°, da CRFB/1988 c/c Lei n. 11.346/2006, previdência social, assistência social);
(c) direitos à educação e cultura: tais elementos foram consagrados dada a sua relevância para a formação do povo brasileiro e a sedimentação de bons valores para a nação. Neles estão incluídos o desporto, a ciência e tecnologia, assim como a comunicação social. Estão previstos nos arts. 205 a 224, todos da CRFB/1988;
(d) direitos da moradia: a sua condição de eficácia reside num "fazer" estatal, ou seja, na prestação do Estado, consistente em garantir ao indivíduo uma moradia digna e adequada, com vistas à erradicação da marginalização, em prol de uma sociedade justa e solidária. Estão previstos nos art. 23, IX e X, da CRFB/1988;
(e) direitos atinentes à família: a família é a célula que forma a sociedade. Daí decorre a proteção constitucional. Estão previstos nos arts. 6°, 201, I e II, 203, I e II, 226, 227 e 230, todos da CRFB/1988 (proteção à maternidade, à infância e aos idosos);
(f) direitos relativos ao meio ambiente: têm origem na prestação estatal que interfere diretamente nas condições de trabalho e na qualidade de vida, pressupondo um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Estão previstos nos arts. 6°, 217, §3°, e 225, todos da CRFB/1988 (lazer e meio ambiente propriamente dito).

3. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

Conforme visto acima, os direitos sociais são assegurados aos cidadãos em decorrência de evoluções civilizatórias ocorridas historicamente, derivando, por (não raras) vezes, da percepção aguçada da sociedade em face de violações outrora sofridas.

Nessa toada, tendo em vista que o autor cuja ótica baseia o presente estudo, Paulo Bonavides, denota entender que a Sociedade vive em um período de transição – do Estado Liberal ao Estado Social –, tais direitos (sociais) devem ser vistos como um caminho na busca de um estado mais social.
Sobre o assunto, assenta Paulo Bonavides:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.
A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inúmeros juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; "igualdade niveladora", volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.
Pelo princípio da igualdade material entende-se, segundo Pernthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais[236].

Portanto, tendo em vista que, para o mencionado autor, o fim do estado é esta busca incessante por uma maior justiça social, os direitos sociais são de suma importância para esta finalidade do estado, razão pela qual é

[236] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 378/379.

imprescindível haver vedação ao retrocesso destas medidas de justiça social, os direitos sociais.
Afinal, as garantias e os direitos sociais teriam sua importância sobremaneira reduzida, senão que poderiam até perder completamente sua razão de ser, se pudessem ser retirados de seus titulares através de maiorias de ocasião.
Nesse sentido, inclusive, afirma a doutrina:

> Direitos devem servir como trunfos, como freios, por exemplo, contra maiorias de ocasião que queiram impor, coercitivamente, sua visão. Com direitos que, à semelhança de valores, podem ser transigidos de acordo com a situação (desde que se mude a concepção da maioria a respeito do que é "bom"), perde-se uma das garantias que o sistema oferece à estabilidade política e, especialmente, aos cidadãos. Se os valores não são lidos à luz dos direitos, ou seja, se os direitos fundamentais não se constituem em "testes" que servem para verificar a legitimidade das opções valorativas de cada um, os princípios jurídicos perdem, justamente, seu caráter deontológico e impositivo que é característico de todas as normas jurídicas[237].

Dessa forma, criou-se na doutrina (principalmente internacional) o princípio da vedação do retrocesso, também chamado de "princípio da vedação da evolução reacionária", "proibição da contrarrevolução social" ou "efeito *cliquet*", que assenta a impossibilidade de o estado, uma vez outorgando um direito social ou individual, vir a retirá-lo. Esses direitos, uma vez conquistados, passariam a ser "patrimônio político-jurídico consolidado ao longo do percurso histórico civilizatório"[238].

Sobre o assunto, explica Canotilho:

> Quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.[239]

Assim, no campo dos direitos humanos internacionais (aplicáveis ao Brasil), o art. 29.b e 29.c, ambos do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao direito nacional pelo Dec. 678/92, foi taxativo em estabelecer a garantia da vedação do retrocesso, conforme se colhe da redação do referido artigo:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

(...)
b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

---

[237] ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão de normas**: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *In* Revista de Informação Legislativa. Ano 51, número 203. Distrito Federal, Julho/setembro de 2014, p. 171, disponível em < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequence=1> Acesso em 17-6-2017.
[238] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 916.
[239] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p. 338 e 339.

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

Em semelhante sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência e a aplicação da proibição do retrocesso em matéria de direitos sociais (direitos fundamentais prestacionais), conforme se evidencia:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.
- A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado". (ARE 639.337 STF)

Dessarte, fato é que existe no ordenamento jurídico pátrio a vedação do retrocesso social como corolário da dignidade humana (art. 1.º, inciso III, da CRFB/88) e da busca da justiça social (art. 3.º, inciso III, da CRFB/88), além da, na ótica de Paulo Bonavides, necessidade da busca de justiça social por parte do estado.

Ademais, a par de uma condição para a implementação e o aperfeiçoamento de um Estado (mais) social, a vedação do retrocesso dos direitos sociais se mostra como uma das dimensões do princípio da garantia da segurança jurídica, ao outorgar às minorias e aos desassistidos a certeza de que não terão seus direitos, já conquistados, revistos pelo legislador ou pelo constituinte derivado, consoante as assertivas de Sarlet:

A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas[240].

Sendo assim, em suma, o que se constituiu foi a vedação para que o legislador, ou o constituinte derivado, pudesse suprimir direitos sociais e garantias individuais já consagradas pelos cidadãos.

Dessa forma, diferentemente da dimensão (im)positiva dos direitos fundamentais, que assenta a obrigação dos legisladores e constituintes derivados a, constantemente, ampliarem o rol de direitos sociais e implementa, na prática, os direitos já assegurados, a proibição do retrocesso age de forma negativa, ao retirar dos legisladores e constituintes derivados a possibilidade de sufragarem direitos sociais (como se retraíssem parte de sua competência legislativa).

Sobre o assunto, são as lições de Derbli:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor

[240] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais n. 6 – julho/dezembro de 2005. Org. BONAVIDES, Paulo. ISBN 85-7308-865-6. Minas Gerais: Editora Del Rey, p. 332.

escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social[241].

Nessa esteira, partindo da ótica eleita para a leitura feita no presente escrito, a de Paulo Bonavides, pode-se afirmar que o aludido princípio do não retrocesso seria uma "cláusula de entrincheiramento" no percurso do Estado liberal para o Estado social.

Nesse talvegue, parcela da doutrina assim a considera:

A *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse, partiria da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas uma vez produzidas as regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar deste princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas[242].

Portanto, com base nos ensinamentos de Paulo Bonavides é possível, sim, se afirmar que o estado é um instrumento de busca de justiça social, sendo a vedação do retrocesso dos direitos sociais um corolário lógico desta finalidade (precípua) do estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar e internalizar as lições de Paulo Bonavides, ainda que não totalmente – uma vez que não se pode se olvidar que cada indivíduo carrega consigo sua subjetividade, conduzindo-o a idiossincrasias e paralaxes[243] –, é possível se estabelecer um novo (ou diferente) olhar acerca dos direitos sociais, mormente no atual estado de crise financeira e política, ocasião propícia para críticas e modificações nos direitos sociais.

Nesse talvegue, partindo das lições do insigne professor, é possível se compreender os direitos sociais como uma forma de (r)evolução do estado, na medida em que a aplicação de tais direitos redundaria em uma transformação do estado, para um mais igualitário e mais próximo do ideal. Ou seja, seriam os direitos sociais, em síntese, um instrumento de (r)evolução social em prol da coletividade.

Assim, ganha relevo a historicidade dos direitos sociais, que não são incluídos no ordenamento jurídico a esmo, mas, sim, ali estão por serem fruto de reivindicações populares, num processo de verdadeira tomada de poder pela coletividade. Em suma, é possível se afirmar que um determinado direito social existe somente, e tão somente, porque em determinado momento histórico ele não existia, e sua omissão foi prejudicial aos indivíduos.

Sendo assim, em se reconhecendo que a historicidade é marca indelével dos direitos sociais, sendo estes um instrumento de transformação social no caminho de uma sociedade mais justa e igualitária, por corolário lógico exsurge

---

[241] DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.
[242] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101/102.
[243] SLAVOJ Žižek. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.

o princípio da vedação do retrocesso, como cláusula de entrincheiramento contra avanços reacionários.

Desse modo, é inexorável se reconhecer que o "princípio da vedação do retrocesso", cunhado pela doutrina internacional, e muito utilizada pelos Tribunais de Direitos Humanos – Europeu e Americano –, encontra respaldo nas lições e nos postulados de Paulo Bonavides, para quem o caminho em direção ao Estado Social é a forma de se buscar (r)evoluções no modelo de estado vigente, em direção a um modelo mais humano e ideal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação**. *In* Revista de Informação Legislativa. Ano 51, número 203. Distrito Federal, Julho/setembro de 2014, p. 171, disponível em < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507411/001017676.pdf?sequence=1> Acesso em 17-6-2017.

ALCOFORADO, Fernando. **Globalização e desenvolvimento**. São Paulo: Nobel, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direto Constitucional**. 5.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais n. 6 – julho/dezembro de 2005. Org. BONAVIDES, Paulo. ISBN 85-7308-865-6. Minas Gerais: Editora Del Rey, p. 332.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SLAVOJ Žižek. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A TUTELA JURÍDICA DOS SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS: PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO DA BAÍA DA BABITONGA EM JOINVILLE-SC

Maria Jose Goulart Vieira[244]

Resumo: Este artigo visa demonstrar a tutela jurídica aos serviços ecossistêmicos por meio do caso de recuperação da Baía da Babitonga em Joinville-SC em decorrência do emborcamento do comboio marítimo Norsul-Vitória, e o desafio para a proteção do meio ambiente, com base no caput do art. 225 da CF/1988. O método utilizado é o dialético, a pesquisa é documental e bibliográfica. Os resultados iniciais se referem à aplicabilidade do art. 225, da CF em matéria ambiental, bem como sua relação com os serviços ecossistêmicos, quanto à garantia de proteção ao meio ambiente, para tanto foram coletados e analisados os dados referentes ao Projeto Babitonga Ativa e executados pelo Grupo Pró-Babitonga e demais entidades não-governamentais, verificando-se os resultados gerados pelas ações visando a recuperação da Baía da Babitonga em Joinville-SC, como compensação pelos danos ambientais decorrentes do emborcamento do comboio marítimo Norsul-Vitória apurados na Ação Civil Pública 2008.72.01.000630-2, a qual tramitou na 2ª Vara da Justiça Federal da Comarca de Joinville-SC. Como conclusão, a análise de dados estatísticos e doutrinários, os quais são de grande relevância para o estudo do Direito Ambiental.

Palavras Chave: Serviços ecossistêmicos. Ecologia. Danos ambientais. Meio ambiente.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a tutela jurídica aos serviços ecossistêmicos e sua preservação, em face da degradação como no caso referente ao vazamento de óleo ocorrido em área denominada Ecossistema Babitonga (EB), compreendido pela lâmina d'água da Baía Babitonga, em área equivalente a 177,30km² até os limites de ocorrência de vegetação de manguezal (81,79km²) à montante. Abarcando ainda a porção costeira de uma área de 856,19km² que se estende da barra da baía Babitonga até a foz do rio Saí-Guaçú, em Itapoá (ao norte) e a foz do rio Itapocú, em Araquari, ao Sul na região de Joinville, estado de Santa Catarina. O acidente com o comboio NORSUL, ocorreu no dia 30.01.2008, nas proximidades da Baía da Babitonga, região de Joinville-SC.

O empurrador e a barcaça, que formavam o referido comboio, emborcaram e ficaram estabilizados sobre um banco de areia, promovendo um contínuo vazamento de óleo, que estava armazenado nas duas embarcações, cerca de 120 toneladas de óleo vazaram, causando degradação em grandes proporções, ao longo da costa litorânea, entre outros efeitos deletérios ao meio ambiente. Havia ainda no interior da barcaça, a carga de 9.010 toneladas de bobinas de aço, laminadas a quente, 340 bobinas ao todo, cujo contato com a água poderia causar mais danos ambientais, bem como, o contato das substâncias químicas empregadas para o revestimento das referidas bobinas com a água. Além dos danos ambientais provocados, resultou em danos morais e materiais à comunidade.

[244]Advogada. Mestranda Direito Ambiental, pela Universidade de Caxias do Sul. E-mail: majovieira.adv@hotmail.com.

Foram adotadas medidas de mitigação e contenção, pela empresa proprietária das embarcações emborcadas, mas ineficazes diante da gravidade do acidente.

Partindo deste cenário, a ideia que logo surge é em relação aos serviços ecossistêmicos desse ecossistema específico da Baía da Babitonga, região de Joinville-SC, qual dano ambiental sofreram, e a respectiva extensão de prejuízos e de que forma poderão ser recuperados.

Nos últimos trinta anos, a Constituição Cidadã, elevou o Direito Ambiental Brasileiro, ao status de direito fundamental, o que na prática jurídica, vem se consolidando a passos lentos, enquanto norma de direito fundamental e assumindo seu papel de proteção ambiental, diante de uma realidade ecológica cada dia mais ameaçada pelo próprio ser humano. E diante de tais constatações, cabe à ciência jurídica extrair deste contexto social e ecológico, o conteúdo para uma operacionalização normativa efetiva e eficaz na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

O caput do art. 225 da CF/1988, estabelece ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações, o que implica na imposição de um dever fundamental de proteção ao meio ambiente. Nesta seara, a preservação dos serviços ecossistêmicos se mostra essencial ao meio ambiente.

A relação existente entre os sistemas ecossistêmicos e a necessidade de preservação ambiental garantida constitucionalmente se traduz em um desafio para a proteção do meio ambiente, para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com base no caput do art. 225 da CF/1988, a qual será analisada no presente estudo.

O método utilizado é o dedutivo, e, no que se refere aos procedimentos técnicos, é documental e bibliográfica, com análise doutrinária.

Aborda-se na primeira seção o dever fundamental de proteção ao meio ambiente, e sua relação com os sistemas ecossistêmicos. No segundo tópico, a análise do Projeto Babitonga Ativa, executados pelo Grupo Pró-Babitonga e demais entidades não-governamentais, verificando-se os resultados gerados pelas ações visando a recuperação da Baía da Babitonga em Joinville-SC, como compensação pelos danos ambientais decorrentes do emborcamento do comboio marítimo Norsul-Vitória apurados na Ação Civil Pública 2008.72.01.000630-2, a qual tramitou na 2ª Vara da Justiça Federal da Comarca de Joinville-SC.

2. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

2.1 A dignidade humana e ecológica

A dignidade da pessoa humana consagrada como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, inciso III, além de um valor constitucional se assenta como a base de todo o ordenamento constitucional pátrio, fundamentando o Estado social democrático e ambiental do Direito Brasileiro.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> (...)
> III - a dignidade da pessoa humana; (CR, 1988).

A partir do princípio constitucional da dignidade humana, embora no mais das vezes em articulação com outros valores e bens jurídico-constitucionais, projeta-se todo um leque de posições jurídicas subjetivas e objetivas, com a função precípua de tutelar a condição existencial humana contra quaisquer violações do seu âmbito de proteção, assegurando o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano (SARLET E FENSTERSEIFER: 2013, p. 70-71).

Partindo da premissa de que o Homem não é um ser isolado, mas de que vive em sociedade, também o princípio constitucional da solidariedade implica ao direito à vida em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, o que resulta na ampliação do âmbito de proteção da dignidade humana conferindo-lhe uma dimensão ecológica.

Assim como outros os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente do direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, passam a conformar o seu conteúdo, ampliando o seu âmbito de proteção (...) em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios existenciais de matriz ambiental que afligem o ser humano no âmbito deste mundo “de riscos” contemporâneo (SARLET E FENSTERSEIFER: 2013, p. 72-73).

O Direito fundamental ao meio ambiente sob a tutela do Estado e proteção constitucional efetiva, amplia o conteúdo normativo do conceito de dignidade da pessoa humana lhe assegurando uma dimensão ecológica, na qual a vida e a dignidade humana necessitam de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização de níveis dignos, o chamado bem-estar ambiental.

A dimensão ecológica da dignidade humana, surgiu assim, com o objetivo de ampliar conteúdo da dignidade da pessoa humana para assegurar um padrão de qualidade e segurança ambiental mais amplo, considerando um patamar mínimo de bem-estar ambiental para a vida humana digna, tanto no presente quanto no futuro.

Sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do ambiente como valor ético-jurídico fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e, acima de tudo, da vida humana com dignidade (SARLET E FENSTERSEIFER: 2013, p. 75).

Sendo assim, a proteção ambiental se torna essencial como reconhecimento da qualidade de vida por meio de elementos normativos integrantes do princípio da dignidade da pessoa humana em sintonia com os valores ecológicos, como também da dignidade às futuras gerações, como uma projeção temporal da dignidade para a existência humana futura.

Deve-se, nesse sentido, reforçar a ideia de responsabilidade e dever jurídico (para além do plano moral) para com as gerações humanas futuras, inclusive com o reconhecimento da dignidade de tais vidas, mesmo que potenciais, de modo a afirmar a perpetuidade existencial da espécie humana. As futuras gerações, nessa perspectiva, são consideradas por alguns autores como categoria jurídica detentora de vulnerabilidade, haja vista que os seus interesses

(e direitos?) somente podem ser resguardados e reivindicados por terceiros (no caso a geração presente), o que reforça a esfera dos deveres jurídicos (e morais) que recaem sobre as gerações viventes (SARLET; FENSTERSEIFER: 2017, p. 60).

Os interesses (intergeracionais) apresentam uma natureza jurídica de deveres de proteção, sendo, no caso, das presentes em relação às futuras gerações em decorrência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em sua dimensão objetiva, isto é, coletiva-sistêmica. Os deveres intergeracionais de proteção implica às gerações presentes desenvolver-se social e economicamente de modo sustentável, garantindo a qualidade ambiental e o acesso a recursos naturais às gerações futuras (CARVALHO: 2013, p. 70).

Pode-se dizer que a dignidade humana fundamenta tanto a sociedade já constituída quanto a sociedade do futuro, apontando para deveres e responsabilidades das gerações presentes para com as gerações humanas futuras, em que pese - e também por isso mesmo - a herança negativa em termos ambientais legada pelas gerações passadas. Tal situação se dá em razão de que a proteção ambiental objetiva garantir condições ambientais favoráveis ao desenvolvimento da vida humana em patamares de dignidade não apenas para as gerações que hoje habitam a Terra e usufruem dos recursos naturais, mas salvaguardando tais condições também para as gerações que irão habitar a Terra no futuro (SARLET; FENSTERSEIFER: 2017, p. 61).

Em que pese, considerar que a geração atual tenha herdado um meio ambiente degradado se traduz na emergente necessidade de retomada dos patamares seguros, por meio do controle efetivo dos riscos inerentes às atividades humanas.

O futuro da humanidade é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na idade da civilização técnica, que se tornou "toda-poderosa" no que tange ao seu potencial de destruição. (...) Mas, se o dever em relação ao homem se apresenta como prioritário, ele deve incluir o dever em relação à natureza, como condição da sua própria continuidade e como um dos elementos da sua própria integridade existencial (JONAS, 2006, p. 229).

> Nesta senda, a preservação dos recursos ambientais faz-se condição essencial à possibilidade da vida futura (humana ou não) e satisfação de suas possibilidades/necessidades futuras (portanto, imprevisíveis). Por impossibilidade material de diagnóstico no presente de quais serão as necessidades do gênero humano num futuro indeterminado, ter-se-á como decorrência lógica desta imprevisibilidade, a constatação de que a conservação da biodiversidade consiste na condição essencial para a garantização do equilíbrio ecológico às futuras gerações humanas (antropocentrismo alargado) ou mesmo de espécies em geral (ecocentrismo). (CARVALHO: 2013, p. 64)

Por conseguinte, não há como negar a existência de um dever fundamental de proteção ambiental, não apenas vinculado aos interesses das gerações presentes, mas também aos interesses das gerações que ainda virão a existir e integrar a comunidade humana (SARLET; FENSTERSEIFER: 2017, p. 266).

2.2 Os serviços ecossistêmicos e o meio ambiente ecologicamente equilibrado

Os serviços ecossistêmicos são todos os processos que direta ou indiretamente, beneficiam todos os organismos vivos no planeta, em razão, de trazerem consigo o valor da diversidade genética e de espécies, da produção, transformação e manutenção da energia e nutrientes necessários à continuidade da vida.

Além do valor intrínseco dos bens ambientais, os processos ecológicos prestam uma série de serviços que beneficia todos os organismos que vivem na Terra e são responsáveis pela manutenção da vida no planeta. Estes processos diretamente ou indiretamente apropriados denominam-se "serviços ecossistêmicos" e encontram-se relacionados com o valor da diversidade genética e de espécies, da produção, transformação e manutenção da energia e da ciclagem de nutrientes (ciclos biogeoquímicos). O valor dos serviços ecossistêmicos serve de parâmetro para a análise dos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador.

O princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 fornece as bases conceituais do princípio do poluidor-pagador: "As autoridades nacionais deverão esforçar-se por promover a internalização dos custos ambientais e a utilização de instrumentos econômicos, tendo em conta o princípio de que o poluidor deverá, em princípio, suportar o custo da poluição, com o devido respeito pelo interesse público e sem distorcer o comércio e investimento".

O que se traduz em uma forma de repassar os custos de produção que degradam o meio ambiente e se transformam em custos sociais externos, aos próprios agentes poluidores, ou seja, os próprios agentes econômicos.

O princípio do poluidor-pagador cumpre, na lição de Derani58, uma dupla função: i) visa a internalização dos custos relativos externos de deterioração do meio ambiente, impondo ao utilizador de recursos naturais que possa causar um dano ambiental arcar com os custos relativos à sua diminuição ou afastamento – neste sentido o princípio adquire um caráter preventivo (Verursacherprinzip); ii) visa, também, a internalização das externalidades negativas decorrentes de processos produtivos que acabam sendo suportadas por toda a população, fazendo com que o utilizador de recursos naturais seja responsabilizado por elas – caráter reparatório (Verantwortungsprinzip).

A constatação de que os recursos naturais são apropriados de forma gratuita, passando a integrar o patrimônio de determinada pessoa em detrimento dos demais membros de uma comunidade localiza-se na base do princípio do usuário-pagador.

A questão que ora se impõe refere-se à mensuração monetária dos recursos ambientais em função de seus diversos valores, através de métodos estimativos estruturados a partir de aportes teóricos da economia do meio ambiente, disciplina cada vez mais presente em cursos de economia e que tem por escopo o estudo das externalidades negativas e a sua internalização, lançando mão, para tanto, da valoração monetária dos recursos ambientais.

Os valores dos bens ou serviços podem ser estimados a partir de diversos parâmetros: disposição a pagar pela não-utilização do bem ou pela manutenção de uma espécie, valores gastos em viagens para apreciar determinada paisagem, valor hedônico de determinado bem etc.

A abordagem perfunctória dos métodos de valoração ambiental foi realizada somente com o intuito de demonstrar a dependência do direito ambiental de outras áreas do conhecimento para a definição e efetivação dos princípios do poluidor-pagador e usuário-pagador. Raciocínio semelhante é

válido para os demais princípios abordados neste artigo. Arremata-se concluindo que uma interpretação atualizada dos princípios do direito ambiental, que possibilite respostas às demandas ditadas pela sociedade de risco global, passa pela re-significação destes através dos postulados da ecologia natural e das demais ciências e saberes relacionados à vida na Terra. Pois a atualização do direito ambiental passa por uma abordagem que privilegie a análise multidisciplinar de seus princípios, instrumentos e institutos, cruzando-os com as demais disciplinas e saberes com quem deve comunicar-se.

3. PROJETO BABITONGA ATIVA: RECUPERAÇÃO E PRESERVAÇÃO DA BAÍA DA BABITONGA EM JOINVILLE-SC

3.1 O ecossistema Babitonga

O ecossistema Babitonga engloba a porção aquática interna da Baía Babitonga (177,30km²) e os limites de ocorrência de vegetação de manguezal (81,79km²) à montante; e na porção costeira adjacente, consideramos uma área de 856,19km² que se estende da barra da baía até a isóbata de 20m ao leste, numa faixa entre a foz do rio Saí-Guaçú, em Itapoá (ao norte) e a foz do rio Itapocú, em Araquari (ao sul). O Ecossistema Babitonga localiza-se no litoral norte de Santa Catarina e pertence ao trecho Sudeste da Região Hidrográfica do Atlântico Sul, que se estende do Estado de São Paulo ao Rio Grande do Sul. Também faz parte do sistema independente de drenagem da vertente Atlântica de Santa Catarina, na Região Hidrográfica Baixada Norte, também denominada RH-6.

A principal ligação do Ecossistema Babitonga com o Oceano Atlântico se dá através de uma desembocadura com 1.850 metros de largura, entre Itapoá e São Francisco do Sul. Este complexo hídrico abrange uma área de aproximadamente 160 km² (sem considerar a área marinha adjacente), com profundidade média de 6 m, profundidade máxima de 28 m verificada no canal e acesso ao Porto de São Francisco do Sul, e um volume de armazenamento e água em torno de 7,8 x 108 m3. Pela proximidade com a Serra do Mar, as nascentes são encontradas dentro dos municípios do entorno.

Caracterizada como um sistema estuarino, a Baía Babitonga compartilha do mesmo processo de formação costeira dos estuários de Guaratuba, Laranjeiras e Cananéia, nos estados do Paraná e São Paulo.

Estes estuários são ocupados por vastas extensões de manguezais, sendo que na Babitonga estão as maiores áreas no limite austral de ocorrência deste ecossistema na América do Sul (DNIT, IME, 2004), o que corresponde a 75% da área total de manguezais no estado de Santa Catarina (IBAMA, 1998). Com relação à produtividade, os manguezais desta região demonstram similaridade com outras florestas de mangue da Região Hidrográfica do Atlântico Sul (Paraná e São Paulo). O Ecossistema Babitonga se destaca, além e outros fatores, pela importante função de retenção de nutrientes e, portanto, rata-se de um local especialmente favorável à reprodução, crescimento e alimentação para diversas espécies.

O complexo hídrico estuarino do Ecossistema Babitonga é composto pelas bacias hidrográficas dos rios Cubatão do Norte, Cachoeira, Canal do Palmital e Parati, além de depósitos lagunares e outras bacias hidrográficas de pequeno porte. O canal do Palmital, localizado na porção norte do estuário,

recebe o aporte dos rios que possuem as maiores médias de vazão, sendo um importante ambiente exportador de sedimentos para o interior da baía.

Com relação às dinâmicas da fauna e flora, destacam-se as migrações de crustáceos decápodes (siris, camarões) e peixes que utilizam os estuários como área de berçário, nos manguezais, pradarias de plantas submersas e enseadas rasas, que foram identificados como fenômenos biológicos excepcionais na região (MMA, 2002).

Os cetáceos também não utilizam a Baía Babitonga de forma omogênea, com áreas de concentração situadas principalmente no corpo entral áreas de baixa ocupação, como o canal de acesso, ainda que possam sofrer variações em decorrência de impactos e variações ambientais.

A área é um importante sítio de recrutamento de tartarugas-verdes, *Chelonia mydas*, enquanto no litoral adjacente também é frequente a ocorrência da tartaruga-cabeçuda (*Caretta caretta*) e a tartaruga-de-pente (*Eretmochelys imbricata*), esta em menor escala.

Uma singularidade importante do ecossistema é que a Baía Babitonga consiste na única região do Brasil onde uma população da espécie *Pontoporia blainvillei* (conhecida como toninha ou franciscana) ocorre num ambiente estuarino protegido.

A Babitonga encontra-se inserida no bioma Mata Atlântica, sendo considerada um importante ponto de biodiversidade mundial, com remanescentes de floresta que se conectam diretamente ao estuário, principalmente nas imediações do rio Palmital e porção continental de São Francisco do Sul.

Segundo o Atlas da Mata Atlântica a área total de cobertura vegetal em SantaCatarina é de 2.831.286 ha (29,6%).

Tal complexidade estrutural aliada a fontes de produção primárias são favoráveis à concentração de diversas espécies, algumas das quais figuram nas listas nacional e/ou estadual de espécies ameaçadas de extinção. Espécies-chave de um ecossistema têm influência sobre toda a comunidade.

Nesse sentido, podemos destacar a importância da Babitonga, tanto para espécies topo de cadeia como o mero (*Epinephelus itajara*), a toninha (*Pontoporia blainvillei*) e o boto-cinza (*Sotalia guianensis*); quanto detritívoras, como ocaranguejo-uçá (*Ucides cordatus*).

O Ecossistema Babitonga é reconhecido como área importante para a conservação de aves, servindo como área de descanso e forrageio para, ao menos, 17 espécies de aves neárticas.

Devido à muitas das características descritas acima, a Baía Babitonga foi considerada área prioritária para a conservação, com prioridade de ação e importância biológica extremamente altas (MMA, 2002).

3.1 Ação civil pública nº 2008.72.01.000630-2/SC - compensação por danos ambientais decorrentes do emborcamento do comboio marítimo Norsul-Vitória

A ação civil pública nº 2008.72.01.000630-2/SC foi ajuizada em decorrência do acidente com comboio oceânico barcaça-empurrador da Cia. de Navegação Norsul, que emborcou no mar, próximo ao canal de acesso ao Porto de São Francisco do Sul, no dia 30/01/2008, quando transportava 340 bobinas de aço, ocorrendo derramamento de óleos e outros produtos químicos no mar,

com possíveis impactos nos ecossistemas marinho e costeiro da região da Baía da Babitonga, no litoral norte do Estado de Santa Catarina.

Em antecipação da tutela, foi determinado à FATMA, fundação de proteção ambiental de Santa Catarina e ao IBAMA que apresentassem relatório esclarecendo a situação dos locais eventualmente contaminados pelo vazamento e sobre a necessidade, ou não, de interdição desses locais, e, em caso positivo, que a promovessem, independentemente de determinação judicial. A FATMA e o IBAMA apresentaram o relatório determinado.

Foi realizada inspeção judicial no local dos fatos, seguida de audiência conciliatória, no Fórum da Comarca de São Francisco do Sul, ocasião em que restaram acertadas as seguintes medidas, conforme extraído dos autos:

> *"a) a **indenização alimentar** imediata referente aos prejuízos sofridos pelos pescadores, maricultores e outros prejudicados em relação à paralisação das suas atividades profissionais e a perda dos seus petrechos de trabalho será deliberada em reunião entre as partes e comunicada ao Juízo no prazo de 05 (cinco) dias. A indenização alimentar não se confunde com qualquer outra indenização compensatória por eventuais danos sofridos. Nos termos requeridos pelo Ministério Público Federal, essa reunião será realizada amanhã com todas as empresas-rés, neste Tribunal do Júri, às 17h00min, que ficam desde já intimadas a comparecer. Os interessados ficam desde logo cientes e poderão também comparecer ao ato. Num segundo momento, esses prejudicados poderão pleitear em Juízo, neste processo, inclusive através do Ministério Público a respectiva indenização individual e qualquer outra indenização reclamada na inicial;*
>
> *b) fica determinada a **realização de coletas e exames periciais da água, dos sedimentos e dos mariscos** por laboratório credenciado pelo INMETRO (a ser definido em reunião entre as partes e comunicado ao Juízo). Esse laboratório deverá realizar inclusive as coletas, a cada 15 (quinze) dias, com o acompanhamento do IBAMA, da FATMA e do Ministério Público Federal. A periodicidade, os parâmetros e a duração do monitoramento e eventuais outros objetos de exame serão definidos ou redefinidos em reunião entre as partes, comunicado o Juízo. O primeiro laudo deverá ser entregue no prazo de 30 (trinta) dias. A partir de então, deverá ser observada a periodicidade estabelecida pelo Juízo ou redefinida pelas partes. Essa medida será realizada às expensas das empresas-rés. A FATMA e o IBAMA se comprometem a comparecer na sede do Ministério Público Federal no dia de amanhã, às 14h00min;*
>
> *c) o **IBAMA e FATMA deverão alocar 02 (dois) servidores, por órgão, de forma permanente (sendo que os servidores do IBAMA deverão ser Técnicos em Emergências Ambientais), para acompanhar diária e permanentemente os procedimentos de mitigação ao dano ambiental decorrente do acidente** com a barcaça da Norsul, no prazo mínimo de 30 (trinta) dias, contados do dia 03/03/2008, sob pena de multa diária de R$ 500,00, a recair sobre a pessoa do Superintendente do IBAMA em Santa Catarina, Sr. Américo Ribeiro Tunes, e também do Presidente da FATMA, Sr. Carlos Leomar Kreuz;*
>
> *d) a empresa Norsul deverá **realizar o monitoramento noturno das barreiras de absorção e contenção, nas áreas próximas a praias, manguezais, rios, marisqueiras e sementeiras, com registro** a ser*

> *feito pela empresa e entregue diariamente ao IBAMA, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais).*
>
> *e) quanto às análises (cuja coleta - do marisco - foi realizada na última semana pela empresa contratada pela Norsul), a empresa Norsul se compromete a apresentar os resultados até sexta-feira, ou, no máximo, até a semana que vem.*
>
> *f) fica determinada* ***a interdição dos cultivos (maricultura) e das sementeiras, na Baía da Babitonga e na Praia da Enseada, até que as análises técnicas demonstrem não haver qualquer risco para o consumo;***
>
> *g) a* ***interdição das praias (para banho, recreação),*** *cujo pedido foi renovado nesta audiência pelo Ministério Público, será examinado em gabinete por este Juízo;" (g.n.)*

O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina juntaram termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta Parcial ao objeto da ação firmados com a Companhia de Navegação Norsul, estabelecendo verbas indenizatórias devidas a pescadores, maricultores, catadores e coletores, contemplando o depósito, pela Cia. de Navegação Norsul, do valor inicial estimado de **R$ 4.278.155,60**. A Norsul comprovou a realização do depósito desse valor às fls. 865-866. Para cumprir as obrigações previstas nos termos de ajustamento de conduta, a Norsul promoveu, além do depósito inicial, a realização de depósitos complementares: às fls. 1.502-1.503, no valor de **R$ 830.000,00**; às fls. 1.750-1.751, no valor de **R$ 1.000.000,00**; e às fls. 1.837-1.838, no valor de **R$ 1.150.000,00**. O processamento das disposições previstas nos termos de ajustamento de conduta referentes às verbas indenizatórias devidas a pescadores, maricultores, catadores e coletores ocorreu em autos apartados (autos das Homologações de Transação Extrajudicial n. 2008.72.01.0000900-5 e n. 2008.72.01.000920-0), distribuídos por dependência à presente ação (conforme fls. 656/656-v. e 867).

A interdição das praias, que havia sido determinada pela decisão das fls. 639-644, foi levantada pela decisão da fl. 853, por ocasião da demonstração da balneabilidade das praias. Por sua vez, a interdição dos cultivos de moluscos marinhos na região da Baía da Babitonga e Praia da Enseada, que havia sido determinada por ocasião da inspeção judicial seguida de audiência das fls. 558-585, restou levantada na forma da decisão das fls. 1.413-1.416 e 2.254-2.255. Em cumprimento às determinações liminares, o feito prosseguiu com a realização de inúmeras coletas e análises laboratoriais e correspondentes manifestações técnicas dos envolvidos na relação processual, voltadas ao monitoramento da água, sedimentos, moluscos marinhos e às medidas para mitigação do dano ambiental.

3.2 Plano de gestão ecossistêmica

Entre maio de 2015 e maio de 2017 o Projeto Babitonga Ativa deflagrou um processo para promover a gestão ambiental participativa do Ecossistema Babitonga, realizando um conjunto de ações de planejamento estratégico e mobilização social. Em junho de 2015 (1º Seminário de Planejamento Integrado), entidades com projetos contemplados pelo 1º Edital Público Ministério Público Federal de Joinville (outubro de 2013) se envolveram no delineamento e execução de ações integradas pela saúde do Ecossistema Babitonga. Como

legado deste momento ficaram o Plano de Ação Coletiva (BABITONGA ATIVA, 2015) e **o Grupo Estratégico de Mobilização-GEM,** ambos com a finalidade de engajar atores sociais e integrar iniciativas socioambientais.

Desde seu surgimento o GEM apresentou uma grande evolução no que tange à participação social, envolvendo mais de 70 entidades dos segmentos Socioambiental, Socioeconômico e Público, dos seis municípios do entorno da Babitonga. Sob o aconselhamento estratégico do GEM foi desenvolvida uma análise de cenários para a criação de uma plataforma colegiada multissetorial para a gestão participativa do Ecossistema Babitonga de caráter formal - o Grupo Pró-Babitonga-GPB.

Em 18 de maio de 2017, no 12º encontro do GEM, aconteceu um processo eleitoral que culminou no estabelecimento do GPB. O GPB iniciou sua operação com um mandato interino de um ano, contando com a participação de mais de 30 entidades, sendo 26 delas eleitas (Anexo 1). A consolidação do colegiado, em crescente nível de formalização e participação multissetorial, é um substancial incremento para a governabilidade do Ecossistema Babitonga.

O capital social que o GPB possui atualmente é fundamental para a revisão e implementação deste Plano de Gestão Ecossistêmica-PGE, concebido para ser o principal instrumento norteador no âmbito do colegiado. O PGE se baseia nas prescrições advindas do Diagnóstico Socioambiental do Ecossistema Babitonga (Babitonga Ativa, 2017) e nas diversas oficinas setoriais de planejamento espacial marinho realizadas entre 2015 e 2017. Por ser um instrumento adaptativo de gestão, o PGE deverá ser retroalimentado por meio de oficinas intersetoriais de Planejamento Espacial Marinho e periódicas revisões por parte do GPB. Estes constantes aportes de informação e interação deverão ser articulados de maneira a orientar e alimentar a operação do GPB em longo prazo.

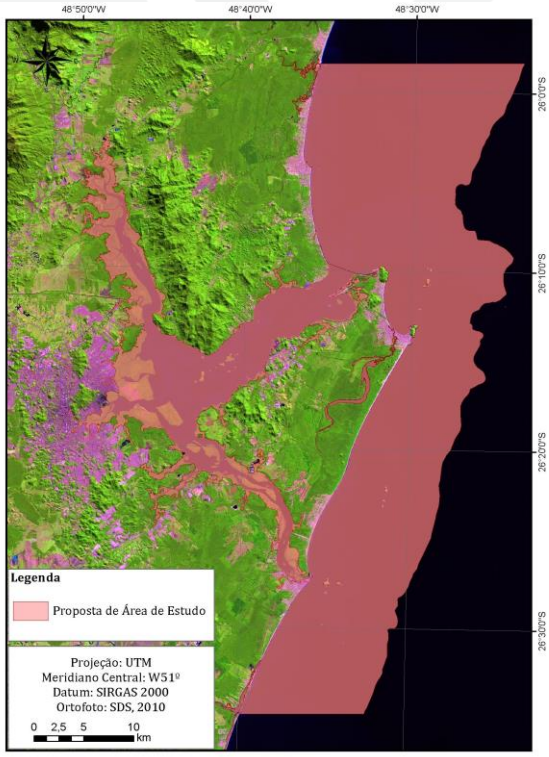


Figura 1: Área de abrangência dos estudos conduzidos pelo Projeto Babitonga Ativa e proposta de abrangência para o Plano de Gestão Ecossistêmica e atuação do Grupo Pró-Babitonga.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente se encontra em um nível de degradação que já alcança um déficit em relação ao ideal planetário. O ser humano é responsável direta e indiretamente pela degradação, escassez de recursos, desmatamento, poluição e extinção, dentre outros. E, cabe, somente a ele cuidar do seu habitat para o bem de toda a humanidade e das gerações futuras. Infelizmente, o Planeta não suporta mais esperar, já possui déficit temporal e de degradação, gerando intensos desafios para sua reversibilidade.

O direito ambiental neste contexto, ainda "engatinha", como instrumento operacional de proteção ambiental, e não pode mais ser aplicado somente após a ocorrência de tais danos. A dogmática jurídica necessita se adequar urgentemente seguindo o fluxo da modernidade reflexiva, para preventivamente controlar os riscos ambientais de modo efetivo.

De todo o exposto, podem-se ainda extrair, as seguintes conclusões principais: 1. O caput do art. 225 da CF/1988 ampliou o debate acerca do direito ao meio ambiente equilibrado às gerações presentes, incluindo as gerações futuras no âmbito de proteção, imputando-se assim o dever fundamental de proteção ambiental para preservação da vida e qualidade ambiental, às gerações que vivem no presente, dever este não apenas imputado à figura do Estado, mas também pela responsabilização dos particulares por danos ecológicos já executados ou potencialmente passíveis de ocorrer. 2. Os serviços ecossistêmicos são essenciais para a preservação e continuidade da vida no Planeta, sendo necessário que o Direito atua como instrumento de organização, fiscalização e aplicação de recursos, auxiliando na gestão ecossistêmica. 3. Por meio da Ação civil pública nº 2008.72.01.000630-2/SC, que buscou compensação por danos ambientais decorrentes do emborcamento do comboio marítimo Norsul-Vitória, os serviços ecossistêmicos estão sendo juridicamente tutelados por via do Plano de Gestão Ecossistêmica do Grupo Pró-Babitonga, promovido pelo Projeto Babitonga Ativa.

Além da reflexão que deve ser constante, cabe a cada um de nós a ação, toda e qualquer ação por menor que seja, produzirá efeitos na contenção dos danos ambientais, a responsabilidade civil é uma constante e já deveríamos ter evoluído para uma consciência de auto responsabilidade, sem a necessidade de demandas judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Daniel Caixeta; e ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e o bem-estar humano.** IE/UNICAMP, Campinas, n. 155, fev. 2009.

BRASIL. Constituição federal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas,2007

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 1981, Seção 1, p. 16509. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. Lei da Ação Civil Pública. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

_____. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.

_____. Código Florestal Brasileiro. Lei 12.651 de 25 de maio de 2012
CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

GONÇALVES. José Aparecido. **O dano ambiental e as futuras gerações.** Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Argumenta - UENP Jacarezinho nº 21 p. 25 – 50, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 3ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Princípios do direito ambiental.** 2ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

_____. **Dano ambiental e gestão do risco [recurso eletrônico] : atualidades em jurisdição e políticas públicas.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

JFSC, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2008.72.01.000630-2/SC** j. 13.06.2014. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200872010006302&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=872ec3f0af98a736573f1efcf0470fca&txtPalavraGerada=mZHR&txtChave = Acesso em 22.02.2019.
Plano de gestão ecossistêmica. Disponível em : https://www.grupoprobabitonga.com/ Acesso em 21.02.2019.
https://www.babitongaativa.com/ Acesso em 21.02.2019.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A TUTELA DA PRIVACIDADE NO BRASIL: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

Marie Laure Girard Zimmerlin[245]

Resumo: A Era da Informação trouxe consigo vários novos dilemas na vida em sociedade e dentre as polêmicas mais atuais, encontra-se a questão do processamento de dados públicos ou privados por terceiros, com as mais diversas finalidades. No constante dinamismo da idade digital, o direito encontra novos questionamentos quanto aos limites da tecnologia na vida das pessoas, especialmente com o uso das redes informatizadas. Nesse contexto, questiona-se: até que ponto o uso e processamento de dados interfere no direito constitucional à privacidade? Para responder a este questionamento, pode se estabelecer uma linha de raciocínio em três etapas: a primeira, na análise da legislação vigente e do entendimento do legislador acerca dos dados pessoais; uma segunda, com o estudo da Lei nº 13.709 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPDP) e por fim, uma última, aprofundando a matéria, considerando resultados de direito comparado. A metodologia utilizada é do tipo lógico-dedutiva, através da legislação, doutrina, jurisprudência e artigos científicos sobre o tema, dentre outros. Chegou-se à conclusão de que a LGPDP representa um marco no ordenamento jurídico brasileiro, com o regulamento inédito em matéria digital da informação de modo similar a outros sistemas jurídicos.

Palavras-Chave: Informação. Dados Pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Direito Comparado.

O homem é tão bom quanto o seu desenvolvimento tecnológico o permite ser.
(George Orwell, Dentro da baleia e outros ensaios, 1940).

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia, o legislador brasileiro procurou a passos lentos positivar o universo digital, os computadores, pois surgiram, com o passar do tempo, novos desafios na defesa de direitos e deveres fundamentais. Dentre estes, por exemplo, seria possível mencionar o surgimento dos *fake news*[246], ou ainda, a propagação de imagens intímas sem o consentimento da vítima; e por fim, a criação de *memes*[247].

O processamento e utilização de dados privados ou públicos não é novidade no ordenamento jurídico: ilustrando isso, pode-se mencionar os cadastros creditícios, que manipulam dados sensíveis, e que são tutelados juridicamente pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu artigo 43 ao menos desde 1990.

Com as recentes investigações nos Estados Unidos em razão da manipulação indevida por grandes fornecedoras (*i.e. Google, Facebook*) de informações pessoais de seus usuários, surgiu a intenção de vários países em regulamentar estas, para limitar prejuízos e responsabilizar infratores em similares ocasiões.

É seguindo este movimento que o Brasil editou a Lei nº 13.709 em 14 de agosto de 2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPDP), para

---

[245] Advogada no escritório Silva, Santana & Teston Advogados, graduada pela Universidade Sete de Setembro (Uni7) de Fortaleza/CE, pós-graduada em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus de São Paulo/SP. E-mail: mariezimmerlin@gmail.com.

[246] Em tradução livre, "notícias falsas". O termo trata da propagação de notícias falsas em meios sociais (OLIVEIRA; GOÉS, 2018, *online*).

[247] O *meme* é um fenômeno trazido com a internet, consistindo na imitação e propagação de imagens de humor pelos meios informatizados, surgido através de Richard Dawkins em sua *teoria do egoísmo do gene* (HORTA, 2015, p. 13).

regulamentação das informações em sentido amplo – o que constitui objeto principal desta pesquisa, em razão de sua grande relevância não somente a nível jurídico, mas também porque trata de uma tema contemporâneo que interessa à toda a sociedade.

Neste sentido, o objetivo geral do presente estudo pretende inicialmente traçar um panorama da LGPDP, analisando o tratamento vigente da informação, e posteriormente comparando-o com as inovações legais de 2018, inclusive quanto às fontes oriundas de legislações estrangeiras. Mais especificamente, o foco será voltado à nova tutela da privacidade, que tem como justificativa a Constituição Federal de 1988.

É nesta perspectiva que será possível esclarecer os potenciais resultados e novos desafios que surgirão com a entrada em vigor da LGPDP.

1. O TRATAMENTO LEGAL DA INFORMAÇÃO E DOS DADOS NO BRASIL

De acordo com o dicionário Michaelis, a informação é um termo que pode ser definido de três principais maneiras: (1) ato, efeito de informar; (2) conhecimento angariado por pesquisa e/ou instrução; (3) explicação de determinado tema (2019, *online*[248]). Informar, por sua vez, é verbo que indica, dentre seus sentidos: (1) comunicar; (2) contar; (3) corroborar (*Idem,* 2019, *online*).

Estes indicadores são fundamentais na era digital, a partir do momento em que constituem o principal núcleo da comunicação humana contemporânea, dos quais derivam: Internet, produção de música, notícias, etc. Siqueira Júnior, sobre o tema, explana concisamente:

> Vivemos numa sociedade em que a informação tornou-se objeto valorativo central contemporâneo, surgindo a denominada sociedade da informação. Essa deixa de ser um puro conceito ideal e passa a ser encarada como um objeto jurídico, na medida em que influi nas relações jurídicas com efeitos determinados sobre os particulares e os cidadãos. (2013, p. 202).

A informação pode ser classificada e categorizada, em sentido amplo, em pública ou privada, e neste contexto, merece atenção especial do estudioso do direito.

1.1 A tutela da informação no Brasil

O Direito na Sociedade da Informação, quando do tratamento desta, passou a ter seus traços jurídicos mais fortes tão somente por volta dos anos 1990, especialmente com os avanços da tecnologia de computadores e telefones.

Paralelamente, o indíviduo possui muitos direitos e deveres ditos fundamentais, dentre os quais, os mais conhecidos se encontram insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Neste mesmo artigo, no inciso X, lê-se claramente, que ao sujeito de direito lhe é garantido "(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material

[248] Conforme: <http://michaelis.uol.com.br/busca> último acesso em 10 de jun. de 2019 às 13h49min. Vide referências.

ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988, *online*[249] – grifou-se). Outros podem ser vistos nos incisos XII e XIV.

Ainda, pode-se mencionar o direito à interposição de *habeas data* diante do inciso LXXII, no sentido de "(...) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público" (BRASIL, 1988, *online* – grifou-se).

Na pirâmide de normas brasileira, a informação ganha também outro destaque na Carta Maior, em seu artigo 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (BRASIL, 1988, *online*– grifou-se).

Na ótica do constituinte brasileiro, a informação é elemento jurídico de especial enfâse, não somente ligada ao ato de comunicar ou informar num contexto coletivo [direito à informação], mas também de definição da comunicação de atributos próprios do indíviduo [privacidade]: são dois direitos que entram em choque. É por esta perspectiva que o texto constitucional trata da informação como um direito, mas também um dever a depender da circunstância.

Antes da edição de normas específicas à sua circulação, principalmente em meio eletrônico, o ordenamento jurídico brasileiro considerava implicitamente que a informação deveria ser observada de dois principais modos: (1) como pública, cujo acesso é garantido a todos, ressalvadas esporádicas situações; (2) como privada, enquanto direito personalissímo do indivíduo, com atenção ao já citado inciso X da Carta Maior, e também com a observância de algumas situações em que deva se tornar pública (PAESANI, 2013).

Os demais diplomas legais, a exemplo do Código Civil, do Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor, dentre tantos outros, apenas reiteram as esporádicas situações em que a informação deve, ou não, resguardar sigilo, tendo como principal regra o resguardo da privacidade quanto à pessoa natural ou jurídica, e a publicidade da informação pública (cf. artigo 37, *caput*, da CF/88).

Não menos relevante, o ordenamento jurídico brasileiro conseguiu impor diferenciação de regras quanto à manipulação da informação, especialmente àquela classificada ou personalissíma. Isto é: com autorização do detentor, o poder de manipulação é incontestável, não respondendo o autor por esta; já quando não há autorização ou em caso de desvio na intenção original do detentor, a informação é passível de consequencias cíveis e criminais – isto será mais adiante abordado.

Entretanto, não se deve olvidar a valiosa lição de Mansur e Andrade, quanto à manipulação da informação, *ad literam*:

> Na era da sociedade da informação, a verdade deve ser também um valor essencial na ética dos meios de comunicação. Um aspecto importante no direito à informação é a busca pela verdade. Contudo, na sociedade da informação essa busca se torna mais díficil, em razão das várias versões de um mesmo fato, apresentadas pelos inúmeros meios de difusão da informação, que vão dos *sites* na Internet, passando pelo Twitter, Facebook e demais redes sociais; capazes de

[249] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> último acesso em 10 de jun. de 2019 às 14h14min. Vide referências.

> disseminar informações em segundos, nem sempre verdadeiras, quer porque a veracidade não é verificada, quer porque deliberadamente é tornada mentira. (2013, p. 91-92).

A verdade ou a mentira de determinada comunicação é principalmente determinada pelo titular ou pelo manipulador, o que foi determinante na construção de leis brasileiras na era moderna – especialmente desde o ano de 2010, com a consolidação das redes sociais.

É, inclusive, o principal foco dado pelo legislador para a informação no seu tratamento jurídico, no Direito Brasileiro, ou seja: (1) quanto ao modo de divulgação, (2) seu titular, e sua (3) manipulação.

Neste contexto, o que seriam então os "dados", e qual sua pertinência com a informação, no sentido jurídico do termo? Para Souza, os dados são "cumulações de fatos e acontecimentos que formam a personalidade de cada indivíduo, os dados pessoais podem contar de forma precisa a história de vida de cada cidadão" (2018, *online*[250]).

Portanto, dados são informações especificas ligadas à individualização de uma pessoa física, ou constituição determinada de uma pessoa jurídica: números cadastrais, características físicas, gostos, opções de vida, dentre muitos outros, são elementos englobados no conceito de "dados". Poderia-se dizer, em consequencia, que dados públicos ou privados tem amparo em um direito "personalissímo".

Estes últimos são assim definidos por Bittar: "(...) são direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, que protegem valores inatos ou originários da pessoa humana, como a vida, a honra, a identidade, o segredo e a liberdade" (1992, p. 64).

A definição, entretanto, não pode ser limitada à pessoa natural. Quando da tutela de dados de pessoas jurídicas, entende-se que existem elementos que são indissociaveis à sua identidade, como por exemplo, a figura dos sócios, sua trajetória comercial, seu produto ou sua marca, que as fazem ganharem singularidade no mercado – sendo, portanto, protegidas da mesma forma que a pessoa física dentro de seu próprio limite conceitual jurídico.

Informações e dados públicos ou privados são conceitos interligados na sociedade atual, e ganham força com o ingresso da tecnologia, por meio da qual, passam a ser transmitidos de forma muito rápida e dinâmica, jogando uma nova perspectiva na visão jurídica do tema.

1.2 O Direito Informático Brasileiro, o Marco Civil e a tutela da Privacidade

Na maioria das disciplinas jurídicas, vê-se uma formulação de sistemas que englobam situações concretas. Isto não ocorre nas áreas do Direito relacionadas à informática, já que três quartos dos temas serão de hipóteses estritamente incórporeas.

Isto é dizer, o que era outrora material e palpável nas ciências jurídicas, passa a se tornar virtual, sem suporte físico, como conceitua Paesani:

> A informação, graças à difusão do computador, transformou-se numa mercadoria, numa coleta de dados registrados sob a forma de impulsos magnéticos. Considera-se não só o conteúdo, mas também a forma, que é mensurável com absoluta precisão em termos de custo de

[250] Disponível em:<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3153/1484> último acesso em 10 de jun. de 2019 às 15h16min. Vide referências.

> produção e de valor de mercado. Dessa maneira, a informação transforma-se em nova matéria prima, pertencente ao gênero especial dos bens imateriais. (2014, p. 10).

Em suma, o Direito Informático, que engloba o Direito da Internet, possui mais conceitos abstratos que concretos: é nesta visão que é processada a informação, e por consequencia, os dados públicos ou privados. E justamente porque é imaterial a informação, a denominação mesma da disciplina jurídica [*informática*] foi assim construída.

A passos muito lentos o Brasil constituiu uma legislação e uma doutrina propriamente dita deste ramo jurídico, tendo intensificado a produção normativa na última decada.

A informação, assim como muitos outros elementos objetos do direito, pode estar presente tanto em suporte físico ou imaterial, e na sua segunda forma, passa a ter um tratamento específico: é ainda mais relevante quando tratamos da rede de computadores, a famosa “internet”.

A primeira lei sobre a questão surgiu em 1984 (Lei nº 7.232); trata-se de um diploma legal muito rudimentar popularmente conhecido por “lei da informática”, e cujo principal objetivo é a criação de órgãos administrativos de regulamentação, dentre os quais se destaca especialmente o Conselho Nacional de Informática e Automação (CONIN).

Entretanto, e de fato, fora apenas em 1991 que o Brasil conheceu um verdadeiro “boom” do ramo, através da lei 8.248 de 1991, que criou incentivos fiscais privilegiando a produção nacional de produtos da área de informática, revogando a maior parte da reserva de mercado do setor. Pouco tempo após, através da Lei 10.176 de 2001, a “Política de Informática” seria finalmente adotada no país, com a notória intenção de desenvolver a precária situação tecnológica do Brasil, comparada aos seus competidores internacionais.

Outras leis viriam a seguir, timidamente regulamentando práticas muitas vezes já consolidadas, a exemplo da “lei do *software*” (Lei nº 9.609 de 1998), ou ainda da “lei da assinatura digital” (Lei nº 11.419 de 2006).

A *Internet*, por sua vez, só foi legalmente regulamentada muito tardiamente, através do Marco Civil datado de 2014. O texto legal busca claramente guiar a atuação do Estado em relação ao que já era uma consolidada rede de computadores em território nacional.

Ademais, convém notar que quando se fala na lei nº 12.965 de 2014, não há como se dissociar o tema aos próprios suportes físicos: os computadores. Para Marcacini, é por este diploma legal que se consolida um elemento jurídico, determinante para a regulamentação do direito informático e da *internet*:

> [...], a compreensão do *fato informático* é um dado essencial para o estudo do direito aplicado às novas tecnologias. Seja para propor a criação de novas normas jurídicas, seja para, diretamente ou por analogia, aplicar as já existentes, o ponto de partida do estudo do Direito da Informática é o *fato informático*. Considera-se como tal o fato que se realiza com a utilização de sistemas informáticos. O fato informático é essencialmente um fato traduzido e intermediado pelo computador. As atitudes humanas são convertidas pela máquina em sequências numéricas e assim processadas ou registradas em suas entranhas. Ao digitar palavras, ou executar um clique com o mouse, o computador converte essas ações em sequências numéricas que as representam. (2016, p. 18-19 – grifou-se).

A informação, como visto, é indissociável do conceito de “dados”: na era digital também é fato evidentemente informático *in latu* e *strictu sensu*; e assim como a rede mundial de computadores, todos estes conceitos passaram por uma importante etapa a nível legal com o Marco Civil da internet.

Concentrando-se apenas sobre o tratamento legal dado por esta lei aos dados públicos e pessoais, é interessante mencionar o principio fundamental insculpido no artigo 3º, incisos II e III da lei nº 12.965 de 2014, *in verbis*: “a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...]. II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]” (BRASIL, 2014, *online*[251] – grifou-se).

A privacidade e sua tutela é tema relevantissimo para o estudo do direito informático, no sentido de que é uma das garantias fundamentais mais defendida nos textos legais desta área jurídica. Assim, é imprescindivel destacar o conteúdo do artigo 7º e seus incisos , da lei da internet, *ad literam*:

> O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> I - **inviolabilidade da intimidade e da vida privada**, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> II - **inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet**, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...].
> VII - **não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais**, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;
> VIII - **informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais**, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
> IX - **consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais**, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;
> X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; [...]. (BRASIL, 2014, *online* – grifou-se).

Em complemento, extrai-se do artigo 8º, *caput*, do Marco Civil: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (BRASIL, 2014, *online*).

O entendimento do legislador – sobre o tema da privacidade na internet - é claro: a defesa de direitos físicos, psíquicos e morais contra injunções e intromissões alheias diante de uma exposição cada vez mais intensa, encontrando limite no direito à informação (PAESANI, 2013, p. 33-34).

Convém destacar, como afirma Marcacini (2016, p. 55), ainda que a privacidade seja um direito disponível, o que fica cada vez mais evidente com as redes sociais, deve ser tutelada para prevenir invasões inoportunas. De fato, a informação ou os dados são também direitos que podem ser cedidos pelo usuário, no limite de sua vontade. Assim leciona:

[251] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> último acesso em 14 de jun. de 2019 às 15h24min. Vide referências.

> Pessoas expõem detalhes de sua vida privada em programas de TV, *blogs*, redes sociais, ou onde mais conseguirem, e não se pode proibi-las de fazê-lo. Isso não afasta a existência de um direito fundamental à privacidade, que, não obstante o comportamento de alguns muitos, pode ser exercitado por aqueles que quiserem proteger os detalhes da própria vida, no todo ou em parte. E mesmo quem expõe nas redes sociais seus pratos de comida, suas frustrações amorosas ou sua imagem em sumários trajes de banho pode não querer – e tem o direito de evitar – que todos saibam em que lugares esteve ontem, quem é a sua família, ou quando e onde passará as próximas férias. (MARCACINI, 2016, p. 53).

Conclui-se, ainda, que o Marco Civil, na tutela da privacidade, entende que não somente é um direito fundamental disponível, mas também divísivel: compartilha informações e dados quem quer, na medida do quanto quer, sem que isso resulte em maiores danos; observando, claro, os demais limites contidos em lei. É por isto, por exemplo, que no famoso caso do compartilhamento de um vídeo de estupro coletivo em rede social[252], há visivel ofensa ao direito de intimidade, mas no caso de um simples compartilhamento de uma fotografia "postada" em modo público no *Instagram*, não há que se falar em qualquer afronta à este basilar direito.

Todavia, ainda que o Marco Civil represente um grande passo à frente na regulamentação do direito informático e da delimitação dos novos problemas trazidos pela tecnologia em constante desenvolvimento, há muitos que entendam que se trata de uma lei que já nasceu obsoleta, ou alternativamente, insuficiente, para enfrentar todos estes desafios que surgem neste sentido.

1.3 O contexto histórico-normativo da elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPDP)

Thompson, analisando a eficácia do Marco Civil na prática, especialmente na defesa dos direitos personalissímos, destacaria com grande clareza, *in verbis*:

> [...].entre achar um advogado, negociar seus honorários, descobrir quem de fato é o provedor e onde está estabelecido, ter uma petição redigida, ajuizada, obter uma ordem judicial, enviar uma carta precatória para São Paulo ou uma carta rogatória para Londres para fazer cumprir a ordem, notificar o réu e este, dentro de período razoável, tornar o conteúdo indisponível, o conteúdo já foi reproduzido por um, por outro, por centenas de sites na internet. (2012, p. 213-214).

Neste contexto, vê-se, portanto, que o resultado do Marco Civil deixou muito a desejar quanto à defesa dos direitos fundamentais na era digital, tornando-se muitas vezes oneroso, burocrático, insuficiente; senão já ultrapassado desde sua concepção.

O Direito Informático, por outro lado, ainda que tenha tido uma tímida caminhada no Brasil, não pode se escusar de abranger todos os elementos problemáticos aos quais pode ser relacionado. E na defesa da informação, especialmente dos dados, é que procurou o legislador dedicar um diploma legal próprio, objeto do estudo do presente trabalho.

---

[252] Como se pode ver em: <https://oglobo.globo.com/rio/policia-pode-indiciar-quem-compartilhar-video-de-menina-de-13-anos-vitima-de-estupro-coletivo-em-itaguai-23555676> último acesso em 20 de jun. de 2019 às 15h08min. Vide referências.

De modo muito reservado, o artigo 13 do Decreto nº 8.771 de 2016[253] indicava diretrizes de proteção e manuseio de dados para provedores de internet, mas não para uma tutela especifica neste sentido. À contramão do resto do mundo, o Brasil legislou de modo retardatário sobre a internet, e ainda mais tarde sobre dados pessoais:

> Também a frente do Brasil, em 2011, o Peru adotou uma legislação específica acerca da proteção de dados pessoais, assim como demais países latinos, como Chile, Uruguai, México e Colômbia, nos moldes da experiência normativa europeia. Com a *Ley de Protección de Datos Personales – Ley n° 29.733,* o governo peruano pretendeu adequar-se aos acordos de livre comércio que possui com os Estados Unidos e Canadá, assim como um possível acordo com a União Europeia. (ARAÚJO; CAVALHEIRO, 2014, p. 219).

Por outro lado, Maciel destacaria que, ao menos em 2017, 110 países teriam regulamentação própria para proteção da informação, o que ganhou principal destaque na Europa e nos Estados Unidos da America (E.U.A.), em razão da descoberta do vazamento de dados pela rede social *Facebook*[254] – entretanto, o Brasil permanecia tão somente com o obsoleto Marco Civil e outros frágeis mecanismos legais, insuficientes para proteção da intimidade (2017, *online*[255]).

Neste âmbito, é que houve o fomento em regime de urgência da Proposta de Lei Complementar nº 53 de 2018, à semelhança de outras legislações de similar teor de autoria da União Européia. A lei fora sancionada, com vetos, pelo então presidente Michel Temer, no mesmo ano de sua proposição. A mesma será aprofundada a seguir.

2. PRINCIPAIS CARATERISTÍCAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Pela primeira vez no Brasil, tem-se um diploma especifíco em relação à tutela da informação e proteção de dados, numa visão muito própria à defesa da privacidade e individualidade.

2.1 Objeto legal, partes contempladas e meios de concretização

Acerca da enorme relevância da LGPDP, Monteiro assim faria o comentário, *in verbis*:

> [...] a importância de previsões capazes de expandir esses direitos para contextos mais variados, *online* e *off-line*, envolvendo o uso de dados pessoais. Para esse fim, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil (LGPD), que transplanta o sistema setorial de proteção nacional para um geral, que abrange o tratamento de dados pessoais, independente do contexto, setor e mercado. (2018, p. 9 – grifou-se).

[253] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm> último acesso em 20 de jun. de 2019 às 15h53 min. Vide referências.

[254] Como se vê em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia/> último acesso em 20 de jun. de 2019 às 15h44min. Vide referências.

[255] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/rafael-maciel-lei-protecao-dados-fundamental-brasil> último acesso em 20 de jun. de 2019, às 15h46 min. Vide referências.

Assim sendo, a LGPDP “harmoniza”, no termo empregado por Monteiro (2018, p. 9) o direito informático, a rede mundial de computadores, e os direitos da personalidade de modo mais abrangente possível, com um olhar voltado ao futuro. Não se extrai outra conclusão da leitura do artigo 1º de referida legislação, cuja leitura é de suma importância:

> Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive nos meios digitais**, por **pessoa natural ou por pessoa jurídica** de direito público ou privado, com o objetivo de proteger **os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural**. (BRASIL, 2018, *online*[256] – grifou-se).

Algumas conclusões podem ser extraidas da mera leitura deste artigo. A primeira é quanto ao objeto de tutela da LGPDP: trata-se de uma proteção da informação, através dos dados pessoais, sejam estes em meio digital ou não. A informação contida em elementos de suporte físico também encontra amparo neste diploma legal. A lei é meio de efetivação, portanto, dos conceitos de liberdade, privacidade, e personalidade, conforme já delimitado em tópicos anteriores.

Os sujeitos do líame jurídico também são claramente apontados: de um lado, temos o(s) manipulador(es) dos dados, e de outro, a pessoa física ou jurídica titular da informação. Sobre o tema, convém também transcrever a lição do artigo 3º da LGPDP: “esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados [...]” (BRASIL, 2018, *online* – grifou-se).

Assim também delimita o legislador a aplicação territorial da lei, que é determinável através da localização do usuário, detentor dos dados, e do local de manipulação da informação, o que permite, desta forma, uma extraterritorialidade (com algumas limitações contidas em seus incisos subsequentes). Entretanto, a aplicação da LGPDP pressupõe um tipo de operação com manuseio de dados a partir de uma conexão em território nacional.

Dentre os agentes contemplados pela lei, é imprescindivel a leitura do artigo 5º, e seus respectivos incisos V, VI e VII, que tratam, respectivamente, do “titular”, “controlador” e “operador”.

O primeiro deste é simplesmente indicado como “ pessoa natural a quem **se referem os dados pessoais** que são objeto de tratamento”; o segundo, é definido por “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem **as decisões** referentes ao tratamento de dados pessoais” e por fim, o “operador”, como “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que **realiza o tratamento** de dados pessoais em nome do controlador” (BRASIL, 2018, *online* – grifou-se).

Duas personalidades manipulam *de facto* os dados na cadeia jurídica esmiuçada pelo legislador: o titular possui os dados, que serão filtrados pelo controlador, e repassados ao operador para um tratamento final. Logicamente, extrai-se que controlador e operador são duas figuras que podem se confundir em uma pessoa só, a depender do caso.

---

[256] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> último acesso em 20 de jun. de 2019 às 16h22min. Vide referências.

O inciso VIII destaca também um quarto sujeito, assim determinado, *in verbis*: “encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados” (BRASIL, 2018, *online*). Este é também denominado de *Data Protection Officer*[257], ou “DPO”, como realça Vainzof, uma figura de caráter obrigatório e que deverá ser pública (2018, p. 30).

Destaca-se, ainda, que o legislador optou por indicar que o titular de quaisquer dados é a pessoa natural, mas permitiu seu manuseio por qualquer tipo de sujeito de direito.

E na temática do direito à privacidade, outra divisão ganha especial relevância: a existência de dados **pessoais**, **sensíveis** e **anonimizados**. Esta diferenciação é crucial para a determinação das consequencias do bom ou mau uso da informação. Segundo o mesmo artigo 5º, e seus incisos I e III, definem-se os dados **pessoais** como sendo àqueles cuja “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, e **anonimizados** como sendo “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (BRASIL, 2018, *online*).

Já o dado **sensível** é:

> [...] dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (BRASIL, 2018, *online*).

Tratam-se de conceitos cuja compreensão é muito simples, mas que demonstram nítido interesse do legislador na proteção da intimidade, justamente para evitar abusos por aqueles que tem acesso a traços significativos da pessoa natural, o que poderia levar a consequencias devastadoras. Por exemplo, a indicação de opção sexual do sujeito cujo dado está sendo manipulado, em sendo divulgada, poderia levar à desastrosas consequencias na sua vida íntima (a depender do caso). O dado sensível e o dado pessoal são os dois elementos mais tutelados na defesa da privacidade pela LGPDP no Brasil.

Por isto, o diploma legal indica também com clareza a ideia de imprescindibilidade, em alguns casos, de consentimento (art. 5º, inciso XII), como sendo “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018, *online*). É o que ocorre, por exemplo, com o preenchimento de um formulário pela internet para inscrição em um concurso público, ou ainda, na adesão de um usuário em um forum de debates virtuais.

O consentimento, portanto, passa a ser fundamental no manuseio da informação, um fato até então desviado por muitos operadores *online*, a exemplo das redes sociais, tal como ocorreu com o anteriormente mencionado caso do *Facebook*.

E na defesa da privacidade, a LGPDP trouxe dez princípios elementares, concretizados em seu artigo 6º, cuja leitura é imprescindivel:

[257] Em tradução livre: o Oficial de Proteção de Dados.

> I - **finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
> II - **adequação**: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> III - **necessidade**: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
> IV - **livre acesso**: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
> V - **qualidade dos dados**: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
> VI - **transparência**: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
> VII - **segurança**: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
> VIII - **prevenção**: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
> IX - **não discriminação**: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
> X - **responsabilização e prestação de contas**: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018, *online*).

Do mesmo modo, a lei dispõe sobre a autodeterminação, ou seja, a livre disposição de vontade do titular em relação às suas informações (art. 2º, II), o que é novamente confirmado no artigo 18 e conseguintes desta mesma regulamentação, a respeito das ações ao alcance da pessoa natural para solução de irregularidades ou autocontrole.

Quanto ao manuseio da informação pelo Poder Público, ainda que tenha pequena guarita na LGPDP (art. 23 e conseguintes), encontra seus principais elementos de ação na lei nº 12.527 de 2011, ou Lei de Acesso à Informação, não sendo demasiadamente abordada por ter diploma próprio.

Como destaca Guaracho, há um período de *vacatio legis* de 18 meses, entretanto, muitas empresas já se utilizaram de várias medidas para *compliance*, especialmente porque faziam uso indevido da informação de seus usuários:

> Com a mudança na legislação, estas empresas poderão sofrer adaptação. O Facebook, inclusive, já alterou sua política de dados em abril, após o escândalo da Cambridge Analytica, e promete uma grande reforma para o próximo ano, devido as inovações legislativas. Há outros exemplos de empresas que também deverão se adaptar, como lojas, supermercados e farmácias que garantem descontos para que você cadastre seu CPF sem, no entanto, informar que estes dados são repassados para outras empresas terem acesso e lhe oferecer serviço. Ainda, existem diversas empresas que utilizam-se destes dados, muitas vezes com a vantagem do cadastro rápido, onde você poderá com seu usuário do Google Plus ou Facebook acessar os serviços de determinada empresa de forma gratuita, na verdade, eles estão

> colhendo seus dados para vender no futuro para terceiros. Deste modo, a **inovação legislativa que entrará em vigor passará a regulamentar e dificultar esse tipo de mercado, onde o preço é pago com a privacidade do usuário, delimitando até onde as empresas poderão utilizar dados e punindo vendas e vazamentos ilegais de informação**. (2018, p. 38 – grifou-se).

É neste sentido também que a legislação, complementando muitas outras, atribuiu ao uso indevido da informação consequencias cíveis e criminais, a seguir contempladas.

2.2 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Criminal por Violação à Privacidade dos Dados

De forma orgânica, a Constituição Federal já delimita, como já visto, a inviolabilidade da intimidade e privacidade, especialmente através de seu artigo 5º, incisos X, XI, XII e XIV: a nível infralegal, tais disposições encontram amparo com os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Já a nível criminal, duas importantes inclusões ao Código Penal respaldam a responsabilidade do agente infrator por violação de dados e de privacidade: o artigo 154-A que procura atingir os *hackers*[258], e o artigo 216-B que ampara o vazamento de conteúdos íntimos por qualquer meio, o que foi possível através das Leis nº 12.737 de 2012 e nº 13.772 de 2018, respectivamente. Tratam-se das estipulações génericas de responsabilização cível e criminal.

No Marco Civil, são dois os principais artigos a respeito do tema (arts. 18 e 19), que assim postulam:

> [...] O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. [...], o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014, *online* – grifou-se).

Vê-se que o Marco Civil novamente é insuficiente quanto à estipulação de deveres na rede e suas devidas consequencias, ainda que o artigo 10 deste diploma legal explicitamente indique que "(...) dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas" (BRASIL, 2014, *online* – grifou-se).

As lacunas deixadas pelo nosso até então falho ordenamento jurídico, a esse respeito, já fora preocupava em 2013 Paesani, que assim afirmava, *ad literam*:

> Nesse particular, contrariamente ao que sucede em outros setores, o potencial de danos indiretos excede largamente o de danos diretos, pois o custo diferencial do serviço prestado via rede é muito baixo (especialmente quando utilizada a Internet) e, repassado na forma de preço, resulta em serviço de valor final nessa proporção. Por outro

[258] Os *Hackers* ou *ciberpiratas* são peritos em informática que conseguem manipular e realizar modificações em máquinas e dados digitais para os mais diversos objetivos.

> lado, o benefício e o risto indireto de tais serviços, prestados via Internet, é significativo, dadas as vantagens que as redes proporcionam quanto a tempo e espaço. Por essa razão, muitas pessoas **passam a concentrar nas redes a disponibilidade de recursos de seus afazeres, tornando-se delas bastante dependentes**. A Internet insere-se em contexto permeado de paradoxos: trata-se da mídia que conta com mais meios de proteção de privacidade e integridade [...], porém é a mais suscetível a ataques e invasões [...]. Pela análise aqui desenvolvida, pode se colher a sensação incomôda que a **Internet é um refúgio, uma zona franca, por meio da qual tudo é permitido sem assumir nenhuma responsabilidade. Será, no entanto, efetivamente assim?** (2013, p. 67-77 – grifou-se).

Entende-se que em relação à dados pessoais, físicos ou não, e especialmente frente a novas tecnologias, as leis anteriores ao diploma especifico de proteção de dados proviam impactos muitos reduzidos em casos de infrações de ordem cível ou criminal. Na prática, como já denunciava Marcacini (2016), os mecanismos legais – dos quais deve-se mencionar o Marco Civil - tornaram-se totalmente insuficientes e desprovidos de eficácia.

A lei de proteção de dados pessoais ampliou esta responsabilização com uma seção inteira sobre o tema. Os artigos 31 e 32 da LGPDP pincelam algumas medidas para combate ao vazamento de dados por órgãos públicos, sem explicitamente indicar alguma responsabilidade aos responsáveis.

De certo ponto de vista, isto não é necessariamente um erro do legislador, na medida que há outros mecanismos de maior prevalência que responsabilizam entes públicos por prejuízos comprovados, dentre as quais vale citar a Carta Maior em seu artigo 37, §6º, de redação cristalina: “as pessoas jurídicas de direito público [...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso [...]” (BRASIL, 1988, *online*).

Já os artigos 42 a 44 da LGPDP indicam expressamente uma responsabilização dos controladores e operadores de dados, *in verbis*:

> Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. [...].
> Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:
> I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;
> II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
> III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. [...].
> Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo pelo qual é realizado;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. (BRASIL, 2018, *online* – grifou-se).

A nível criminal, o Código Penal e seus retro citados artigos, ainda que aludindo a situações muito específicas, são por enquanto suficientes para a violação da intimidade dos dados por *hackers* ou no âmbito das relações interpessoais. Entretanto, a sumariedade destes dispositivos poderá levar a uma futura obsolescência.

Deste modo, a LGPDP ampliou e aprofundou a responsabilidade de agentes quanto à dados, levando a outro nível a ingerência destes nos meios digitais.

3. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DOS DADOS NO DIREITO COMPARADO

A privacidade é um direito positivo a nível internacional, categorizado dentro daquelas que são consideradas prerrogativas fundamentais inerentes a qualquer ser humano. Isso é o que se depreende do artigo 122 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que assim afirma:

> Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, *online*[259]).

Também consta em inúmeros outros diplomas internacionais, não se tornando objeto de tutela unicamente no Brasil, mas como regra geral no mundo inteiro. A título de complemento, convém transcrever o conteúdo do artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), subscrito pelo Brasil, que assim aduz:

> 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (BRASIL, 1992, *online*[260]).

Por outro lado, viu-se que a LGPDP trouxe um verdadeiro bafo de ar fresco à até então inapta legislação brasileira quanto à proteção da privacidade nos meios digitais, isto sem contar a tutela própria dos dados pessoais.

Convém salientar, por outro lado, que o diploma legal brasileiro encontrou nas legislações europeias e americanas suas principais fontes de produção normativa. Neste sentido, até que ponto a lei nacional está em harmonia como as normas estrangeiras?

3.1 O tratamento dos dados na legislação da União Européia

Fauchoux, Deprez e Bruguière afirmavam que por muito tempo as diretivas europeias, com base na de nº 95/46-CE, construiram uma tutela dos dados principalmente sob a ótica dos direitos autorais (2013, p. 302-303), na afirmação de um direito *sui generis* de um "produtor" para a base de dados, sem muita atenção ao produto ou seu resultado. Fora a jurisprudência da Corte

[259] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> último acesso em 23 de jun. de 2019 às 15h56min. Vide referências.

[260] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> último acesso em 23 de jun. de 2019 às 15h57min. Vide referências.

Europeia que traçou aos poucos os limites destes direitos e suas demais implicações.

Em 2004, por exemplo, a União iria levar a proteção de dados sensíveis em suas diretivas supranacionais, através de um novo diploma legal, especialmente sobre a proibição de manipulação destes elementos sem a anuência do titular, postulando pela autodeterminação tal qual a lei brasileira (FAUCHOUX; DEPREZ; BRUGUIÈRE, 2013, p. 316). Neste ponto, os autores destacariam, ao menos na França, o Decreto nº 2005-1309 de 2005 que precisaria os mecanismos práticos de repressão à violação de dados pessoais em seu território.

Entretanto, o grande passo adiante foi dado com a edição da normativa 2016/679, revogando a de nº 95/46-CE, e cuja entrada em vigor se deu em maio de 2018, com abrangência entre todos os estados membros (SOUZA, 2018, p. 74).

O grande traço marcante da regulamentação europeia sobre dados pessoais é certamente sua faceta definida como "compreensiva", no sentido de que procurou elaborar leis genéricas aplicáveis tanto ao setor público, como privado, e cuja eficácia possa ser ampliada de modo mínimo.

A tutela da privacidade, no ordenamento jurídico europeu, é pautada principalmente no direito fundamental à proteção e respeito da vida privada contido nas convenções e tratados internacionais, dando lugar à uma exaustiva produção normativa neste sentido (FAUCHOUX; DEPREZ; BRUGUIÈRE, 2013, p. 317; SOUZA, 2018, p. 74-76 e 162).

Deste modo, destaca-se a grande semelhança na tutela e nos conceitos definidos na legislação da União Europeia e brasileira:

> Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao **tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais**, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais. [...]. (UNIÃO EUROPEIA, 2016[261], p. 1 – grifou-se).

E a imposição de um direito *sui generis* de proteção da informação pode ser vista em vários de seus dispositivos, dos quais cita-se, a título de exemplo, em relação à responsabilização cível e criminal dos agentes infratores:

> A proteção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, e de livre circulação desses dados, **é objeto de um ato jurídico da União específico**. [...]. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 4 – grifou-se).

Extrais-se que o tratamento dos dados pessoais tem apenas um propósito, qual seja, o seu uso a favor do coletivo (cf. artigo 4º da Normativa nº 2016/679), não se tratando de um direito absoluto, desde que seja observada esta principal limitação.

[261] Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1> último acesso em 23 de jun. de 2019 às 16h33min. Vide referências.

Mais uma vez, trata-se de um elemento de contemplação da informática com efeitos utilitaristas, e com limites estritamente legais. Neste sentido, o Brasil adotou de modo mitigado tal concepção, o que é visivel no decorrer de toda a leitura da LGPDP.

E quanto aos dados a serem contemplados, Souza destaca que a legislação europeia contemplou especialmente os dados sensíveis, e os dados pessoais gerais, que deverão ser colhidos com o consentimento do titular, olvidando, por outro lado, os dados anônimos (2018, p. 77). É assim que pode ser suscintamente reduzido a ótica do legislador europeu, *in verbis*:

> O consentimento não apenas demonstra a vontade do titular em liberar seus dados, mas todo o tratamento deverá ser baseado nesse consentimento, que irá delimitar o alcance dos agentes durante o tratamento. Ademais o novo regulamento também diminui as possibilidades de tratamento sem a anuência do titular e em legítimo interesse do agente, é o caso inclusive quando de interesse público, devendo o tratamento ser "objeto de medidas adequadas e específicas" ainda devendo sempre prevalecer "os interesses ou direitos e liberdades fundamentais titular". [...]. O consentimento, como visto, é alicerce para o tratamento de dados, e ainda principal critério para "medir" a legitimidade do tratamento, salvo as exceções previstas na lei. (SOUZA, 2018, p. 79 – 80 – grifou-se).

A União, como visto, é evidentemente ligada à positivação normativa para formulação de direitos e deveres na manipulação da informação, tendo uma visão "compreensiva", mas também utilitarista. O que outrora tinha legislação esparsa restou consolidado em um único instrumento genérico, cujo principal objetivo é a tutela da privacidade, mas também, de abranger as presentes e futuras tecnologias, limitando-as na coleta de dados considerados perigosos ao usuário.

Tanto é que inclusive consolidou uma autoridade superior na tutela destas prerrogativas, à semelhança do que prevê o Brasil em seu próprio diploma.

Neste ponto, não é de se negar a grande similitude destes traços com a LGPDP, observando-se nitidamente uma fonte normativa na produção nacional. Ainda, sendo aderente à corrente de produção do *civil law*, adotada em parte na União e seus estados membros, não diferente seria o Brasil na formulação de soluções sobre o tema.

Por outro lado, a LGPDP não pode ser estabelecida enquanto "gêmea" da lei europeia, senão que uma mera "fonte de inspiração". Isto é, ainda que existentes traços similares, não poderia se dizer que a lei nº 13.709 de 2018 é utilitarista, pois traz à baila alguns elementos que lhe são próprios. Por exemplo, a LGPDP entende que algumas situações prescindem da consentimento para uso e processamento de dados (artigo 4º da LGPDP), o que não ocorre no velho continente.

3.2 O tratamento dos dados nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos reconhecem a proteção à privacidade em sua quarta emenda à Constituição Americana de 1789[262], especialmente nas situações de busca e apreensão. Trata-se, portanto, de um direito fundamental positivo.

[262] Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment> último acesso em 24 de jun. de 2019 às 09h01min. Vide referências.

Por outro lado, sendo aderente ao sistema de produção legal do *common law*; indica Vasquez que a intimidade e a proteção da informação também encontra amparo na 4ª emenda e na Juriprudência consolidada da Suprema Corte, notadamente com o caso *Katz Vs. The United States* de 1967 (2012, p. 147).

Nesta perspectiva, desde muito tempo os ianques entendem que a privacidade é um direito constitucional, o que engloba não somente conceitos físicos, mas também eletrônicos.Todavia, referido país, apesar de ser pioneiro na produção digital e no direito informática, não soube desde a década de 1980 dar suficiente respaldo jurídico frente à crescente invasão da privacidade na obtenção e processamento de dados pessoais por novos meios de tecnologia (VASQUEZ, 2012, p. 147-161).

Neste ponto, a título de exemplo, citam-se os famosos eventos relacionados ao vazamento de dados pelo *WikiLeaks*[263], a indevida manipulação de dados pelo *Facebook* em seu caso do *Cambridge Analytics*, ou ainda, os erros no vazamento de dados da gigante do vídeo game *Bethesda Studios*, sobre seus jogadores de *Fallout 76*[264].

Frente ao constante crescimento do problema, e diante de seu incentivo à produção tecnologica e da Internet, o que pressupõe o processamento de dados, os Estados Unidos entenderam por solucionar a questão com uma estrutura jurídica de dados “setorial”, ou seja, estratificada por tipo de dados, estados, ou por perfil de usuário – sem olvidar que cada estado federado tem autonomia para legislar sobre o assunto (VASQUEZ, 2012, p. 148).

À diferença da Europa, ou do Brasil, não há uma lei génerica que possa abarcar de modo completo todas as situações indevidas de processamento de dados, e sim um monte de regras contidas em instrumentos jurídicos difusos, por vezes sem grande conexão. Lecionam Tavares e Alvarez, a esse respeito, que algumas leis não estritamente relacionadas ao tema poderiam ser empregadas nesta perspectiva:

> Além do *Privacy Act* e do *Electronic Communications Privacy Act,* que indubitavelmente são os mais relevantes na proteção de dados, há outras leis esparsas e específicas de determinados segmentos, que podem ser citadas. Tais como: a) *The Tax Reform Act*, que protege a confidencialidade de informações acerca de restituições de impostos e outros dados relacionados, limitando a disseminação de dados fiscais individuais entre agências federais; b) *Freedom of Information Act,* que regula o acesso de terceiras pessoas a registros mantidos pelo governo; c) *Right to Financial Privacy Act,* que limita o acesso governamental a registros bancários; d) *Fair Credit Reporting Act*, que regula o uso de informações creditícias por agências de crédito; e) *Cable Communications Policy Act,* que exige uma autorização judicial para que o governo possa acessar registros de comunicações via cabo; f) *Telecommunications Act,* que salvaguarda informações mantidas pelas transmissoras de telecomunicação; g) *Telephone Consumer Protection Act,* que regula práticas de telemarketing; h) *Federal Records Act,* que regulamenta a disposição de registros federais. Esse é o panorama legislativo da proteção de dados privados no direito

[263] Trata-se de uma organização que publica notícias “vazadas” de fontes anônimas de relevância internacional, com a controversa figura de seu suposto fundador, Julian Assange.

[264] Como se vê em: <https://www.vice.com/en_us/article/7xy789/bethesda-accidentally-leaked-personal-data-of-fallout-76-customers-looking-for-help> último acesso em 24 de jun. de 2019, às 09h22min. Vide referências.

> norte-americano. Assim, observa-se que, nos Estados Unidos, diferentemente do modelo europeu, o Estado absteve-se da regulação abrangente da proteção dos dados pessoais, adotando, primordialmente, o sistema da autorregulação por empresas e associações, ressalvadas algumas poucas normas estritamente concebidas para determinados setores da indústria, como aquelas acima mencionadas, optando, assim, por um modelo híbrido de regulação. (2017, p. 182-183).

É nesta dimensão, paralelamente, que perigosos fênomenos tal como o *Big Data* vêm crescendo, ao menos desde 2012, como definidos por Taylor-Sakyl:

> *The phenomenon of big data analytics is continually growing as organizations remodel their operational processes to rely on live data with hope to drive effective marketing techniques, improve customer engagement, and to potentially provide new products and services [...]. Equipping an enterprise with Big Data driven e commerce architecture aids in gaining extensive "insight into customer behaviour, industry trends, more accurate decisions to improve just about every aspect of the business, from marketing and advertising, to merchandising, operations, and even customer retention" [...]. Andrew Pole, data analyst for American retailer Target Corporation, developed a pregnancy-predictive model, as indicated by the name customers are assigned a "pregnancy prediction" score. Furthermore Target was able to gain insight into how 'pregnant a woman is'. Pole initially used Target's baby-shower-registry to attain insight into women's shopping habits, discerning those habits as they approached their due date; which "women on the registry had willingly disclosed". Following the initial data collection phase, Pole and his team ran series of tests, analyzed the data sets and effectively concluded to patterns that could be of use to the corporation. [...].Big Data should not be looked merely as a new ideology but rather as a new environment, one that requires "new understanding of data collection, new vision for IT specialist skills, new approaches to security issues, and new understanding of efficiency in any spheres". This environment, when analyzed and processed properly enhances business opportunities; however the risks involved should be taken into account when collecting, storing and processing these large data sets.* (2016, online[265] – grifou-se).

[265] Em tradução livre: "O fenômeno do *Big Data Analytics* continua crescendo assim como organizações continuam remodelando seus processos operacionais para apoiarem-se em dados pessoais ao vivo com a esperança de exitosas campanhas ou técnicas de *Marketing*, de melhorar o compromisso com clientes, e potencialmente desenvolver ou fornecer novos produtos e serviços. [...]. Equipar uma empresa sob as premissas do *Big Data* e na arquitetura do *e-commerce* ajuda a adquirir um forte "conhecimento aprofundado sobre o comportamento dos clientes, tendências da indústria, e decisões mais corretas sobre todo e qualquer aspecto do negócio, da propaganda ao *merchandising*, da operação e até mesmo da retenção de mercado". [...]. Andrew Pole, analista de dados para a loja de departamentos *Target Corporation*, desenvolveu um modelo de predição de gravidez, que consegue definir aos clientes um *score* de "avaliação de gravidez". Assim, *Target* conseguiu determinar o quanto "uma mulher poderia estar grávida". Pole inicialmente utilizou registros de compras de enxoval para conseguir determinar os hábitos de compras de mulheres, distinguindo estes quanto mais perto do dia do parto e quais "mulheres nos registros decidiram divulgar estas informações". Seguindo a fase de coleta inicial, Pole e seu time realizaram vários testes, analisando os dados e concluindo com razão os padrões que poderiam ser utilizados para a corporação. [...]. *Big Data* não pode ser visto tão somente como uma nova ideologia mas como um novo meio ambiente, um que exige "novo entendimento sobre a coleta de dados,, uma nova visão para especialistas em TI, uma nova aproximação para riscos de segurança, e uma nova compreensão de eficiência em todas as esferas". Este ambiente, quando bem

Para Vasquez, ao menos no ano de 2012, a confusa legislação americana sobre dados pessoais vinha gerando problemas não só de privacidade ao usuário mas também às empresas no manuseio da informação: é nesta perspectiva que a ideia de uma lei geral que consolide a estrutura setorial tornou-se cada vez mais necessária (2012, p. 149).

No ano passado (2018), por fim houve propostas no Senado Americano pelo democrata Ron Wyden no sentido de que fosse editada uma lei geral para impor limites e sanções ao uso irrestrito de dados, um grande passo adiante para os estadounidenses, carentes na questão (REINALDO FILHO, 2018, *online*[266]).

Trata-se, a toda evidência, de uma tendência mundial irreversível, consequencia direta do fomento e desenvolvimento de novas tecnologias cada vez ofensivas à privacidade.

O mesmo autor, por outro lado, destaca que a proposta não traça diretivas gerais à exemplo da LGPDP ou das normas europeias, mas consolida – finalmente - o respeito aos direitos de privacidade com duras sanções, por exemplo, em casos similares ao da *Cambridge Analytics* (*Facebook*).

Em conclusão, os E.U.A. representam um verdadeiro paradoxo: possuem um avançado desenvolvimento tecnológico, um grande poder digital e uma vasta legislação informática, especialmente para proteção de *softwares* (principalmente para propriedade intelectual), mas pouco protegem os cidadãos da invasão de privacidade por grandes corporações na coleta de dados, em total oposição ao que já ocorre na Europa ou irá em breve ocorrer no Brasil através da LGPDP.

CONCLUSÃO

Através da presente pesquisa foi possível abordar os principais aspectos da nova lei de proteção de dados pessoais no Brasil, principalmente na defesa da privacidade enquanto direito fundamental reconhecido na Constituição. Ainda, foi realizado um breve comparativo com a legislação europeia e americana, no sentido de entender até que ponto houve inspiração do legislador brasileiro na produção de normas especificas a este respeito, além da relevância e das polêmicas envolvendo o tratamento do tema no exterior.

O estudo, ainda que breve, contribui para entender a suma importância da LGPDP, enquanto marco para proteção de direitos individuais em uma sociedade cada vez mais tecnológica: isto porque foi possível verificar as principais novidades trazidas por este valioso diploma legal, e seu valor na defesa da intimidade.

Entretanto, na análise de direito comparado, não se deixa de notar que o Brasil, assim como o resto do mundo, não pode permanecer na obsolescência jurídica à medida que novas tecnologias invasivas são criadas todo dia, devendo

---

analisado e processado de fato incrementa oportunidades de negócios; entretanto, os riscos envolvidos devem ser levados em consideração na coleta, armazenamento e processamento destes grandes bancos de dados". Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/291229189_Big_Data_Understanding_Big_Data> último acesso em 24 de jun. de 2019 às 09h42min. Vide referências.

[266] Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70109/eua-se-preparam-para-aprovar-lei-sobre-protecao-de-dados-pessoais-semelhante-a-europeia> último acesso em 24 de jun. de 2019, às 10h08min. Vide referências.

manter uma posição de produção normativa contemporânea às polêmicas que enfrenta.

Futuros dilemas devem ser observados com cautela, possibilitando a concretização de mecanismos jurídicos que possam acolher os anseios da sociedade, o que se torna sempre mais perigoso com o dinamismo da informática e novas tecnologias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRELA, Lucas. O escândalo de vazamento de dados do Facebook é muito pior do que parecia: Quantidade de dados pessoais vazados aumentou e a rede social agora diz que quase todos nós podemos ter sido afetados. **Revista Exame**: Tecnologia, [s.i.], *online*, 06 abr. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. **Revista do Direito Público**, [s.l.], v. 9, n. 1, p.209-226, 30 abr. 2014. Universidade Estadual de Londrina. http://dx.doi.org/10.5433/1980-511x.2014v9n1p209. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-pessoais-na-sociedade-informacional-brasileira-o-direito-fundamental-0>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019. Último acesso em 22 de abr. de 2019 às 18h35min.

_____. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor (cdc)**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **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: 24 jun. 2019.

_____. **Decreto nº 8771, de 11 de maio de 2016**. Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. Lei nº 13709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). **Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais (lgpdp)**. Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 2016/679, de 27 de abril de 2016** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Bruxelas, Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1789).** Emenda Constitucional nº 4. Washington, 1789. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment>. Acesso em: 24 jun. 2019.

FAUCHOUX, Vincent; DEPREZ, Pierre; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. ***Le droit de l'Internet****: lois, contrats et usages.* 2. ed. Paris (França): LexisNexis, 2013.

GAULT, Matthew. *Bethesda Accidentally Leaked Personal Data of 'Fallout 76' Customers Looking for Help: The game publisher accidentally sent support ticket information to customers using its help desk*. **Vice.** [s.i]., *online*. 06 dez. 2018. Disponível em: <https://www.vice.com/en_us/article/7xy789/bethesda-accidentally-leaked-personal-data-of-fallout-76-customers-looking-for-help>. Acesso em: 24 jun. 2019.

GUARACHO, Renato Falchet. A privacidade, as novas regras de proteção de dados e o futuro digital. **Conceito Jurídico**, [s.i.]., v. [s.i.]., n. 19, p. 37-38, jul. 2018. Ano II. *Revista Digital.*

HORTA, Natália Botelho. **O Meme como Linguagem da Internet:** Uma perspectiva semiótica. 2015. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18420>. Acesso em: 24 jun. 2019.

LTDA, Editora Melhoramentos (Ed.). **Dicionário Michaelis Online.** [s.i]: Melhoramentos, 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MACIEL, Rafael. Lei de proteção de dados e agência regulatória são fundamentais para o Brasil: Opinião. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, [s.i]., *online*, 19 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-

19/rafael-maciel-lei-protecao-dados-fundamental-brasil>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet**: Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Edição do autor, 2016. *E-book*.

MANSUR, Mônica Tereza; ANDRADE, Ronaldo Alves de. Verdade, Mentira e imprensa na Sociedade de Informação. *In*: MINARDI PAESANI, Liliana (coord). **O Direito na Sociedade de Informação III:** A evolução do Direito Digital. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil? **Instituto Igarapé**: Pensa Conecta Transforma, [s.i.]., v. [s.i.]., n. [s.i.]., p. 01-17, dez. 2018. Artigo estratégico nº 39. Disponível em: <https://igarape.org.br/existe-um-direito-a-explicacao-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-no-brasil/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

NASCIMENTO, Rafael. Polícia pode indiciar quem compartilhar vídeo de menina de 13 anos vítima de estupro coletivo em Itaguaí. **O Globo: Rio.** Rio de Janeiro, *Online*. 28 mar. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/policia-pode-indiciar-quem-compartilhar-video-de-menina-de-13-anos-vitima-de-estupro-coletivo-em-itaguai-23555676>. Acesso em: 24 jun. 2019.

OLIVEIRA, Neide M. C. Cardoso de; GOÉS, Silvana Batini. **Fake News e Como Investigar.** [s.i.]: Ministério Público Federal (mpf), 2018. 12 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/fake-news-produtores-e-multiplicadores-de-noticias-falsas-podem-ser-acionados-nas-esferas-criminal-civel-e-eleitoral>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Tratado Internacional de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova Iorque, 01 jan. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Liliana Minardi. **Direito de Informática.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REINALDO FILHO, Demócrito. EUA se preparam para aprovar lei sobre proteção de dados pessoais semelhante à europeia? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5641, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70109>. Acesso em: 21 jun. 2019.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A Nova Ordem Constitucional. *In*: MINARDI PAESANI, Liliana (coord). **O Direito na Sociedade de Informação III:** A evolução do Direito Digital. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Luíza Ribeiro de Menezes. Proteção de Dados Pessoais: Estudo comparado do regulamento 2016/679 do parlamento europeu e conselho e o projeto de lei brasileiro n. 5276/2016. **Caderno Virtual de Trabalhos Acadêmicos EDB**, Brasília, v. 1, n. 41, *online*, jan. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3153/1484>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TAVARES, Letícia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. **Brasil e Eua**: Temas de Direito Comparado, São Paulo, v. [s.i], n. [s.i], p.155-203, 01 set. 2017. Escola Paulista da Magistratura. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/48814?pagina=1>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TAYLOR-SAKYL, Kevin. ***Big Data****: Understanding Big Data*. **Aston University,** Birmingham, v. [s.i], n. [s.i], p. [s.i], jan. 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/291229189_Big_Data_Understanding_Big_Data>. Acesso em: 24 jun. 2019.

THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos?** Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 261, set./dez. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8856>. Acesso em: 24 jun. 2019.

VAINZOF, Rony. Finalmente a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Resumo dos pontos relevantes. **Conceito Jurídico**, [s.i.]., v. [s.i.]., n. 19, p.25-36, jul. 2018. Ano II. *Revista Digital.*

VASQUEZ, Rafael Ferraz. A proteção de Dados Pessoais nos Estados Unidos, União Europeia e América do Sul: Interoperabilidade com a Proposta de Marco Normativo no Brasil. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 21., 2012, Florianópolis. **Artigo Científico.** Florianópolis: Funjab, 2012. p. 138 - 161. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=27>. Acesso em: 24 jun. 2019.

O PENSAMENTO REPUBLICANO DE MAQUIAVEL E O SILÊNCIO DE ALGUNS MANUAIS

Mauricio Mesurini da Costa[267]

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar o pensamento de Maquiavel na perspectiva republicana. Muitos manuais de ciência política e teoria do Estado, por vezes presentes como bibliografia básica nos cursos de Direito, silenciam a respeito desta característica, apresentando Maquiavel apenas a partir da obra *O Príncipe* e muitas vezes de maneira descontextualizada. Esta análise reducionista acaba por classificar o autor como um adepto de tiranias e de uma política corrupta, o que representa uma deturpação do seu pensamento político.

Palavras-Chave: Ciência Política. Nicolau Maquiavel. República.

INTRODUÇÃO

Nicolau Maquiavel é um dos mais importantes pensadores políticos do mundo ocidental, considerado como um clássico da filosofia política. Sendo assim, é um autor obrigatório nas disciplinas de ciência política e teoria geral do Estado lecionadas nas faculdades de Direito. Ocorre que ao se analisar alguns manuais usados nos cursos de Direito, nota-se que Maquiavel na maioria das vezes é apresentado de forma inacabada apenas a partir da obra *O príncipe*, olvidando-se a complexidade e a grandeza de um pensamento político extremamente original. A abordagem reducionista faz com que se acredite que Maquiavel era um autor adepto de tiranias e de uma política corrupta, o que representa uma falsificação do pensamento do autor.

O objetivo geral deste trabalho será analisar o pensamento maquiaveliano não apenas a partir da obra *O príncipe*, mas também a partir dos *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Nos *Discursos* é possível encontrar um Maquiavel preocupado com o tema republicano, onde, por meio da história de Roma feita por Tito Lívio, o florentino acaba por extrair importantes lições para a concepção de uma constituição republicana longeva. Portanto, o objetivo é analisar as instituições necessárias (*ordinii)* para uma republica, bem como os limites dessas instituições.[268]

Nessa perspectiva, Maquiavel oferece uma teoria da constituição, extraída da história de Roma no período de Tito Lívio. Não que a história se repetisse, mas a partir da sua observação seria possível extrair regras gerais, ou seja, a despeito da história não se repetir, ela certamente ensina. A história permitiria identificar certa unidade de comportamento humano no decorrer dos tempos, apesar de seu curso ser determinado por forças estranhas ao sujeito. Maquiavel propõe, portanto, uma teoria político-constitucional deduzida da análise histórica.

Para tanto, primeiro serão analisados alguns manuais usados como bibliografia básica na disciplina de teoria geral do Estado e ciência política, nas faculdades de Direito. Depois disso, será abordado o contexto político-social e filosófico de Maquiavel, bem como serão investigados os conceitos principais do pensamento político do florentino. Na última parte o tema do republicanismo será analisado.

---

[267] Mestre e Doutor em Direito Público (UFSC). Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Administrativo. Faculdade Cenecista de Joinville – FCJ. E-mail: mesurini@yahoo.com.br.

[268] Convém registrar que o conceito de república não está necessariamente vinculado a ideia de um governo popular, nos moldes da democracia moderna. O sentido de república que pode ser absorvido da obra de Maquiavel está mais para um governo misto em contraposição ao governo real (monárquico), fundado na noção de que o poder político não deve estar concentrado nas mãos de uma só pessoa, mas distribuído em diferentes instituições (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, p. 322, 1998).

Na senda de Fichte, *"Queremos oferecer uma contribuição para um sepultamento com honra, de um homem de honra, de entendimento e de mérito. Isso, e nada mais, é o fim das páginas que se seguem"* (2010, p. 19).

1. ANÁLISE DOS MANUAIS

Evidentemente que não foi possível analisar todos os manuais de ciência política e teoria geral do Estado, privilegiando-se aqueles "mais clássicos".

Dos manuais que foram selecionados sobre ciência política e teoria geral do Estado é possível dizer que eles possuem características comuns no que tange ao modo como analisam Maquiavel. Todos adotam como fonte principal apenas a obra *O príncipe* e os temas abordados são, via de regra, a autonomia da política em relação à moral e certo utilitarismo no pensamento político de Maquiavel. Nenhum deles problematiza o momento histórico e as influências filosóficas do autor, bem como nenhum aborda o tema da república.

Na obra intitulada *Filosofia do Direito*, Paulo Nader analisa apenas a temática da autonomia da ação política, e em um trecho diz:

> O engajamento de Maquiavel ao espírito renascentista se deu mais por uma ruptura com a tradição medieval do que por vinculação às idéias greco-romanas do passado, pois é sabido que não se inspirou naquelas fontes (NADER, 2005, p. 129).

Além de empobrecer o pensamento de Maquiavel e reduzi-lo apenas a um dos aspectos de sua teoria (o tema da autonomia da política), o autor comete um grave erro no trecho transcrito acima, eis que a base filosófica de Maquiavel é justamente o humanismo greco-romano. Outrossim, sua obra *Discursos* é toda baseada em lições republicanas extraídas da história de Roma. Portanto, dizer que Maquiavel não se inspirou nas fontes greco-romanas é um erro, pois o rompimento que o florentino faz com o medievo em grande parte é por conta de um resgate do pensamento grego-romano.

Outro manual analisado foi a festejada obra de Dalmo Dallari, seus *Elementos de teoria geral do Estado*. Muito embora se tratar de um livro de referência para a disciplina de teoria geral do Estado e ciência política, a obra não faz jus ao pensamento de Maquiavel. Dallari cita Maquiavel em apenas dois momentos.

Inicialmente, quando fala sobre o termo "Estado", pois segundo Dallari Maquiavel foi o primeiro a usar tal termo (2010, p. 51).[269] Dallari também cita Maquiavel, agora fazendo referência aos *Discursos,* quando aborda o tema das formas de governo. No entanto, se resume a apenas tratar de pontos marginais da obra de Maquiavel, abordando de forma extremamente rápida o tema do governo misto, se contentando em apenas afirmar que o florentino foi o primeiro autor a usar o termo *republica* em oposição a *monarquia* (2010, p. 225-226; 229).

Outro manual analisado foi a obra *Ciência Política* de Paulo Bonavides. Mais uma vez Maquiavel é omitido e injustiçado. Assim como Dallari, o autor menciona que Maquiavel foi o primeiro autor a usar o termo "Estado" (1974, p. 51). Bonavides critica Maquiavel, junto com Hobbes e Bodin, por terem se silenciado sobre o tema da nacionalidade e da nação (1974, p. 72).

Quanto ao tema da nacionalidade, Bonavides se equivoca e se contradiz. Equivoca-se, pois o tema da nacionalidade é abordado em Maquiavel, mas não com esse termo. Por exemplo, quando Maquiavel trata da importância da defesa do território e do Estado, bem como da proteção da ordem e do bem comum, a seu modo e pelos meios linguísticos de sua época, ele está de algum modo abordando o tema do que hoje chamamos por nação, nacionalidade e soberania.

---

[269] Georg Jellinek também registrou em sua obra que "*Puede atribuirse con justicia a Maquiavelo el haber introducido en la literatura científica la voz Estado*" (2000, p. 155).

Ademais, é importante ressaltar que Maquiavel vive em um contexto histórico em que ainda não estava bem definido o que denominamos “Estados nacionais”. Inclusive, o florentino foi um dos principais autores para viabilizar essa passagem do modelo medieval para a modernidade, figurando como um dos representantes da teoria da *razão de Estado*.[270]

O discurso da razão de Estado será de importância fundamental para a concepção e fundamentação do Estado moderno. Entretanto, a partir do século XVIII, com o triunfo do absolutismo e o fim das guerras civis religiosas, quase que não há mais literatura sobre a razão de Estado, sugerindo que foi um pensamento de transição que contribuiu à ruptura com o medievo (BERCOVICI, 2008, p. 84). No entanto, se o termo “razão de Estado” perdeu seu lugar, seu sentido permaneceu na modernidade por meio de outros conceitos, agora mais “cientificizados”, tais como atos políticos e atos discricionários.[271]

A contradição de Bonavides está quando analisa a concepção política de território e afirma que “*Maquiavel, de modo mais preciso, depois de cunhar em sua obra política a expressão Estado, que a ciência consagrou, representa no pensamento político a perfeita tomada de consciência da passagem do antigo Estado-Cidade ao Estado nacional”* (1974, p. 97).

Bonavides cita Maquiavel quando trata do tema das formas de governo, dedicando-lhe um único parágrafo ao afirmar que para o florentino existiriam apenas duas formas de governo, a Monarquia e a República e que esta abrangeria a Aristocracia e a Democracia (1974, p. 227). De Maquiavel Bonavides salta para Montesquieu.

Ainda Bonavides, tratando do tema do golpe de Estado, diz que *O Príncipe* de Maquiavel representa *“toda modalidade fria e inescrupulosa de conservação do poder”* (1974, p. 531). Tal afirmação retrata o preconceito corrente em relação ao pensamento de Maquiavel, que é abordado apenas a partir da obra *O Príncipe* e sem qualquer contextualização histórica.

O manual de Celso Ribeiro Bastos também deixa a desejar. Muito embora seu título (*Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*) a obra tem muito ou quase nada de ciência política, se aproximando mais de um escrito introdutório e superficial de direito

---

[270] *Raison d’État: Synonyme de l’action étatique qui suit lês règles de la puissance politique. Employée dès premières décennies du XVI siècle en Italie [« ragion di Stato »], puis dans toutes les langues européennes (raison d’état, ratio status, reason of State), l’expression a été développée comme terme-référence du discours politique, libéré des limites théologiques et morales”* (STOLLEIS, 2006. p. 30). Razão de Estado: Sinônimo de ação estatal que segue as regras do poder político. Utilizada desde as primeiras décadas do século XVI na Itália [« ragion di Stato »], em seguida em todas as línguas européias (razão de Estado, *ratio status*, *reason of State*), a expressão foi desenvolvida como termo de referência do discurso político, livre de limites teológicos e morais. Tradução livre. Sobre o tema da razão de Estado Bercovici leciona que durante a Idade Média (século XII) se desenvolve o conceito de *ratio status* que implicava a submissão do poder real à ordem ético-religiosa, bem como à lei. O rei que guardava a lei era um rei justo, sábio e prudente, em oposição ao tirano. A partir do século XIII duas noções foram resgatadas do direito romano público (*necessitas* e *utilitas publica*), consequentemente surgiu duas correntes da razão de Estado, a razão cristã proposta por Giovanni Botero (autor posterior a Maquiavel) que vai integrar a *necessitas* ao discurso jurídico ético-cristão de *ratio status*; e a razão de Estado proposta por Maquiavel, que vai se apoiar na *necessitas* desvinculada da *ratio status*, ou seja, em casos de necessidade a utilidade pública autorizaria a transgressão dos limites legais (2008, p. 52-53). Traçando um paralelo entre o pensamento de Maquiavel e Botero, vide NUNES, Diego. *Entre “O Príncipe” e a “Razão de Estado”: apontamentos sobre a arte de governar entre as obras de Maquiavel e Botero.* In. **Captura Críptica: direito, política e atualidade**. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito. v. 1, n. 1 (jul./dez. 2008). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008, p. 187-212.

[271] WEBER, Max. **O que é a burocracia**, p. 45-46. http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf, acesso em 24/07/2017.

constitucional, haja vista que não cita Maquiavel (para o bem ou para o mal) ou outro filósofo da política e aborda de forma simplista a história da formação do Estado.

Darcy Azambuja (Teoria Geral do Estado) cita apenas a obra *O Príncipe* repetindo o reducionismo dos demais autores, afirmando que Maquiavel criou uma *"arte de governar os Estados, ou mais exatamente, como arte de atingir, exercer e conservar o poder"* (1995, p. 09).

Curiosa análise é possível encontrar na obra de Sahid Maluf (*Teoria Geral do Estado*). Muito embora citar os *Discursos* e pontuar brevemente a visão republicana (*"glorificar a república romana",* 1974, p. 132), Maluf conceitua Maquiavel como *"o teórico do Absolutismo monárquico"* (1974, p. 134) e, assim como os demais manuais, dá ênfase na obra *O Príncipe* afirmando que Maquiavel *"se desliga de todos os valores morais, tradições e princípios éticos, para pregar o oportunismo desenfreado e cínico como arte de governar"* (1974, p. 132).

No entanto, ao contrário dos demais autores, Maluf procura situar o pensamento de Maquiavel e até faz uma defesa sutil das posturas "antiéticas" do florentino, afirmando que os princípios defendidos na obra *O Príncipe* são coerentes com a realidade vivida pelo autor, reproduzindo uma teoria realista do poder que ajudou a fundar não só um Estado Absolutista, mas o próprio Estado moderno, admitindo que, mesmo nas democracias, está presente o princípio *salus publica suprema lex est*.[272]

Portanto, os manuais de ciência política e teoria geral do Estado que foram aqui selecionados ignoram o tema do republicanismo no pensamento de Maquiavel. Fazem uma análise reducionista, quando não injusta e caricata, do pensamento do autor. Uma exceção digna de destaque é a obra coletiva *Manual de Filosofia Política* em que Maquiavel é contextualizado e incluído em um dos itens do capítulo dedicado ao republicanismo.[273]

2. CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL E FILOSÓFICO

Maquiavel nasceu em Florença em 03 de maio de 1469 e morreu em sua cidade natal em julho de 1527. Filho de Bernardo Maquiavel e Bartolomea Nelli. Seu pai, um advogado estudioso do pensamento humanista e, sua mãe, oriunda de uma família ilustre de Florença.

Maquiavel teve uma formação inspirada nos autores clássicos greco-romanos e com 29 anos, pouca idade para o cargo à época, entrou para a chancelaria de Florença. Maquiavel estudou grande parte de sua formação clássica com Marcello Adriani. Quando este fora nomeado para a chancelaria de Florença provavelmente lembrou dos talentos humanistas de Maquiavel. Portanto, talvez a razão que melhor explica a nomeação de Maquiavel para a chancelaria com tão pouca idade tenha sido a influência de Adriani, bem como de amigos humanistas de Bernardo Maquiavel (SKINNER, 2012, p. 11-14).

Em 1498 Maquiavel começou tenramente sua carreira política, que também terminaria tenramente. Ocupou os cargos de *Secretário da segunda chancelaria* onde

---

[272] As palavras do autor merecem transcrição: *"[...] entre as filosofias de Hobbes e Rousseau, diametralmente opostas no tocante a natureza humana (sic), o pensamento político moderno inclina-se indisfarçadamente para a teoria do homo homini lupus... que parece mais conforme a realidade e também com os pressupostos legais que orientam a estrutura jurídica do Estado Moderno. Repelem-se o Leviatã e o Príncipe, pelo seu realismo chocante, no plano doutrinário, quando é certo que por eles se orientam os princípios dos Estados democráticos. É que nestes a prepotência se exerce em nome da liberdade"* (MALUF, 1974, p. 134). Também, diz o autor que o pensamento de Maquiavel *"refloriu"* no Século XX por meio dos Estados Autoritários e arremata citando Mussolini, quando em um discurso disse: "*'no Estado fascista o maquiavelismo estava mais vivo do que na época do seu aparecimento'*" (MALUF, 1974, p. 134).

[273] RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rubio; FRATESCHI, Yara (Coord.). **Manual de filosofia política: para os cursos de teoria do Estado & ciência política, filosofia e ciência sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

exercia funções administrativas e *Secretário Dez da liberdade e da paz* onde exercia funções de natureza diplomática, o que lhe possibilitou conhecer diferentes países, cortes e governantes.

Quando exercia esses cargos Florença era governada por Piero Soderini e é possível dizer que se vivia a tentativa de uma república. Ocorre que em 1512 houve as invasões espanholas em Florença e o governo de Soderini sucumbiu, sendo substituído pelo governo dos Medici, que por sua vez decreta o fim do regime republicado e destitui Maquiavel do cargo que exercia. Em 1513 Maquiavel é preso, torturado e exilado, pois fora acusado de ter participado de uma conspiração contra os Medici. Depois disso Maquiavel se exilou em uma pequena propriedade da família em Sant'Andrea-in-Percussina, onde escreveria *O príncipe*.

Maquiavel volta para Florença em maio de 1520 a convite do Cardeal Giulio Médici (que depois seria eleito Papa Clemente VII) e recebe a tarefa de escrever a história de Florença. Ocorre que a *fortuna* preparava a Maquiavel um infortúnio final. Em 1527 Roma é invadida e Clemente VII teve de fugir, com isso o governo Medici perdeu seu respaldo papal, os Medici foram exilados e fora restaurada a república em Florença. Os novos republicanos viam em Maquiavel um aliado do sistema anterior dos Medici e assim ele não conseguiu retornar ao posto que tanto almejava: voltar para chancelaria. Nunca mais Maquiavel pôde frequentar os "palácios" do poder (SKINNER, 2012, p. 116-119).

Por uma ironia do destino, quando Maquiavel deixa sua carreira política nasce ali o filósofo da política.

Feita essa breve biografia de Maquiavel, torna-se importante analisar um pouco do contexto histórico do autor.

Maquiavel vive na Itália do renascimento, sem a existência de um Estado central, marcada por forte instabilidade política e uma região dividida em múltiplos estados. O momento histórico de Maquiavel é a transição do medievo para o moderno, ou seja, da pluralidade à busca de unidade política. Sua cidade, Florença, é uma das mais ricas da península, portanto, uma das mais cobiçadas. Dos múltiplos governos existentes à época a maioria eram principados governados despoticamente, havendo muitos questionamentos sobre a legitimidade dos governantes e suas tradições de comando. Uma característica de grande relevância era a presença marcante de mercenários. Os estados não tinham tropas nacionais, portanto, para os governantes protegerem seus territórios ou mesmo em caso de intenção de invasões, eram forçados a contratar mercenários.

Portanto, o contexto histórico de Maquiavel é marcado por forte instabilidade social e política. Também, é importante partir do pressuposto que Maquiavel teve sua formação intelectual influenciada pelo pensamento humanista, assim sendo, suas obras partem desse referencial filosófico. É a partir desse contexto (político, social e filosófico) que as obras do autor devem ser analisadas.

3. CONCEITOS ESSENCIAIS

Feitas essas necessárias considerações sobre o contexto filosófico e histórico de Maquiavel, antes de adentrar no tema do pensamento republicado se faz necessário analisar alguns conceitos essenciais para a compreensão do autor. É importante mencionar que esses conceitos não estão organizados sistematicamente em suas obras.

O primeiro conceito a ser abordado é o de *fortuna*, também relacionada com o acaso e a sorte. A *fortuna* é uma deusa pagã que aparece em vários escritos humanistas, principalmente no moralismo romano, com Cícero, Sêneca, Salústio e Lívio.[274]

[274] No paganismo romano a *fortuna* representa uma deusa, que carrega um leme e conduz a vida dos homens. Maquiavel é muito simpático ao paganismo greco-romano. Sua preferência ao paganismo era porque ele favorecia a *virtù*, enobrecendo a gloria mundana fazendo com que os

Para os romanos a *fortuna* não era uma força inexorável e maligna, mas viam nela uma deusa que, uma vez conquistada, presentearia seu conquistador com os bens da *fortuna* que todos os homens desejavam, tais como glória, honras e riquezas. A *fortuna* é mulher, sendo assim, o que lhe atrai é a existência de um homem viril, favorecendo os bravos e corajosos que não a temem. A deusa sorri àqueles que demonstram coragem e *virtù* (SKINNER, 2012, p. 39).[275]

Com o cristianismo essa visão da *fortuna* foi pervertida e a deusa será entendida como uma fatalidade cega e uma força impiedosa e inexorável. Também, ante a crença pelo desprezo à vida mundana, os bens da *fortuna* passaram a ser desvalorizados e até condenados, pois representavam um desvio ao caminho celestial (SKINNER, 2012, p. 39).

Maquiavel e outros autores renascentistas resgatam o conceito humanista de *fortuna,* reconstruindo a imagem clássica fundada na crença de que a deusa presenteia os bravos e corajosos, revalorizando, assim, as capacidades transformadoras dos homens (SKINNER, 2012, p. 43).

Maquiavel vai além e dá certa conotação erótica à *fortuna*. Ele insinua que a *fortuna* teria um prazer perverso em ser tratada com violência. Assim sendo, ela quer ser domada por um homem de *virtù*, com certa dose de rudeza, desprezo e violência (SKINNER, 2012, p. 44).

Mas o que Maquiavel quer ao retomar o conceito de *fortuna*? O que essa deusa tem a ver com sua teoria política?

Com o conceito de *fortuna* Maquiavel rompe com o ideário de ordem medieval, ou seja, que a sociedade e a política se renderiam a uma ordem da criação divina (COSTA, 2010, p. 135).[276] A vida, e também a política, estão marcadas pelas inconstâncias e contingências, não há uma ordem preexistente. No entanto, o acaso e a sorte (a alegoria da *fortuna*) só reinam quando encontram a sua frente um homem fraco, sem *virtù*. Homens fortes (não só a força física), corajosos, audaciosos, enfim, homens de *virtù* teriam a capacidade de seduzir a deusa *fortuna* e com isso se precaver aos seus golpes, aproveitando-se das oportunidades (*occasione*) que ela proporciona.[277]

Outro conceito essencial é a *virtù*. Nesse ponto Maquiavel rompe com o pensamento medieval e com o humanista, pois a *virtù* não é necessariamente aquele conjunto de virtudes morais necessárias a um bom governante (justiça, prudência, temperança) ou mesmo aquela moral cristã que deveria pautar as ações do governante.[278] A *virtù* é poder domar a *fortuna*, o homem de *virtù* seduz a deusa *fortuna*

---

homens buscassem os bens da *fortuna*. O que é possível afirmar, segundo Fichte, é que o florentino, ante a sua admiração pelo mudo clássico, assimilou a grandeza à crença pagã.

[275] Tratando sobre Roma, acompanhando Plutarco e Lívio, Maquiavel reconhece que aquela cidade foi a*fortuna*da, mas rejeita o fato de que as cidades devam depender exclusivamente dos favores da deusa. *Fortuna* e *Virtù* devem estar presentes, devem se complementar. *"[...] a realização de grandes coisas nunca resulta apenas da boa Fortuna; é sempre fruto da Fortuna somada à indispensável qualidade da virtù"* (SKINNER, 2012, p. 74-75).

[276] *"Ele não pensa a sociedade como uma ordem hierárquica e tendencialmente imóvel, mas, ao contrário, valoriza o conflito e até mesmo, rompendo uma longa e concorde tradição, apresenta-o como um evento que pode, sob certas condições, potencializar a liberdade da respublica, ao invés de ser sua mais grave patologia"* (COSTA, 2012, p. 157).

[277] A *occasione* é uma deusa que só possui franja. Representa a alegoria de que quando se vê a oportunidade (*occasione*) deve-se agarrá-la imediatamente pela franja, pois quando ela passa é impossível agarrá-la novamente (Discursos, p. 466).

[278] Esse rompimento entre a política e a moral só adquire sentido quando se confronta a política com a moral cristã. Maquiavel entende que a ética cristã é incompatível com a política. O modelo institucional de Maquiavel é Roma, portanto, para atingir esse modelo a moral cristã seria inadequada, não se trata de um juízo ético simplesmente, mas de utilidade. Um governante, principalmente o fundador de um Estado, caso siga estritamente a moral cristã jamais alcançará o seu objeto, pois ela tem valores incompatíveis com a política. Os valores cristãos não são ruins do ponto de vista moral, mas inadequados do ponto de vista político. Portanto, conforme Berlim,

e é capaz de agarrar a ocasião. Para tanto, antes de tudo o homem de *virtù* deve sempre partir da realidade, o realismo é a primeira marca do homem de *virtù*.

O homem de *virtù* deve avaliar as conseqüências de suas ações e o atendimento a uma finalidade, pois a ação política é uma ação de resultado. A ação política racional é aquela voltada a um fim, mas não a qualquer fim ou a um fim privado, mas sempre para um fim público (SKINNER, 2012, p. 54-55). O governante tem que se manter no poder, mas com legitimidade. A legitimidade é alcançada quando se atinge os fins da política e eles necessariamente são públicos. No caso de Maquiavel, estes fins são identificados com a estabilidade e a liberdade da cidade.

O homem de *virtù* deve agir no tempo correto e se adaptar à realidade, que sempre está se modificando. Deve colher da história as lições da arte da política e sobretudo deve conhecer o ser humano e saber que os homens fazem o mal quando têm oportunidade e o bem quando são obrigados a fazer.

Por fim, temos o conceito de *necessita.* A *necessita* é o que determina a ação do bom governante e deve ser analisada juntamente com a *virtù*. Mais uma vez Maquiavel rompe com o pensamento humanista. Tanto Cícero quanto Sêneca entendiam que a racionalidade da ação estava diretamente relacionada com sua moralidade, ou seja, somente por meios morais os indivíduos devem perseguir os seus fins. A ação conveniente, mas imoral, é uma contradição (SKINNER, 2012, p. 53).[279]

Maquiavel entende de forma diversa e aqui reside um dos pontos mais significativos de seu pensamento, para o bem e para o mal. Segundo o autor a ação política é guiada pela *necessita*, portanto, seu grau de racionalidade não é medido pelos meios, mas pelos fins. Nem sempre o racional (no sentido de atingir os fins) será necessariamente moral, outrossim, pode ser que mesmo fiel aos princípios morais o governante acabe por incorrer em uma política catastrófica, tanto para si como para o bem comum (SKINNER, 2012, p. 55).[280]

---

se analisarmos Maquiavel a partir do paganismo greco-romano não encontraremos uma incompatibilidade entre moral e política, mas uma compatibilidade. O paganismo greco-romano é compatível com a política tendo em vista que sua ética é voltada para a conquista da glória mundana (os bens da *fortuna*), portanto, constitui o homem de *virtù* preparado para dominar a *fortuna* e isso favorece a grandeza do Estado (liberdade). *"Pensando, portanto, nas razoes de, naqueles tempos antigos, os povos serem mais amantes da liberdade do que nestes, concluo que isso se deve à mesma razão que torna os homens menos fortes agora, qual seja, a diversidade que há entre a nossa educação e a antiga, fundada na diversidade que há entre a nossa religião e a antiga. A religião antiga, além disso, só beatificava homens que se cobrissem de glória mundana, tais como os comandantes de exércitos e os príncipes de repúblicas. A nossa religião tem glorificado os homens mais humildes e contemplativos do que os ativos. Além disso vê como sumo bem a humildade, a abjeção e o desprezo pelas coisas humanas, enquanto para a outra o bem estava na grandeza de ânimo, na força do corpo e em todas as outras coisas capazes de tornar fortes os homens. E, se nossa religião exige que tenhamos força é mais para suportar a força de certas ações do que para realizá-las"* (Discursos, p. 189;190). É possível traçar um paralelo entre Max Weber e Maquiavel. Enquanto o florentino analisou como uma determinada crença religiosa favorecia certa ética política, Weber pesquisou a maneira que uma crença religiosa (protestantismo calvinista) favorecia certa ética econômica (capitalismo). Nesse sentido vide WEBER. Max. **A gênese do capitalismo moderno.** Trad. Rainer Domschke. Comentários Jesse Sousa. São Paulo: Ática, 2006, p. 109-110. WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

[279] Sobre esse tema vide em Max Weber o tema das duas éticas e o paradoxo das consequências. In WEBER. Max. **Ciência e política: duas vocações**. Leônidas Hegenberg et al. 14 ed. São Paulo: 2007.

[280] O exemplo trazido por Maquiavel é quando Piero Soderni, podendo matar os descendentes dos Medici, decidiu seguir seus princípios morais e tolerá-los. Ocorre que, quando os Medici puderam, derrubaram o governo republicano de Soderini e implantaram uma tirania em Florença, com sua piedade Soderini além de ter perdido o poder deixou os cidadãos de Florença em uma situação política muito pior do que antes. (*Discursos*, Livro III, capítulo 3 – *De como é necessário matar os filhos de Bruto, para manter a liberdade que se acaba de conquistar*).

Portanto, a ação política correta (racional) é aquela conduzida pela *necessita*, ou seja, aquela que atinge o fim, independentemente dos meios, mesmo que se viole o direito, a moral e a religião.[281] Como diz a máxima romana: *necessitas legem non habet*.[282] Para o autor a estabilidade política é um objetivo inacabado, pois está constantemente exposta aos golpes da fortuna. Logo, a *necessita* é um princípio constituinte de ação do Estado. A política de Maquiavel é uma política em estado de exceção permanente (BERCOVICI, 2008, p. 62).

É importante mencionar que tal posicionamento deve ser confrontado com o contexto vivido pelo autor, bem como se deve partir do pressuposto que o fim, o resultado último da ação política, não é o bem do governante ou qualquer outro interesse privado, mas sim o bem público. Portanto, um fim maior sacrificaria meios menores, eis que o fim público atingido perdoaria os meios utilizados. Tratando do fratricídio de Rômulo, diz Maquiavel que *"se o ato o acusa, o efeito o escuse; e quando o efeito for bom, como o de Rômulo, sempre o escusará"* (Maquiavel, 2007, p. 41).[283]

4. O PENSAMENTO REPUBLICANO DE MAQUIAVEL

Resta agora abordar o pensamento republicano de Maquiavel, que é extraído de sua filosofia da história.[284] A partir da análise da história de Roma Maquiavel extrai os princípios gerais de uma república. Segundo o autor, a causa da grandeza de Roma estava no seu sistema republicano.

Essa perspectiva republicana é extraída da obra *Os Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio (1513 – 1517)* escrita após *O Príncipe*, parte durante o exílio e parte após o retorno do autor a Florença. Enquanto *O Príncipe* foi destinado a Lourenço de Medici, tratando-se de uma obra de aconselhamento político, mas também de aproximação ao governante, Os *Discursos* vão ser destinados ao meio intelectual da época. Enquanto *O Príncipe* é uma obra de ação política em tempos de crise, pautada preponderantemente por dilemas; os *Discursos* são uma obra com um viés mais teórico e "acadêmico".[285]

Para Maquiavel os Estados são Principados ou Repúblicas e os regimes políticos nascem, crescem e morrem (teoria dos ciclos). Assim como Políbio (outro grande historiador de Roma), também para Maquiavel era possível conter a degeneração dos governos e promover a longevidade.[286] A constituição mais longeva é a republicana, que

---

[281] Entretanto, para Maquiavel os fins políticos podem ser alcançados observando-se os ditames da moral, da religião e do direito. O que não existe é uma coincidência necessária, ou seja, se os meios legais, morais e religiosos forem um empecilho ao alcance do resultado, deve-se agir pela *necessita*, abandonando-se aqueles meios que, circunstancialmente, são imprestáveis.

[282] *"A necessidade não tem lei".* (*Discursos*, livro I, capítulo 9).

[283] Skinner questiona um ponto importante ao analisar como ficaria aquela ação que maculou um princípio moral e/ou religioso para atingir um fim maior. Como seria no juízo final onde todas as injustiças seriam julgadas? Maquiavel silencia (SKINNER, 2012, p. 55). De fato, em uma visão cristã, a teoria de Maquiavel não é uma teoria para a salvação.

[284] Maquiavel usa a história para legitimar sua teoria, extraindo do *ser* o *dever ser*. Em sua perspectiva realista, o método adequado para fugir de abstrações seria justamente voltar-se à história e colher dela princípios gerais. No entanto, a história não se repete, pois o curso dela é determinado por forças estranhas ao sujeito (*Fortuna*). A solução de ontem pode ser ruim para o agora, portanto, é preciso identificar aquilo que há de singular no momento atual. A análise do passado serve para mostrar que cada época deve buscar suas próprias alternativas, pois a vida é contingente. No entanto, ainda que o passado não deva servir como um exemplo, ele se presta como uma valiosa lição.

[285] Maquiavel fez parte de um grupo de intelectuais humanistas em Florença, conhecido como *Orti Oricellari.* O grupo se reunia para discutir poesia, literatura, política e a história de Roma. Neste espaço Maquiavel apresentou e debateu seus *Discursos* (BIGNOTTO apud MAQUIAVEL, 2007, p. XXII).

[286] A despeito de suas várias diferenças, tanto Maquiavel quanto Políbio tinham a mesma pergunta de fundo: como compreender a longevidade da *respublica* observando-se a história de Roma? Políbio tinha uma visão cíclica da história, o que Maquiavel não adotará, mas ambos

a partir da descrição romana conjugava elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos, *"E assim se criaram os tribunos da plebe, tornando-se mais estável o estado daquela república, visto que as três formas de governo tinham sua parte"* (Maquiavel, 2007 p. 19).[287]

Dessa forma, é possível afirmar que Maquiavel propõe um "governo misto", no entanto, ele rompe com a tradição de tal pensamento. A tradição do governo misto (*v.g.* Políbio, Guicciardini), presente no republicanismo protomoderno e influente no humanismo civil florentino, tinha sua matriz comum na filosofia prática aristotélica, baseada no homem *zoon politikon*, em que haveria uma divisão política do trabalho e os componentes da cidadania deveriam ocupar seus respectivos lugares a partir de um "fim natural". Portanto, a tradição do governo misto parte de uma visão organicista, fundada em uma harmonia natural do corpo político, logo, uma aversão a qualquer forma de conflito político (BACCELLI, 2006, p. 516; 518).[288]

Na tradição do governo misto, o "governo da lei" e o conflito político representam uma contraposição problemática e a ideia do *"rule of law"* está mais para favorecer a "moderada" participação dos "poucos" e conter a "perigosa" participação dos "muitos". É em confronto com esse pensamento que Maquiavel adquire peculiaridades no pensamento republicano renascentista, tendo em vista a importância do conflito político no pensamento do autor e principalmente o lugar privilegiado que o povo ocupa dentro de uma república (BACCELLI, 2006, p. 515; 522).[289]

As duas formas de governo admitidas são o principado e a república, a melhor constituição depende das circunstâncias. No entanto, Maquiavel admite a preferência pelas repúblicas (SKINNER, 2012, p. 73). Na obra *Discursos* fica evidente essa preferência, no entanto, a melhor forma de fundar uma república é estar só e, depois de fundada, deve-se entregar ao povo o governo do Estado (MAQUIAVEL, 2007, p. 40-41).[290]

Maquiavel afirma que em todas as cidades (Estados) existem dois *humores*. De um lado os *grandes*, que são os poderosos de uma cidade, nobres ou não. De outro lado o *povo*. Os *grandes* com suas intenções de oprimir o *povo* e este com sua intenção em não ser oprimido.[291]

Esses dois *humores* polarizam um conflito ("*desunião*") que pode levar ao *Principado*, à *República* ou à *Licença*. Maquiavel é original em sua leitura, pois vê a desunião entre os *humores* de uma cidade como o elemento propulsor da política. Dessa forma, a política se caracteriza pelo conflito (desunião) e encontra nele seu

---

chegam a mesma conclusão, qual seja, o segredo da longevidade política é um governo misto. (COSTA, 2012, p. 38-39).

[287] *Discursos* livro Primeiro, capítulo 2.

[288] Sobre a história da tradição do governo misto vide COSTA, Pietro. **Poucos, muitos todos. Lições de história da democracia.** Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

[289] *"O que fica mais evidente em relação à recorrente conexão entre governo da lei, governo misto, crítica da democracia, é que, em Maquiavel, o povo tem um papel de protagonista político, e que este papel é desenvolvido através do conflito político"* (BACCELLI, 2006, p. 527).

[290] *Discursos* livro Primeiro, capítulo 9. *"E, se os príncipes são superiores aos povos na ordenação das leis, na constituição da vida civil, no estabelecimento de novos estatutos e novas ordenações, os povos também são superiores na manutenção das coisas ordenadas, aumentando assim, sem dúvida, a glória daqueles que as ordenam"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 171).

[291] Nesse ponto há uma influência da medicina terapêutica greco-romana, que ainda vigia no Renascimento. Um corpo saudável era um corpo em que os *humores* estavam em equilíbrio. *"Galeano, o grande médico da antiguidade, havia ensinado que um corpo era saudável se os seus diversos humores eram diversamente e harmoniosamente mesclados. E já Tucídides havia recorrido a tal metáfora orgânica, aplicando-a ao corpo político. Os humores devem mesclar-se para que o corpo político seja saudável; e os humores, as partes essenciais da ordem sociopolítica, são para Maquiavel dois: os patrícios e o povo, os nobres e a plebe"* (COSTA, 2012, p. 39).

elemento de dinamismo. O que conduziu Roma ao império foi justamente a República, pois ela fez possível a desunião entre os *humores*.[292]

Na história recente de Florença, como nas vicissitudes da antiguidade romana, o conflito é a mola do devir; mas não somente: o conflito não tem uma valência necessariamente destrutiva, não é por definição incompatível com o bem comum; ao contrário, pode conter em si o segredo do sucesso de uma cidade; o segredo da liberdade da qual por longo tempo Roma gozou repousa, para Maquiavel, no conflito entre povo e patrícios; um conflito que deu lugar a precisas instituições (o senado, os tribunos da plebe) que permitiram aos diversos componentes da cidade desenvolver um papel na própria cidade, como partes reconhecidas do mesmo ordenamento (COSTA, 2012, p. 39).

A desunião entre os *humores* pode ser positiva. A relação entre os *grandes* e o *povo* gera conflitos inevitáveis que precisam ser equacionados (conciliação), mas não anulados. Portanto, o equilíbrio surgido do conflito não elimina sua origem, pelo contrário, deve manter os *humores* como forças políticas, mas que devem ser canalizadas institucionalmente. Quando os *humores* não estão devidamente ordenados eles provavelmente serão prejudiciais à cidade.

No principado o equilibrio entre os *humores* é feito pelo príncipe, ele será o mediador mantendo os *humores* sob seu controle,[293] ocorre que essa ordenação é deveras instável, haja vista a ausência de estruturas institucionais. Já na república os *humores* são ordenados de forma mais estável e encontram no Estado seus canais de "representação". Por isso a república é um governo misto, na medida em que ao conjugar elementos de cada forma de governo (monarquia, aristocracia e democracia) possui ordenações capazes de sintetizar os *humores* e com isso dar vazão aos *tumultos,* encontrando certa conciliação. Lembrando que a concepção mista de Maquiavel rompe com a tradição ao enfatizar o papel do povo na dinâmica política. [294]

Outro conceito de extrema importância no pensamento maquiaveliano é o *tumulto*, que está diretamente ligado aos *humores* e não deve ser entendido como "baderna".[295]

Maquiavel, como lhe é comum, não traz um conceito bem definido do que seria o tumulto. É possível sugerir que o tumulto seria uma mobilização em torno da exigência de conquistas (políticas, sociais, jurídicas, etc.), que até poderiam adquirir um contorno mais violento, mas em proporções não nocivas às ordenações do Estado.

Ele vê nos *tumultos* não uma patologia da cidade, mas algo que lhe é característico e que em regra conduz à criação de importantes ordenações. Nesse

---

[292] *"O conflito entre partes diversas da cidade é, para Maquiavel, o elemento propulsivo da história da própria cidade. No proêmio das suas Histórias Maquiavel enuncia esta tese com muita clareza no momento em que avalia criticamente a obra de insignes humanistas – como Bruni e Bracciolini – cujos méritos são obscurecidos, em sua opinião, justamente por terem subestimado o conflito na história"* (COSTA, 2012, p. 39).

[293] Com as devidas cautelas históricas e conceituais, é possível fazer uma aproximação entre essa perspectiva de Maquiavel com algumas ideais hobbesianas. Para Hobbes o caos do estado de natureza só poderia ser resolvido pela instituição de um poder superior comum (Estado civil). Em ambos os autores a ordem público-civil é criada pelo arranjo político. Vide Thomas Hobbes, **O Levitã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Trad. João Paulo Monteiro et al. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

[294] *"É a diferente colocação dos sujeitos na ordem o pressuposto a partir do qual empregar a fórmula do governo misto: eficaz justamente ao reproduzir, na organização do governo, o diferente peso específico que os muitos e os poucos exercem na sociedade*" (COSTA, 2012, p. 158).

[295] Tumulto: s.m. Grande movimento, acompanhado de barulho, de desordem: o tumulto das capitais. Agitação política; revolta, motim. Fig. Agitação moral; inquietação, desassossego: o tumulto das paixões. loc. adv. Em tumulto, em confusão: reuniram-se em tumulto. <http://www.dicio.com.br/tumulto/>, acesso em 08.06.2013.

sentido, muito embora extensa, é válida uma citação do capítulo intitulado *"A desunião entre plebe e senado tornou livre e poderosa a república romana".*[296]

> [...] quero dizer algumas coisas contra a opinião de muitos, segundo a qual Roma foi uma república tumultuária e tão cheia de confusão, [...]. Direi que quem condena os *tumultos* entre os nobres e a plebe parece censurar as coisas que foram a causa primeira da **liberdade de Roma** e a considerar mais a assuadas e a grita que tais *tumultos* nasciam do que os bons efeitos que eles gerava; e não consideram que em uma república há **dois *humores* diferentes**, o do povo, e o dos grandes, e que **todas as leis que se fazem em favor da liberdade nascem da desunião deles**, [...] porque os Tarquinios aos Gracos, durante mais de trezentos anos, os *tumultos* de Roma raras vezes redundaram em exílio em raríssimas vezes em sangue. Portanto, não se pode dizer que os *tumultos* sejam nocivos, nem que tal república fosse dividida [...]. E não se pode ter razão para chamar de não ordenada uma república dessas, onde há tantos exemplos de *virtù*; porque os bons exemplos nascem das boas leis; e **as boas leis, dos *tumultos* que muitos condenam sem ponderar**: porque quem examinar bem o resultado deles não descobrirá que eles deram origem a exílios ou violências em desfavor do bem comum, mas sim a leis e ordenações benéficas à **liberdade pública**. [...] E se os *tumultos* foram a razão para a criação dos tribunos, merecem sumos louvores; porque, além de concederem a parte que cabia ao povo na administração, tais tribunos foram constituídos para guardar a **liberdade romana**, [...] (MAQUIAVEL, 2007, p. 22). (*grifos acrescentados*).

Portanto, o conflito não é necessariamente algo ruim (como no imaginário medieval), mas, *devidamente ordenado* (*ordini*),[297] ele será compatível com o bem comum e conduzirá a cidade à liberdade.

> [...] digo que toda cidade deve ter os seus modos para permitir que o povo desafogue sua ambição, sobretudo as cidades que queiram valer-se do povo nas coisas importantes; a cidade de Roma, por exemplo, tinha este modo: quando o povo queria obter uma lei, [...] (MAQUIAVEL, 2007, p. 23).

---

[296] *Discursos*, livro I, capítulo 9.

[297] Segundo Patrícia Fontoura Aranovich o termo ordenação/ordem aparece na obra de Maquiavel de diferentes maneiras e variando de contextos. No sentido político adquire o conceito de institucionalização, ou seja, o conjunto de ordenações de uma cidade. *"No sentido político ordenação aproxima-se de instituição e também indica o conjunto de ordenações (a ordenação de uma república); ordenador passa a ser o legislador, e, igualmente, todos os termos derivados assumem seus sentidos políticos. Nesse contexto, o ordinário é o que se faz dentro das normas, ou seja, de acordo com as ordenações, e o extraordinário é ou o ilegal (frequentemente a violência particular), ou o que, apesar de legal, não se faz de acordo com as normas ordinárias"* (ARANOVICH, in Maquiavel, 2007, p. 467). É razoável interpretar que ordenação seria, *mutatis mutantis*, o que hoje denominamos por Constituição do Estado. Nesse sentido diz Quentin Skinner *"Se quisermos entender como 'tanta virtù foi mantida' em Roma por 'tantos séculos', o que precisamos examinar é 'como ela estava organizada'. [...] Para ver como a cidade de Roma conseguiu alcançar 'o caminho reto' que a levou a um 'fim perfeito e verdadeiro,' precisamos acima de tudo estudar suas ordini - suas instituições, seus dispositivos constitucionais, seus métodos de ordenar e organizar seus cidadãos"* (2012, p. 85). Como destacou Fioravanti, nunca existiu um constitucionalismo enquanto uma história contínua e progressiva até o presente, tampouco é correto buscar as "raízes" do constitucionalismo moderno em outras épocas. O que existe "*son varias doctrinas de la constitución, con la intención, siempre recurrente, de representar en e plano teórico la existência, o la necessidad, de uma constitución, de um ordenamiento general de la sociedade e de sus poderes*." (2001, p. 12).

Uma república bem ordenada deve ser um governo misto e deve contar com ordenações que possibilitem e equalizem a desunião dos *humores*.

> [...] de tal forma que, como se só tivesse cônsules e senado, aquela república vinha a ser mescla de duas qualidades das três acima citadas, ou seja, principado e optimates. Faltava apenas dar lugar ao governo popular: motivo por que, tornando-se a nobreza romana insolente pelas razoes que abaixo se descreverão, o povo sublevou-se contra ela; e assim, para não perder tudo, ela foi obrigada a conceder ao povo a sua parte, e, por outro lado, o senado e os cônsules firam com tanta autoridade que puderam manter suas respectivas posições naquela república (MAQUIAVEL, 2007, p. 19).

Dentro desse universo republicano é de extrema importância o conceito de *liberdade* para Maquiavel. É possível traçar uma linha lógica entre república, *humores*, *tumultos* e liberdade. O sistema republicano romano possibilitou os *humores* e seus *tumultos* e, assim sendo, obteve-se a *"liberdade de Roma"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 22).

Mas o que significa essa liberdade? Primeiro, o sujeito dessa liberdade não é o indivíduo, mas o Estado. Afasta-se da perspectiva moderna liberal de autonomia do sujeito ("liberdade negativa") e se aproxima da noção de grandeza e de glória do Estado (SKINNER, 1999, p.57).[298] Dessa forma, a república é a forma que melhor concebe um *Estado livre*, portanto, mais capacitado à grandeza.

Maquiavel, ao contrário do que aparece na maioria dos manuais de teoria geral do Estado escritos no Brasil, tem uma visão negativa da tirania e até mesmo da monarquia, pois em regra nessas formas de governo a finalidade é o bem individual do príncipe. Nas repúblicas, ao contrário, a finalidade é o bem público e isso conduz o Estado à grandeza. Uma cidade é livre para buscar a grandeza quando está liberta de todas as formas de servidão, seja interna, por meio de um tirano; ou externa, sob o jugo de outra cidade.

A liberdade republicana consiste na possibilidade de se alcançar o bem comum e não o bem individual e isso só é possível se o povo tem sua parcela no comando da cidade. É pela liberdade que a cidade alcançará a grandeza.

> Mas é de admirar acima de qualquer coisa a grandeza a que chegou Roma depois que se libertou de seus reis. É fácil entender a razão, pois o que engrandece as cidades não é o bem individual, e sim o bem comum. E, sem dúvida, esse bem comum só é observado nas repúblicas, porque tudo o que é feito, é feito para o seu bem, [...]. O contrário ocorre onde há um príncipe, onde, no mais das vezes, o que é feito em favor do príncipe prejudica a cidade, e o que é feito em favor da cidade o prejudica (MAQUIAVEL, 2007, p. 187).

A relação é aparentemente paradoxal, como chegar à liberdade por meio do tumulto? A decadência da república ocorre quando os *tumultos* desaparecem e um dos *humores* abusa do poder.[299] A corrupção (do povo, dos grandes ou das ordenações) leva à decadência e o sucesso da república romana foi justamente a ausência de corrupção, *"onde a matéria não é corrupta, os tumultos e outros escândalos não causam danos, onde é corrupta, de nada valem leis bem-ordenadas [...]* (MAQUIAVEL, 2007, p. 71).

---

[298] Sobre a liberdade do liberalismo e seus desdobramentos algumas obras são essenciais, entre elas MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991. MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra**. Trad. Raúl de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Trad. Anoar Aiex et al. 3 ed. São Paulo : Abril Cultural, 1983.

[299] *"[...] é tão grande a ambição dos grandes que, se não sofrer oposição por várias vias e de vários modos numa cidade, logo a levará a ruína"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 116).

Isso conduz a uma condição fundamental do governo republicano: a virtude coletiva. Como visto acima, Maquiavel entende que a grandeza de uma cidade não pode depender exclusivamente da *fortuna*, mas é necessária, também, a presença da *virtù*. Na obra *O príncipe* ele trabalha a *virtù* como uma característica do bom governante, mas qual seria o lugar da *virtù* em uma república?

Uma das condições necessárias para o sucesso da república é a *virtù* coletiva, ou seja, para que uma república prospere e conduza a cidade à grandeza (como em Roma) é fundamental a existência de ordenações adequadas, mas principalmente que os cidadãos não sejam corrompidos, que sejam, portanto, *virtu*osos. Essa *virtu*de coletiva pode ser entendida como a predisposição dos cidadãos em colocar o bem público acima dos interesses individuais e estarem dispostos a todos os sacrifícios para a grandeza da cidade. Enquanto na obra *O príncipe* a *necessita* impunha-se ao governante, nos *Discursos* ela se impõe os cidadãos.[300] Portanto, de nada adiantam boas instituições se não há um povo virtuoso.

Outra condição necessária à república é a boa organização institucional e principalmente a fixação de limites ao poder, fazendo de Maquiavel um autor importante na história do Estado de Direito.[301]

No capítulo 58 do Livro Primeiro dos *Discursos*, Maquiavel afirma sua preferência pela república ao refutar a máxima que *"nada é mais instável e inconstante do que a multidão".* Para o florentino, os erros da multidão também podem ocorrer com os príncipes, pois tanto ela como eles devem ser regulados por leis, *"porque todos igualmente erram, sempre que podem errar sem o temor às leis [sanza rispetto]"*. Inclusive, haverá menos mal com um povo sem limites do que com um príncipe, eis que suas paixões são maiores do que as do povo. Quando há limites bem definidos é preferível o governo do povo ao do governo do príncipe, haja vista que o povo tende a ser mais prudente e a *virtù* coletiva é preferível à *virtù* do monarca.[302] (MAQUIAVEL, 2007, p. 166; 169).

Portanto, na história do Estado de Direito, Maquiavel ocupa um lugar diferenciado, pois não se contenta em reproduzir "o governo da lei" - o que já era tradição desde Aristóteles - mas afirma a superioridade política do povo frente à desconfiança na aristocracia.[303]

---

[300] *"Em O príncipe, ele havia associado a virtù apenas aos mais insignes dirigentes políticos e comandantes militares; nos Discursos, ele insiste explicitamente que o corpo dos cidadãos como um todos deve possuir tal qualidade. [...] A posse da virtù é representada como a disposição de fazer o que for preciso para alcançar a glória e a grandeza cívica, quer as ações envolvidas sejam intrinsecamente boas ou más. [...] Este, então, é o sinal de virtù em governantes e cidadãos por igual: cada qual deve estar pronto para 'promover não os próprios interesses, mas o bem geral, não a própria prosperidade, mas a pátria comum'"* (SKINNER, 2012, p. 75-76).

[301] Nesse sentido vide BACCELLI, Luca. *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. In. **Estado de Direito: história, teoria, crítica.** (Org. Pietro Costa e Danilo Zolo). Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[302] *"[...] assim como duraram muito os estados dos príncipes, também duraram os estados das repúblicas, e que ambos precisam ser regulados por leis, porque o príncipe que pode fazer o que quer é louco; um povo que pode fazer o que quer não é sábio. Se, portanto, pensarmos num príncipe vinculado às leis e num povo acorrentado a elas, veremos mais virtù no povo que no príncipe. [...] se um povo licencioso e tumultuário pode ser aconselhado por um homem bom, que facilmente o reconduz ao bom caminho, um mau príncipe não há quem consiga aconselhar, e para ele não há outro remédio, senão o ferro"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 171).

[303] *"A atribuição a todos os cidadãos de iguais capacidades políticas obriga a tradicional teoria do governo misto, até mudar-lhe o significado. Se a teoria tinha sido elaborada para limitar os riscos do governo do povo, Maquiavel inverte-lhe o sinal, afirmando a tese de que o perigo maior para a comunidade política é representado pela irreprimível tendência dos 'gentis-homens' a impor o próprio domínio. Nos Discursi se estabelece um nexo entre república e 'igualdade', sustenta-se que os 'gentis-homens' são perigosos para a república, afirma-se a superioridade política do povo em relação ao príncipe e a superioridade institucional da república em relação ao principado"* (BACCELLI, 2009, p. 525-526).

Então, feita a análise sobre o conceito de república e suas possibilidades, resta agora tratar dos seus limites, já que a república não é um governo para sempre, podem ocorrer inconvenientes que poderão levá-la à ruína.

O primeiro inconveniente é a corrupção, tanto dos cidadãos como das ordenações.

Maquiavel entende que os indivíduos não são totalmente bons nem maus e que os *"homens nunca fazem o bem, a não ser por necessidade"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 20). Desta máxima encontramos o lugar do direito na teoria maquiaveliana. O ordenador de uma república tem que partir do pressuposto de que os homens farão o mal, portanto, deve conceber ordenações adequadas (leis e mecanismos de cumprimento delas). A ordenação do Estado e as leis devem guardar compatibilidade com o espírito do povo. Os bons costumes precisam das leis para se manter e as leis precisam dos bons costumes para serem observadas. No entanto, devem existir instituições para forçar o cumprimento das leis, pois não é possível contar sempre com o costume, pois *"quando falta o bom costume, a lei logo se faz necessária"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 20-21; 72).[304]

Os cidadãos caem em corrupção quando começam a buscar unicamente o bem privado e se desinteressam pelo bem público, perdendo o interesse pela política. Mas principalmente quando surgem *facções*[305] que usam das ordenações da cidade para fins privados e não pela liberdade comum. Principalmente pelo perigo do enriquecimento das facções, elas podem cooptar as ordenações visando seus interesses privados, marcando o fim da república e da liberdade e o início da tirania (SKINNER, 2012, p. 79-81).[306]

Por isso que, para evitar as facções, era necessário que a cidade fosse rica e que seus integrantes não fossem demasiadamente mais poderosos economicamente do que a própria cidade. Quando alguns indivíduos adquirem grande poder econômico isso é um sintoma perigoso para a república. "*[...] como as repúblicas bem-ordenadas devem manter rico o público e pobres os seus cidadãos, [...]* (MAQUIAVEL, 2007, p. 113). Portanto, a ambição econômica dos indivíduos deve ser controlada a fim de evitar a ruína da cidade.

Para vislumbrar a decadência da república, Maquiavel parte de um exercício hipotético ao pressupor a existência de uma cidade extremamente corrompida. Quando os cidadãos, ou mesmo as leis e as ordenações, se encontram em tal nível de corrupção, os meios ordinários de estabilização não são adequados e até mesmo agravarão a situação. Essa grave crise pode ocorrer pela corrupção dos cidadãos ou pelo descompasso entre leis e ordenações. Nesses casos, até mesmo a ditadura, que

---

[304] *Discursos*, livro I, capítulo 3.

[305] Muito embora a distância histórica é possível fazer várias aproximações teóricas entre Maquiavel e Thomas Hobbes. Dissertando sobre os incômodos entre as diferentes formas de governo, Hobbes utiliza a administração do Estado como o critério diferenciador para se encontrar a melhor forma de governo, assim, justifica a superioridade da monarquia ante os inconvenientes da administração democrática. *"Pois o governo é o poder e a administração é o ato. Ora, o poder é igual em todas as espécies de governo, diferenciando-se estes somente nos atos, [...]. Entendemos disso que as conveniências e inconveniências de qualquer governo não provem daquele no qual a autoridade se encontra, mas sim se seus ministros; [...] o governo administrado de maneira democrática, sucedendo-se assim, todas aquelas infelicidades que acompanham em sua maioria, a soberania de um povo. [...]"* (p. 2006, 149). Sobre as facções, *"A terceira razão através da qual torna-se mais difícil opinar convenientemente em uma grande assembléia é que dessa forma surgem as facções dentro da república; e de tais facções surgem as sedições e a guerra civil"* (2006, p. 147).

[306] O tema das facções está presente no pensamento republicano desde Cícero. Também Madison concebe de forma negativa e prejudicial ao Estado a existência das facções. Tal tema adquiriu papel central entre federalistas e antifederalistas durante os debates em torno da Constituição norte-americana. Nesse sentido vide MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.**Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. e SMITH, Melanthon. in **The anti-federalist. Writings by the Opponents of the Constitution.** United States of America: Murray Dry, 2002.

é um mecanismo ordinário de estabilização, não se mostra adequada para resolver a grave crise e será necessária a violência restauradora de um príncipe.

> Eu pressuporei uma cidade extremamente corrompida, a fim de aumentar ainda mais tal dificuldade; porque não há leis nem ordenações bastantes para frear uma corrupção generalizada [*universale*]. [...] Além disso, as ordenações e as leis criadas numa república nascente, quando os homens ainda eram bons, mais tarde deixam de convir, quando eles se tornam malvados. E, embora as leis de uma cidade variem segundo os acontecimentos, as ordenações nunca ou raramente variam: isso faz que as novas leis não bastem, porque as ordenações, que estão firmes, as corrompem. [...] mantendo-se as ordenações do estado, que nos tempos de corrupção já não eram boas, tais leis, que se iam renovando, não bastavam para fazer que os homens continuassem sendo bons. [...] Quanto a inovar tais ordenações de uma só vez, quando todos reconhecem que não são boas, digo que essa inutilidade, quando facilmente reconhecível, é difícil de corrigir; porque, para tanto, não basta usar as medidas ordinárias, visto que os modos ordinários são maus; mas é necessário recorrer ao extraordinário, como a violência e as armas, tornando-se, antes de mais nada, príncipe em tal cidade, para poder dispor a seu modo (MAQUIAVEL, 2007, p. 74-75).[307]

Quem seria esse príncipe, existiria alguém legitimado *a priori*? Não. Esse restaurador será quem tiver força suficiente para tanto, será aquele possuidor da *virtù* necessária e se legitimará pelo resultado público alcançado.

No entanto, existem remédios contra a corrupção da república e a formação de facções. Deve-se estar atento quando uma pessoa ou um grupo político venha a obter mais poder do que é seguro e contar com leis e instituições para rapidamente combater esse mal.[308]

Por fim, há outro ponto crítico em uma república, que poderá ou não conduzir a uma grave crise, tudo dependerá dos movimentos entre a *fortuna* e a *virtù*. Os *tumultos*, tão sadios para a liberdade e a grandeza do Estado, podem conduzir a um impasse fatal, pois nem todos os temas encontram "conciliação". Pode ocorrer que os *tumultos* e a desunião entre os grandes e o povo não encontrem uma síntese.

Isso ocorreu quando em Roma houve a discussão em torno da lei agrária, que foi a causa da decadência da república romana.[309] Segundo Maquiavel, os *tumultos* foram saudáveis à república quando o povo lutava por conquistas políticas, mas quando começou a pleitear certas magistraturas e sobretudo propriedades, a desunião passou a ser perniciosa.

> Porque a nobreza romana sempre cedeu à plebe sem excessivos [straordinari] *tumultos* quando o assunto eram honras, mas, quando se tratou do patrimônio, foi tão grande a sua obstinação na defesa deste que a plebe, para saciar seu apetite, recorreu aos meios extraordinários de que falamos (MAQUIAVEL, 2007, p. 116).[310]

A lei agrária prejudicava os interesses dos grandes, pois eram os que detinham mais bens, bem como ao ter que dividir com os pobres os bens conquistados dos inimigos, colocava um empecilho para mais enriquecimento.

CONCLUSÃO

O trabalho teve o objetivo de resgatar um aspecto do pensamento maquiaveliano muitas vezes silenciado por alguns manuais de teoria geral do Estado e ciência política.

---

[307] *Discursos,* livro I, capítulo 18.

[308] Uma dessas instituições é a ditadura aos moldes romanos. Sobre a ditadura vide *Discursos*, livro I, capítulo 34.

[309] Essa lei tratava de propriedade. *"Aquela lei tinha dois artigos principais. Num dispunha que nenhum cidadão podia ter mais que algumas jeiras de terra; o outro, que os campos conquistados aos inimigos deviam ser divididos entre o povo romano"* (MAQUIAVEL, 2007, p. 114). Jeira era uma unidade territorial com cerca de 2.500 m2.

[310] *Discursos*, livro I, capítulo 37.

Como visto, tais manuais apresentam Maquiavel apenas à luz da obra *O Príncipe* e em uma versão muito próxima à tirania.

Inicialmente foi preciso localizar historicamente o pensamento de Maquiavel, tratando de seu contexto e de suas influências políticas, bem como sua vivência enquanto secretário de Florença. Os pressupostos históricos são de fundamental importância para bem compreender o pensamento do autor. Todos os autores são filhos de seu tempo e a chave para a compreensão de suas teorias é o mergulhar naquele momento, buscando sempre o estranhamento e a ruptura com a nossa época. Do contrário estaremos a falsificar as teorias, projetando o presente no passado.

Depois disso foi tratado dos principais conceitos no pensamento de Maquiavel. Primeiro a *fortuna* e sua representação simbólica, rompendo com o ideário da ordem medieval, mostrando que a vida é contingente e incerta e somente aqueles homens de *virtù* conseguem seduzir a deusa e receber seus tesouros. A *virtù*, como a capacidade de alguns homens de se precaverem aos golpes da *fortuna* aproveitando suas oportunidades. Nenhum Estado, seja um principado ou uma república, pode contar exclusivamente com os bons favores da deusa, é preciso *virtù* para dominá-la.

Outro conceito fundamental é a *necessita*, representando o dever do governante ou da república em agir conforme as circunstâncias, fazendo sempre o necessário para o bem público (*salus populi suprema lex*), mesmo que para isso se viole princípios morais, religiosos e limites legais.

Mas o principal objetivo do trabalho foi apresentar o pensamento republicano de Maquiavel e como ele ofereceu uma proposta de ordenação das relações sociais e políticas. Ao contrário do que muitas vezes é repetido, Maquiavel também é um entusiasta da república, para tanto ele constrói uma teoria constitucional extraída da história de Roma. Também, uma das grandes inovações do pensamento maquiaveliano é o protagonismo político do povo em relação ao príncipe e à aristocracia, bem como a importância em se estabelecer certos limites ao poder político.

É possível traçar uma relação de dependência entre república, *humores*, liberdade e a grandeza da cidade. Partindo de uma constatação realista e adotando Roma como modelo, Maquiavel entende que toda cidade é composta por dois *humores*, os grandes que querem dominar e os pobres que resistem à dominação e pretendem conquistar posições políticas. A constituição que melhor lida com essa *desunião* é a república, que consiste em um governo misto onde os grandes e os pobres possuem suas instituições políticas. A partir delas, se possibilitam os *tumultos* que conduzem à liberdade da cidade, condição para a grandeza. Entretanto, os *humores* e *tumultos* devem estar adequadamente institucionalizados, ou seja, devem operar dentro do quadro institucional reservado a eles.

Porém, somente a república não basta, pois é preciso conceber adequadas ordenações, principalmente leis e mecanismos para vigiar seu cumprimento, a fim de controlar os indivíduos, sempre tendenciosos a fazer o mal. Igualmente, de nada adianta uma república com boas ordenações se o povo está corrompido. Assim sendo, a *virtù* coletiva é de extrema importância para a república, voltada à busca pelo bem público e não pelos interesses individuais egoísticos.

Mas a república se depara com seus limites quando o povo decai em corrupção e principalmente quando surgem facções com interesses sectários. Tais facções se tornam mais perniciosas ainda ao interesse público quando usam das ordenações estatais para fins privados. Em condições de total decadência da república, os meios ordinários de estabilização talvez não sejam eficazes, fazendo-se necessária a violência restauradora de um príncipe, que pode, por vezes, resultar em um retrocesso à liberdade da cidade.

É importante rememorar um dos principais remédios contra a corrupção, que é a contínua vigilância por parte dos cidadãos. A corrupção, letal à república, ocorre quando cessa a *virtù* coletiva, ou seja, quando os cidadãos renunciam à política e ao senso de interesse público (bem comum), perseguindo apenas seus interesses individuais.

Maquiavel intuiu uma das condições necessárias para toda e qualquer república e também para a própria democracia. O conflito (“tumulto”), entendido pelo autor como a “desunião” entre grandes e pobres, ao contrário do que parece, é o móbil que conduz a república à grandeza. Portanto, algumas lições fundamentais para o pensamento republicano foram deixadas pelo florentino: a valorização pela política, ou seja, a *virtù* coletiva de vigília do povo pelo bem comum, a necessidade de instituições políticas adequadas e a importância do conflito. Outrossim, Maquiavel nos mostra que as ordenações não anulam os humores ou evitam os tumultos. Estes e aqueles devem estar regulados nas ordenações, mas operam também fora delas. As ordenações capturam os humores, mas não modificam sua natureza. Traduzindo em categorias atuais, a Constituição de um Estado normatiza o poder, mas não encerra a política, tendo em vista que a política está na Constituição, mas frequentemente se move para além dela.

Por que alguns manuais de ciência política e teoria geral do Estado, usados nos cursos de Direito, silenciam sobre a visão republicana de Maquiavel? É difícil formular uma resposta segura, mas talvez seja pela comodidade em reproduzir uma tradição. De qualquer forma, Maquiavel é um autor clássico da política, sobretudo para compreendermos a transição do pensamento político medieval à formulação de algumas bases do Estado moderno.

Então, cremos que aqui resta um sepultamento com honra, de um homem de honra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado.** 34 ed. São Paulo: Ed. Globo, 1995.

BACCELLI, Luca. *Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito*. In. **Estado de Direito: história, teoria, crítica.** (Org. Pietro Costa e Danilo Zolo). Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latim, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 11 ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos todos. Lições de história da democracia.** Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

_____. **Soberania, representação e democracia: ensaios de história do** pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2009.

FICHTE. **Pensamento político de Maquiavel.** Trad. Rubens R. Torres Filho. São Paulo: Hedra, 2010

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedade a nuestros dias**. Madrid: Trotta, 2001.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

HOBBES, Thomas. **Do cidadão.** Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006.
_____. **O Levitã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Trad. João Paulo Monteiro et al. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Trad. Anoar Aiex et al. 3 ed. São Paulo : Abril Cultural, 1983.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.**Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 8 ed. Sugestões literárias S/A: São Paulo: 1974.

MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra**. Trad. Raúl de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUNES, Diego. *Entre "O Príncipe" e a "Razão de Estado": apontamentos sobre a arte de governar entre as obras de Maquiavel e Botero.* In. **Captura Críptica: direito, política e atualidade**. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito. v. 1, n. 1 (jul./dez. 2008). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008, p. 187-212.

RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rubio; FRATESCHI, Yara (Coord.). **Manual de filosofia política: para os cursos de teoria do Estado & ciência política, filosofia e ciência sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SKINNER, Quentin. **Maquiavel.** Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2012

_____. **Liberdade antes do liberalismo.** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

STUART MILL, John. **Sobre a liberdade.** 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

SMITH, Melanthon. in **The anti-federalist. Writings by the Opponests of the Constitution.** United States of America: Murray Dry, 2002.

STOLLEIS, Michael. **L'oeil de la loi. Histoire d'une métaphore.** Paris: Mille et une nuits. 2006.

WEBER. Max. **Ciência e política: duas vocações**. Leônidas Hegenberg et al. 14 ed. São Paulo: 2007.

_____. **A gênese do capitalismo moderno.** Trad. Rainer Domschke. Comentários Jesse Sousa. São Paulo: Ática, 2006, p. 109-110.

_____. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **O que é a burocracia**. http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf, acesso em 24/07/2017.

A EXCEPCIONALIDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL COMO CRITÉRIO VIOLADOR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mariana de Moraes Santos [311]
Anna Lethicia dos Santos [312]

Resumo: O objetivo desse artigo é compreender o caráter excepcional atribuído pela lei à adoção realizada por pessoas residentes em outros países, frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A pesquisa aborda a adoção internacional, seus requisitos, condições e o caminho necessário para sua realização. O estudo se desdobra nos conceitos de adoção, evolução histórica do instituto, seus requisitos e procedimentos, bem como faz uma análise da legislação sobre o assunto. O tema é relevante diante da possibilidade de o caráter excepcional da adoção internacional atribuído em lei, prejudicar, retardar e inviabilizar a concretização da adoção, violando dessa forma o princípio que garante o melhor interesse da criança e do adolescente. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados mostram que o caráter excepcional aplicado indiscriminadamente sem a análise do caso concreto poderá violar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no entanto se a aplicação desse caráter se condicionar a análise da realidade em consonância com o princípio, essa violação não ocorrerá.

Palavras-Chave: Adoção internacional. Caráter excepcional. Melhor interesse da criança e do adolescente.

INTRODUÇÃO

A família é fundamental para a criança. É no ambiente familiar que ela encontra seu primeiro grupo e inicia seu desenvolvimento, sendo essa convivência essencial para a formação da sua personalidade (GATELLI, 2003). Crianças e adolescentes que perdem o contato com suas famílias recebem a oportunidade de serem inseridas em famílias denominadas substitutas. A adoção é uma das modalidades de inclusão da criança e do adolescente nessas famílias substitutas (BORDALLO, 2018).

O presente artigo tem como objetivo compreender o funcionamento da adoção internacional, seu caráter excepcional previsto em lei, além de analisar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O objeto de estudo é a verificação da violação do princípio em detrimento a excepcionalidade conferida pela lei à adoção internacional.

A temática é importante no ordenamento jurídico nacional e internacional e por essa razão merece discussões. O instituto da adoção é regulamentado

[311] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille.
[312] Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Atualmente é Analista Previdenciária do INSS.

pela Constituição, leis infraconstitucionais, convenções e tratados internacionais (CARVALHO, 2012 *web*). É um assunto que desperta sensibilidade e deve ser apreciado de forma cautelosa, sempre verificando o bem estar da criança.

O instituto passou por muitas modificações ao longo dos anos, essas alterações sempre tiveram como objetivo seu aperfeiçoamento (TARTUCE, 2019). Tratar sobre esse assunto contribui para as discussões relacionadas ao tema. Apesar de todo interesse e comprometimento em melhorar a adoção, ainda é possível verificar problemas.

A adoção hoje está pautada no melhor interesse da criança e sempre será vista sob essa ótica. Com o objetivo de efetivar o cumprimento desse princípio foram criados diversos requisitos para requerer a adoção internacional, o que acabou ocasionando dificuldades na sua realização (MONACO, 2002).

O caráter excepcional instituído pela Convenção de Haia é uma das exigências estabelecidas, entendeu-se que o melhor para a criança é que somente em última hipótese seja possível sua adoção por pessoas residentes em outros países (LIBERATTI, 2009 e LOBO, 2011).

De acordo com pesquisa disponibilizada no site do Conselho Nacional de Justiça, do ano de 2010 a 2015 o número de adoções internacionais caiu drasticamente, em 2010 foram efetivadas 316 adoções internacionais, enquanto em 2015 o número baixou para 115, ou seja, houve uma queda de quase 63% de adoções internacionais realizadas anualmente, os dados foram disponibilizados pela Autoridade Central Administrativa Federal (FARIELLO, 2016, *web*).

Em outra pesquisa publicada pelo site g1.globo.com, referente ao ano de 2018, a situação mostra-se ainda mais preocupante. Foram concretizadas apenas 67 adoções de crianças brasileiras por pessoas residentes em outros países, esse é o menor número dos últimos 20 anos. Esses dados demonstram que o instituto vem sofrendo uma crise, e os maiores prejudicados são as crianças acolhidas (REIS, 2019, *web*).

Com a baixa no número de adoções internacionais, levanta-se o seguinte problema, até que ponto as exigências e a excepcionalidade da adoção internacional têm contribuído para garantir o melhor interesse das crianças acolhidas? Dessa forma, o instituto torna-se complexo e problemático no que se refere à prática (FURTADO, 2016, *web*).

Utilizou-se para a pesquisa a abordagem qualitativa, com método de pesquisa dedutivo do tipo bibliográfica, onde serão analisados livros, artigos e legislações. Para tanto o artigo iniciará contextualizando o instituto da adoção para então discorrer sobre a adoção internacional e caracterizar os requisitos e o procedimento previsto na legislação.

Finaliza-se o artigo discutindo acerca da excepcionalidade da adoção internacional em detrimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1. O INSTITUTO DA ADOÇÃO

O conceito de adoção é bastante amplo, pois tem definição no sentido jurídico, como também conceitos que levam em conta a sensibilidade do instituto. A palavra adoção tem origem do latim e conforme Liberati (1995, p. 13) “deriva no latim *adoptio*, que significa dar seu próprio nome a, pôr um nome em: tendo, em linguagem mais popular, o sentido de acolher alguém”. Na doutrina existem diversos conceitos elaborados pelos autores a respeito da adoção.

Para Wald (2000, p. 197) adoção é “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”. Como se observa, a adoção analisada através de um sentido jurídico tem semelhança com um contrato que conforme o autor é um ato jurídico e bilateral.

Para Diniz (2008, p.507), o instituto da adoção tem um viés emocional. “É um instituto de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo dar filhos aqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”. Dessa forma, a adoção também deve ser visualizada e conceituada com a sensibilidade que o instituto possui.

Levando em conta uma definição mais racional, Gonçalves (2007, p. 337) se aproxima de Wald e diz que “é o instituto solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. Nessa perspectiva, o autor traz uma definição lógica e simplificada do instituto, somente explanando o que de fato acontece, sem adentrar a aspectos formais.

Venosa conceitua a adoção como um instituto que tem como desígnio beneficiar ambos os lados. Segundo Venosa (2007, p.254) “a adoção na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos aqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados”. Assim, a adoção tem uma vertente dúplice, pois o ato de adotar deve ter uma importância para ambos os lados.

1.1 Origem e evolução histórica da adoção

A adoção vem acontecendo há séculos o que impossibilita dizer com exatidão sua origem. O que se pode dizer é que é um dos institutos mais antigo do direito (BANDEIRA, 2001). Nas lições de Monaco (2002, p.27), “a adoção tem suas origens históricas antes mesmo da Roma Antiga, tendo sido regulada já no Código de Hamurabi, em 2.283 a.C., sendo certo que sua penetração no mundo ocidental decorre principalmente do Direito romano”.

O Código de Hamurabi e as Leis de Manu disciplinaram a adoção em alguns de seus artigos, tinha uma vertente religiosa que visava manter a existência da família, buscando suprir e atender os imperativos dos adotantes e as necessidades que a época impunha, não importando o interesse da criança adotada (GATELLI, 2003).

Na Roma Antiga, a adoção perde o intuito político e religioso e passa a ter a prerrogativa de amparar as famílias que não poderiam ter filhos. De acordo com Gatelli (2003, p.20), “o instituto da adoção, numa fase histórica romana (Direito Romano-Helênico), perdeu o cunho religioso e político passando a ter como finalidade marcante a forma de contemplar casais estéreis”. Assim, possui um caráter de consolo aos casais estéreis, tendo como finalidade suprir os interesses dos adotantes.

Em razão da forte influência da igreja a adoção torna-se pouco utilizada durante a Idade Média, e somente em 1804 na França com o Código de Napoleão, a adoção renasce e volta a surgir nas legislações modernas. Havia, porém, restrições quanto à idade (GATELLI, 2003).

Durante o século XIX, em torno de 1851, existiu um sistema de lares adotivos, em que as crianças trocavam de casas de forma temporária e informal, ocasionalmente exerciam atividades em troca do lar, tais como, trabalhos domésticos e de mensageiros, muitas vezes essas trocas eram realizadas com

a finalidade de conseguir um abrigo e receber educação, porém ainda permaneciam atreladas às famílias biológicas (SENADO, 2013, *web*).

Em 1939 é criado o Instituto da Legitimação Adotiva na França, que altera o Código Civil Francês e inicia o processo de mudança na perspectiva em relação à adoção, no sentido de proteger os interesses das pessoas adotadas.

Anota Gatelli (2003, p.20): "Com isso, verifica-se que houve uma mudança em favor do adotado, que podemos chamar de protetiva, uma vez que as vantagens e os interesses do adotando passaram a serem os primeiros aspectos a serem considerados no processo de adoção". Dessa forma, as crianças começam a ser mais valorizadas e protegidas.

A adoção torna-se um instrumento para beneficiar o adotado e não somente o adotante. Assim, o instituto começa a possuir uma nova forma, que vem sendo alterada constantemente, até os dias atuais, com a finalidade de proteger as crianças (GATELLI, 2003).

No Brasil a adoção surge por influência do direito português, sendo regulamentada em lei somente em 1916 com o Código Civil. Entre os efeitos impostos pela referida lei, o nascimento de um filho biológico importaria na revogabilidade da adoção e o adotado voltaria para sua família biológica (MONACO, 2002). Nessa perspectiva, constata-se que a finalidade da adoção no Brasil era dar filhos à casais estéreis e em nada importava o interesse e bem estar da criança, que a qualquer momento poderia ser devolvida a sua família de origem.

Em 1957, foi promulgada a Lei 3133/57 que trouxe novas perspectivas à adoção, tornando-se tal lei essencial para a evolução do instituto. No entanto, ainda existiam distinções entre os filhos biológicos e adotivos. Embora a adoção a partir dessa lei passasse a ter caráter irrevogável, persistiam restrições e preconceitos, que só com o passar dos anos seriam quebrados (GONÇALVES, 2017).

No ano de 1979, o novo Código de Menores cria duas espécies de adoção, a simples e a plena, sendo que ambas faziam diferença entre os filhos biológicos e adotados (MONACO, 2002). Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, coloca-se fim as discriminações autorizadas e perpetradas pela legislação brasileira, consagrando a igualdade entre os filhos, em seu artigo 227, parágrafo 6º (BANDEIRA, 2001).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 20, reiterou o parágrafo 6º do art. 227 da CF, a fim de sanar as dúvidas e consolidar o entendimento. Ensina Bandeira (2001, p. 21):

> O ECA veio ampliar e muito o leque da adoção no Brasil, diminuindo-se a idade mínima para requerer a adoção, eliminando barreiras em virtude de estado civil, etc., levando sempre em conta, e acima de tudo, os reais interesses de salvaguarda do menor.

A efetivação da proteção integral do interesse das crianças e adolescentes adotados tem seu início no ECA. Visando o melhor para a criança, o estatuto facilita o processo de adoção, altera requisitos, e consolida o princípio do melhor interesse da criança.

Concomitantemente com o ECA, o Código Civil de 2002 também disciplinava a matéria. Em 2009 é sancionada a Lei Nacional da Adoção que

atualmente regula o processo de adoção no Brasil. Com a sua promulgação, alteraram-se e revogaram-se alguns artigos do ECA e do Código Civil que tratavam sobre adoção. Em 2017 surge a Lei 13.509 que realizou alterações no ECA, porém manteve a mesma estruturação da lei de 2009 (TARTUCE, 2019).

Dessa forma é possível verificar que a adoção sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos, essas modificações ocorreram em decorrência da evolução histórica e o contexto social vivenciado em cada época. Por essa razão a adoção tornou-se um dos institutos com maior ocorrência de modificações e progresso na legislação ao longo dos anos (RODRIGUES *apud* TARTUCE, 2019).

1.2 Lei Nacional da Adoção

Atualmente a Lei 12.010 de 2009 regulamenta a adoção de crianças e adolescentes no Brasil. A referida lei entrou em vigor no dia 03 de agosto de 2009, alterando diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como revogando e alterando artigos do Código Civil (GONÇALVES, 2018).

Para Digiácomo (2009, p.2, *web*) "as novas regras foram naturalmente incorporadas ao texto da Lei nº 8.069/90 sem alterar sua essência, realçando e deixando mais claros, acima de tudo, os '*princípios'* que norteiam a matéria [...]". As alterações trazidas pela lei no Estatuto trouxeram maior claridade e destacaram os princípios já disciplinados no ECA.

As modificações originadas pela lei realçam o caráter excepcional da medida, priorizando a permanência da criança em sua família biológica não o afastamento completo de sua família sanguínea (DIGIÁCOMO, 2009, *web*).

A fim de diminuir o tempo de espera de crianças no abrigo e atribuir celeridade ao processo de adoção, a referida lei preconizou prazos, além de estabelecer uma necessidade de reavaliação semestral das crianças acolhidas em instituições (GONÇALVES, 2018).

Fixou a lei, a idade de 18 anos como idade mínima para pleitear a adoção, além de reconhecer o direito da criança ou adolescente adotado de conhecer suas origens biológicas, incluindo acesso ao processo que declarou a adoção, direito também permitido aos descendentes do adotado (GONÇALVES, 2018).

A norma criou cadastros de pessoas interessadas em realizar adoção, cadastros nacionais e internacionais. A redação do art. 2º realizou alteração no art. 50 parágrafo 10º do ECA e aplicou a subsidiariedade da adoção internacional, afirmando que a consulta aos cadastros será realizada primeiramente nos cadastros nacionais e somente não encontrando pretendentes habilitados, será feita a pesquisa nos cadastros internacionais (LEI NACIONAL DA ADOÇÃO art. 2º e 51 §10º).

Também trouxe alterações significativas acerca dos procedimentos para requerer a adoção, sendo que uma foi tornar a habilitação para adoção um processo, que será instruído com petição inicial e documentos, além de proibir em geral a dispensa do estágio de convivência, admitindo a não realização apenas em caso da criança já estar sob a guarda ou tutela do adotante, por tempo suficiente para avaliar a constituição do vínculo (GONÇALVES, 2018).

Tal norma também fixou período mínimo para o estágio de convivência nas adoções internacionais, tal período equivale de no mínimo 30 dias independente da idade da criança, devendo ser cumprindo em território nacional (GONÇALVES, 2018).

O texto também ajusta a adoção internacional com as normas relativas à Convenção de Haia, e prevê a preferência da adoção por pessoas residentes no Brasil. Assim, a adoção internacional só é permitida se não houver pretendentes brasileiros ou residentes no Brasil, consolidando dessa forma, o caráter excepcional da medida (DIGIÁCOMO 2009 *web* e GONÇALVES, 2018).

Por conseguinte, a Lei Nacional da Adoção torna-se uma ferramenta para garantir às crianças e adolescentes o direito à convivência familiar e atingir a melhoria na situação vivenciada pelas crianças acolhidas no Brasil (DIGIÁCOMO, 2009, *web*).

2 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Adoção internacional é uma modalidade de adoção em que o adotante possui residência em país diverso do adotado. Leciona Barros (2015, p.106) que "adoção é internacional quando o postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, independentemente da nacionalidade". A diferença principal no processo de adoção internacional é a residência das partes.

Em decorrência da falta de regulamentação sobre o tema, quando uma criança era adotada, corriqueiramente o país de acolhida tratava aquele caso como uma espécie de guarda, realizando por muitas vezes um novo processo de adoção. Ou seja, a sentença que constituía a adoção e rompia os vínculos familiares da criança em nada tinha validade nos outros países. Toda essa insegurança aliada as constantes notícias do tráfico de crianças, despertou em diversos países interesse em regulamentar a adoção internacional (BANDEIRA, 2001).

Em 29 de maio de 1993 é finalizada a Convenção de Haia, sendo recepcionada no Brasil em 1999. A convenção versa sobre proteção de crianças e cooperação em matéria de adoção internacional (LIBERATI, 2009).

A Convenção de Haia foi pautada no sentido de que a adoção internacional apresenta vantagens para as crianças que não encontraram uma família em seu país de origem, além de oferecer medidas para resguardar o melhor interesse das crianças e adolescentes, respeitando seus direitos fundamentais (GONÇALVES, 2018).

Apesar de a referida Convenção visualizar vantagens no processo de adoção internacional, um de seus principais anseios foi consagrar o caráter excepcional da adoção internacional. Ensina Liberati (2009, p. 40):

> É importante salientar que o texto convencional firmou princípio da subsidiariedade, de caráter geral, estabelecendo que a adoção internacional é o último recurso para a colocação de crianças em família substituta, privilegiando-se sua permanência na família biológica.

Assim o caráter subsidiário ou excepcional das adoções internacionais é estabelecido internacionalmente. Entre outros objetivos, a Convenção também tinha como escopo facilitar a cooperação, diminuir os conflitos e problemas enfrentados na época, além de proteger as crianças de eventuais situações de perigo. Conforme explana Liberati (2009, p. 46):

> O propósito da Convenção foi estabelecer um mecanismo de cooperação entre os Estados Contratantes, de modo

> que as adoções processadas em um deles carregassem um conjunto de medidas jurídicas que impedissem ou minassem os abusos e assegurassem que os interesses da criança fossem prevalecentes no processo de adoção.

A infância e o direito à convivência familiar já eram protegidos pela Constituição Federal que recepcionou os demais dispositivos da Convenção. O ECA então passou a prever o procedimento da adoção internacional tratado na Convenção (LIBERATI, 2009).

2.1 Requisitos da adoção internacional

A legislação acerca da adoção internacional prevê uma série de requisitos que devem ser preenchidos para admissão do processo de adoção. Eles estão elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente (GONÇALVES, 2018).

Inicialmente para realizar uma adoção internacional é necessário comprovar que a adoção é a medida apropriada para o caso, isso deverá ser evidenciado na situação concreta, através da demonstração de que não existe outro postulante habilitado no país que a criança está acolhida, pois somente em último caso é autorizado inserir a criança em família substituta pela modalidade da adoção internacional (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2017).

Outra situação importante no processo de adoção internacional é que os pretendentes a adoção devem estar representados pela Autoridade Central Estadual e Federal de seu país de origem. O início do processo de adoção é realizado através dessa Autoridade, por essa razão tal requisito é tão importante (BORDALLO, 2018).

A idade mínima para entrar com pedido de adoção é de 18 anos. Acerca desse requisito ele pode ser relativizado. Se a lei estrangeira permitir a adoção por menores de 18 anos, o juiz nacional no caso concreto poderá aplica-la, desde que essa aplicação não ofenda a ordem pública do Brasil (MONACO, 2002). Outro requisito imposto pela norma é a necessidade de que haja uma diferença de idade de no mínimo 16 anos entre o adotante e o adotado (ECA, art. 42 § 2º e 3º).

Acerca dessa diferença de idade, explica Gonçalves (2018, p. 398):

> Exigindo a aludida diferença, ‘quer a lei no lar instituir ambiente de respeito e austeridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos. Com mais forte razão, não se admite que o adotado seja mais velho que o adotante. Semelhante adoção contraria a própria natureza (adoptio naturam imitatur et pro monstro est, ut major sit filius quam pater)’.

Para que a criança possa ser adotada por residentes em outros países não pode haver pretendentes residentes no Brasil (GONÇALVES, 2018). Esse requisito pode afastar e muitas vezes impedir a adoção por pais estrangeiros, causando prejuízo às crianças e adolescentes.

Ainda em decorrência da subsidiariedade da adoção internacional, os brasileiros residentes em outros países terão preferência na adoção de crianças brasileiras, nesse contexto o legislador tentou de alguma forma preservar a identidade da criança (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2017).

Esse critério de preferência estabelecido deve ser analisado conjuntamente aos demais, além de sempre se ater ao melhor interesse da criança, princípio norteador dos processos de adoções (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2017).

2.2 O processo de habilitação

O processo de habilitação para adoção internacional está disciplinado na Lei Nacional da Adoção e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Além de seguir os ditames de uma adoção nacional, possui requisitos específicos que devem ser observados (BORDALLO, 2018).

No que concerne à adoção realizada por pessoas residentes em outros países, a habilitação inicia-se em seu país de origem. Os futuros pais devem dirigir-se preliminarmente a Autoridade Central em matéria de adoção, de onde possuem residência habitual a fim de realizarem a habilitação (ECA, art. 51, I).

Os países que aderiram da Convenção de Haia devem possuir uma Autoridade Central de Adoção, que deverá cumprir com as obrigações estipuladas na Convenção, no caso do Brasil além da Autoridade Central Federal, cada Estado tem sua Autoridade Central Estadual (ROSATO, LÉPORE, CUNHA, 2017).

No Brasil a Autoridade Central Federal é representada pela Secretaria de Estado de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e a Autoridade Estadual pelas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional– CEJAI (BORDALLO, 2018).

A Autoridade Central em matéria de adoção internacional localizada no país de residência dos futuros adotantes deverá verificar se o postulante possui as condições de adotar, caso seja possível a habilitação, emitirá um relatório que conterá a identidade do postulante, a capacidade jurídica, bem como a adequação para adoção, a situação familiar, médica, o meio social onde vive e os motivos que deram ensejo a adoção internacional (ECA, art. 52, II).

Esse relatório deverá ser enviado à Autoridade Central Federal e Estadual do país de acolhida. Será necessário também o envio do laudo psicossocial e, cópia da legislação pertinente, além da prova de vigência e outros documentos. Os documentos que estiverem em língua estrangeira deverão ser autenticados pela autoridade consular e traduzidos (ECA, art. 52, III, IV e V).

Sendo o caso da Autoridade Central Estadual representado pela CEJAI, entender pela complementação da documentação apresentada também poderá solicitar outros documentos. Após a entrega do relatório, a Autoridade Central Estadual realizará um estudo analisando a conformidade da legislação estrangeira com a brasileira e verificará se os postulantes preenchem os requisitos colacionados na legislação brasileira e do país de acolhida, só então poderá expedir um laudo de habilitação à adoção, que tem validade de um ano (ECA, art. 52, VI e VII).

Conforme descreve Bordallo (2018, p.430, *web*):

> Há necessidade de que o adotante estrangeiro seja representado por um organismo credenciado, que são as agências de adoção internacional, as quais, tendo por finalidade adequar as crianças aptas à adoção às pessoas nestas interessadas, existem em todo o mundo, havendo

> determinação no §1º do art. 52 do ECA (acrescido pela Lei n. 12.010/2009).

Esses organismos deverão ser credenciados na Autoridade Central Federal sendo que só podem ser cadastrados os organismos de países que ratificaram a Convenção de Haia e que já tenham cadastro no país sede e no país de acolhida (ECA, art. 52 § 2º).

Com o laudo de habilitação os pretendentes poderão formalizar o pedido perante o Juízo da Vara da Infância e da Juventude do local onde reside a criança (ECA, art. 52, VIII). A petição que dará entrada ao processo da adoção deverá preencher os requisitos do Código de Processo Civil, além dos requisitos colacionados no ECA (LIBERATI, 2009).

Depois de preenchido todos os requisitos e apresentados os documentos, o juiz em 48 horas enviará os autos ao Ministério Público para vistas no prazo de cinco dias. O órgão ministerial poderá apresentar quesitos para a equipe interprofissional responder, requerer audiência para oitiva dos postulantes, solicitar a juntada de outros documentos que entender pertinentes ao caso ou requerer outras diligências (ECA, art. 197 –B).

O juiz decidirá acerca dos requerimentos do Ministério Público. Após determinará a juntada do estudo psicossocial e se entender necessário deverá designar audiência de instrução e julgamento (ECA, art. 197 D).

Por fim, conforme o art. 197 – E do Estatuto, sendo deferida a habilitação, o requerente será inscrito no cadastro de pessoas interessadas a adotar. A convocação é realizada em ordem cronológica.

Todo esse trâmite tem como finalidade proteger as crianças e adolescentes aptos à adoção internacional além de contribuir para a cooperação entre o país de origem da criança e o país de acolhida onde reside o adotante (ROSATO, LÉPORE, CUNHA, 2017).

2.3 Estágio de Convivência

O estágio de convivência é um período que antecede a adoção. Sua finalidade é a convivência da criança no novo ambiente e com sua nova família. É nesse período que a vontade de adotar e ser adotado se concretiza (VENOSA, 2018). Está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.46.

Nas adoções internacionais o prazo estabelecido para esse estágio é de no mínimo trinta dias e no máximo quarenta e cinco, podendo ser prorrogável uma única vez, mediante decisão fundamentada do magistrado (ECA, art. 46 § 3º).

Ensinam Glagliano e Filho (2018, p.684) “esse estágio de convivência é fundamental, a fim de que seja firmada a consciência e a certeza no coração dos adotantes acerca da importância e da definitividade do ato de adoção”. Na adoção internacional, o estágio ganha maior relevância, por ser indispensável (GONÇALVES, 2018).

Após esse período, a equipe interdisciplinar deverá apresentar um laudo ao juízo, no qual constará relatório minucioso acerca da convivência e recomendará ou não o deferimento da adoção (ECA, art. 46 § 3ºA e 4º). O estágio deverá ser cumprido em território nacional, na comarca em que a criança reside, podendo o juiz estabelecer outra comarca (ECA, art. 46 § 5º).

De posse do laudo, o juiz ouvirá o Ministério Público e as partes, e sentenciará o processo (MONACO, 2002). A sentença proferida tem caráter

constitutivo e em caso de deferimento da adoção internacional, será determinada a extinção do poder familiar, se esse já não estiver declarado, cabendo dessa decisão apelação (VENOSA, 2018).

A sentença poderá autorizar a alteração do prenome do adotado e determinará a colocação do nome do adotante no registro do adotado (ECA, art. 47 § 5º). Com o trânsito em julgado da sentença de adoção internacional, será expedido alvará autorizando a viagem e será emitido o passaporte do adotado, constando todos os dados e características da criança, além do documento que atesta o trânsito em julgado da sentença que deferiu a adoção (GATELLI, 2006).

Posteriormente, por um período de dois anos, serão realizados acompanhamentos e elaborados relatórios, inicialmente trimestrais e em seguida semestrais, a fim de analisar a adaptação da criança, bem como sua saúde, além de verificar o reconhecimento da medida pelo país de acolhida (GATELLI, 2003). O procedimento é disciplinado pelo ECA com alterações realizadas pela Lei Nacional da Adoção, além de seguir as diretrizes estabelecidas na Convenção de Haia (GATELLI, 2003).

3 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA ADOÇÃO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A adoção internacional é dotada de caráter excepcional, o qual assegura que somente serão realizadas adoções por pessoas residentes em outros países após o esgotamento da possibilidade da adoção nacional, ou seja, em última medida a criança será encaminhada para um país diverso do que o seu de origem (BARROS, 2015).

O ECA na redação do artigo 31 estabelece a subsidiariedade da adoção internacional, explanando que, “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”. Assim, a adoção por residentes em outros países é uma exceção.

Ao tratar sobre o procedimento da adoção internacional o ECA no artigo 50 descreve, que, primeiro será necessário a consulta aos cadastros de habilitados nacionalmente e só após, com a negativa dessa consulta, será realizada a consulta aos cadastrados de habilitados internacionalmente. Dispõe o artigo:

> Art. 50 § 10. Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no País com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

É possível verificar dos artigos supracitados que o encaminhamento da criança à adoção por residentes em países diversos, somente será autorizado após o esgotamento da possibilidade de permanência da criança em seu país de origem.

De encontro com esse caráter, também restou estabelecido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, introduzido internacionalmente na Declaração de Direitos da Criança, além da Convenção de Haia também inseri-lo nos processos de adoções internacionais (AMIN, 2018, e LIBERATI, 2009).

Acerca do princípio, ensina Barros (2015, p. 26), “esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, os aplicadores do direito – advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz – devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente”. O superior interesse da criança deve sempre ser levado em consideração, pois orienta aqueles que se deparam com as situações ocorrentes no âmbito da infância (AMIM, 2018).

A aplicação do princípio não pode ter como base requisitos objetivos ou previamente fixados, pois no caso concreto isso não irá aferir o melhor interesse da criança, ou seja, o seu bem-estar. Dessa forma, o referido princípio conduz a uma verificação da realidade (MATOS *apud* TONIN, 2016, *web*).

No entendimento de Tarcísio José Martins Costa, juiz da infância e da juventude de Belo Horizonte, a excepcionalidade não deve dificultar as adoções. Ensina Costa (2008, p.5):

> O ‘princípio da prioridade da própria família’ ou ‘princípio da excepcionalidade da adoção internacional’ não pode ser considerado absoluto e, em seu nome, não se pode impedir ou dificultar as adoções, impondo-lhes exigências rigorosas, tanto de fundo como de forma.

No mesmo sentindo Liberati (2003, p.73), aduz que o requisito da excepcionalidade não é ao todo absoluto, devendo ser analisadas as peculiaridades do caso concreto para elucidar o seu cumprimento.

Apesar de ser forte o argumento da excepcionalidade da colocação no menor em família substituta estrangeira, o mesmo não é absoluto. Qualquer que seja a forma de colocação em família substituta, esta é excepcional, pois a ‘excepcionalidade’ estaria na medida, e não na nacionalidade do interessado.

Para o autor a excepcionalidade da adoção não deve estar ligada à nacionalidade do adotante, mas tão somente na medida em geral, o que abarcaria todas as modalidades de adoção, não tornando uma mais dificultosa que a outra. Privar uma criança ou adolescente de serem adotadas, fixando o olhar somente para a residência do adotante, poderá de alguma forma não atender ao melhor interesse das crianças acolhidas.

Nos entendimentos de Lollato e Locateli (2016, p.18, *web*) “verifica-se que não é possível aplicar indiscriminadamente a excepcionalidade da adoção internacional, sob as justificativas hodiernamente arguidas, devendo cada caso ser analisado individualmente [...]”. Dessa forma a subsidiariedade deve ser avaliada no caso concreto, pois trata-se de um requisito objetivo que não corresponde a realidade fática das crianças acolhidas no Brasil.

Sobre o assunto Monaco (2002, p. 131), traz uma reflexão:

> Assim, deve sempre se ater ao interesse superior da criança ou adolescente adotandos, de forma a privilegiar sua dignidade de pessoa humana, garantindo-lhes quer a continuidade em território nacional [...] quer o encaminhamento ao exterior se o apego e convívio com o adotante internacional assim indicarem ser a melhor das opções.

Notícia disponibilizada no site g1.globo.com demonstra que cerca de 64% das crianças acolhidas no Brasil possuem mais de 7 anos de idade, em contrapartida menos de 10% dos pretendentes nacionais habilitados aceitam a possibilidade de adotar crianças nessa faixa etária de idade. No entanto em média 83% dos pretendentes residentes em outros países estão dispostos a realizar a adoção de crianças maiores de 7 anos (REIS, 2019, *web*).

Sobre a adoção internacional entende Carvalho (2012, p.20, *web*):

> A adoção internacional é um meio jurídico de procurar dar dignidade à criança ou ao adolescente, com o encontro de uma família, por isso, não pode ser vista como uma saída negativa; ao contrário, porque um país bom para uma criança ou adolescente viver é aquele onde ele tenha uma família estruturada que lhe dê dignidade.

Dessa forma a adoção internacional pode e deve ser uma alternativa para as crianças acolhidas no Brasil (Leal *apud* Reis, 2019, *web*). É melhor ter uma família no exterior do que continuar residindo em um abrigo no seu país de origem. A adoção internacional não é apenas uma medida excepcional, mas sim por vezes a última chance para a criança conseguir um lar (COBALCHINI, 2017, *web*).

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O estudo advém de uma motivação pessoal em realizar uma compilação acerca de como a adoção internacional ocorre no Brasil. Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Chizzotti (2014, *apud* por HENRIQUES E MEDEIROS, 2017, p.105) “a complexidade, a singularidade, a imprevisibilidade e a originalidade das relações interpessoais e sociais requisitam outros métodos que não a quantificação, métodos mais relacionado com a interpretação, propriamente dita, métodos que valorizam aspectos qualitativos”. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avanço no conhecimento e interpretação da realidade. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica.

Será do tipo bibliográfico, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Para Henrique e Medeiros (2017, p.148) “há situações, como a histórica, em que não há outra forma de conhecer os fatos senão com base em informações bibliográficas”.

Ainda, a pesquisa será documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Henriques e Medeiros (2017, p.107):

> Na pesquisa documental, a fonte principal da pesquisa são documentos de outro tipo: cartas, bilhetes, relatórios, contratos, atas, biografias, arquivos públicos, arquivos privados [...], documentos oficiais, fotografias, vídeos, filmes, gravações sonoras, disquetes, DVDs etc. Nem

> sempre, porém as informações estão reunidas em lugares acessíveis, antes, encontram-se em lugares inacessíveis e dispersas.

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 conclusões, aduzindo nesse sentido Henrique e Medeiros (2017, p.36) “o método dedutivo parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão. É um método puramente formal, que se vale apenas da Lógica”. O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

5 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O princípio do melhor interesse da criança e o caráter excepcional da adoção internacional são requisitos e condições que devem ser verificados nos processos de adoções internacionais. Acerca desses dois requisitos, existe uma linha tênue entre a aplicação de um ferir o cumprimento do outro.

Apesar de a legislação ser enfática em relação à subsidiariedade da adoção internacional e estabelecer variadas condições para sua aplicabilidade, essa posição não é dominante no meio jurídico. Esse requisito não deve ser colocado em prática sem antes verificar a situação concreta, ou seja, a decisão que concede ou não a adoção internacional não deve ser embasada unicamente em requisitos pré-estabelecidos. Pois isso de alguma forma pode prejudicar a criança.

Não é possível afirmar, com base somente na residência do adotante, que o ambiente familiar será melhor ou não para a criança. É preciso verificar o caso concreto, examinando o local de residência juntamente com os outros requisitos. Essa análise é crucial para que se possa adentrar e exprimir ao máximo a nova realidade que será enfrentada pelo adotado.

É imprescindível que haja uma ponderação entre o caráter excepcional e os demais requisitos. Somente com essa avaliação poderá garantir que o melhor interesse das crianças e adolescentes prevaleça. Para tanto, é necessário que se permita que residentes no Brasil e em outros países tenham a mesma oportunidade em realizar uma adoção.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser apurado no caso concreto, não sendo possível entender que uma solução aplicada coletivamente atinja a todos da melhor forma. As características de cada ser humano são únicas, não é razoável generaliza-las.

Com toda certeza a adaptação em um país distinto daquele de origem será mais dificultosa, pois não se trata somente de um novo ambiente familiar, envolve-se questões culturais, de nacionalidade e comunicação. Essas vertentes devem ser avaliadas no deferimento de uma adoção internacional, a fim de atingir a melhor solução para a criança.

O que se discute nesse artigo não é o envio em massa de crianças e adolescentes para outros países, mas sim que em cada pedido de adoção seja analisado o melhor ambiente para eles. Crianças e adolescentes que vivenciaram o abandono e a rejeição anseiam por uma nova família, seja em seu

país de origem ou do outro lado do mundo. O que não merecem é permanecerem acolhidas.

A excepcionalidade verificada em um caso concreto, deverá ser analisada sob o prisma do melhor interesse da criança e do adolescente, no entanto, ela como requisito objetivo para pleitear a adoção torna-se temerosa e árdua para aqueles que estão à espera de um lar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa realizada, pode-se concluir que o instituto da adoção sofreu inúmeras alterações, em tempos remotos a adoção era moldada aos padrões e necessidades da época, voltada para o interesse dos adotantes. No entanto com o decorrer dos anos, é possível verificar que as modificações realizadas nessa medida tiveram como objetivo priorizar o melhor para as crianças e adolescentes.

A adoção internacional é uma dessas grandes transformações que o instituto sofreu, a fim de resguardar e regulamentar os direitos de crianças que eram levadas de seu país de origem para outros países. A adoção internacional surge então como mais uma forma de acolher crianças e adolescentes em situação de abandono.

Apesar de toda nobreza que possui a adoção, é necessário que esse ato proporcione segurança e proteção às partes envolvidas, devendo sempre estar voltado ao melhor para a criança. Por essa razão foi criado uma série de requisitos e exigências para que pessoas residentes em países diversos das crianças pudessem realizar a adoção.

Dentre esses requisitos restou estabelecida a excepcionalidade dessa modalidade de adoção, o que acabou dificultando todo processo de adoção, tornando-o mais burocrático, e por vezes quase impossível, desestimulando assim, os interessados em adotar.

É possível verificar pelos dados apontados durante o artigo, que o número de adoções internacionais realizadas no Brasil está em baixa, nos últimos 9 anos essa modalidade de adoção caiu muito no país, no ano de 2010 mais de 300 crianças foram adotadas por pretendentes residentes em outro países, enquanto no ano de 2018 apenas 67. Essa baixa em realizações de adoções internacionais é preocupante, as dificuldades de realizar o processo contribuíram para essa queda.

A adoção internacional ainda é vista com preconceito pela sociedade, porém é necessário derrubar essa visão obsoleta, já que o ordenamento jurídico evoluiu e estabeleceu diversas ações para inibir práticas contrárias ao instituto. A convivência familiar é um direito resguardado pela Constituição e a adoção internacional vem torná-la possível para aqueles que já não tinham mais esperança.

Certamente esse artigo não exauriu todo conteúdo acerca do tema, tampouco a discussão que reveste a adoção internacional. O que se almeja é que o presente estudo contribua para a melhor compreensão do instituto, atenue o preconceito e acima de tudo incentive o estudo e conhecimento dessa área.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Marcos. **Adoção na prática forense**. Ilhéus: UESC. 2001

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 3. ed. Salvado: JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Código civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Lívia Céspedes e Fabiana Dias as Rocha. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Declaração dos direitos da criança** de 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. **Eca (1990)**. Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990. Organização do texto: Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nacional da adoção**. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CARVALHO, Jeferson de Moreira. **Adoção internacional** – Brasil e Estados Unidos. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%202.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 06 jun. 2019.

COBALCHINI, Maurício Dacroce. **Adoção internacional**. Lageado, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/Desktop/TCC/Artigos/2017MauricioDacroceCobalchini%204ºok.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção internacional**: aspectos jurídicos, políticos e socioculturais. Belo Horizonte, 2008. Dísponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/tarcisio/AdocaoInter.pdf>. Acesso em 06 jun. 2019.

Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 15 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Breves considerações sobre a nova lei da adoção.** Paraná, 2009. Disponível em:>. Acesso em: 14 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIELLO, Luiza**. Número de adoções internacionais diminui 63% no país nos últimos cinco anos**. 2016. Disponível em: **<**http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82121-numero-de-adocoes-internacionais-diminui-63-no-pais-nos-ultimos-cinco-anos **>**. Acesso em 31 mai. 2019.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção internacional**: doutrina e prática. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

FURTADO, Borges Jéssica. **Adoção internacional**: Normatização e procedimentos, Niterói 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/Desktop/TCC/Artigos/Adoção%20internacional%20-%201º0k.pdf>. Acesso em: 13 novem. 2018.

GATELLI, Delciomar João. **Adoção internacional de acordo com o novo código civil.** Curitiba: Juruá Editora, 2003.

GATELLI, Delciomar João. **Adoção internacional de acordo com o novo código civil**: procedimentos legais utilizados pelos países do mercosul. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito civil**: direito de família. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito civil brasileiro:** direito da Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito civil brasileiro**: direito da Família. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229320/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 15 abr. 2019.

HENRIQUE, Antônio e MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica.** 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional doutrina e jurisprudência.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LIBERATI, Donizeti Wilson. **Manual de adoção internacional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

LOLATTO, Thais Ketlin; LOCATELI, Cinara Claudia : **A violação do princípio do melhor interesse da criança na excepcionalidade da adoção internacional**. 2016. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-Ketlin-Thais-Lolatto.pdf. > Acesso em 15 de mai. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/FranciscoDasChagasCosta/direito-civil-famlias-paulo-lobo-livro>. Acesso em: 10 de abr. 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. *In* BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601059/cfi/3!/4/4@0.00:49.2>. Acesso em: 09 de abr. 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. *In* AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da proteção integral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601059/cfi/3!/4/4@0.00:49.2>. Acesso em: 09 de abr. 2019.

MONACO, Campos de Ferraz Gustavo. **Direitos da criança e adoção internacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2002.
REIS, Thiago**. Número de adoções internacionais é o menor dos últimos 20 anos no Brasil. 2019.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/30/numero-de-adocoes-internacionais-e-o-menor-dos-ultimos-20-anos-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 26 mai. 2019

ROSSATO, Alves Luciano; LÉPORE, Eduardo Paulo; CUNHA, Sanches Rogério. **Estatuto da criança e do adolescente**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547223939/cfi/4!/4/4@0.00:0.0>0. Acesso em: 29 mai. 2019.
SENADO. **História da adoção no mundo.** 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em: 03 nove. 2018.

SORA, Edilson. **Adoção internacional estatutária**: característica legislação e processo. 2007. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30700/M%20855.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em : 01 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983970/cfi/6/2!/4/2/2@0:42.2>. Acesso em: 10 de abr. 2019.
TONIN, Gabriel Cavalheiro. **A adoção internacional e a promoção das garantias fundamentais da criança e do adolescente**. Passo Fundo: Imed, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/Desktop/TCC/Artigos/E-book_Aluno-pesquisador-IMED_2016%20pg34.pdf >. Acesso em: 11 de abr. 2019.

VENOSA Salvo Sílvio. **Direito civil**: Direito de família. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p.197.

DAS POSSIBILIDADES DA PONDERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DE SUA NÃO VINCULAÇÃO A UM MÉTODO ESPECÍFICO

Rodrigo Meyer Bornholdt[313]

Resumo: Numa colisão entre direitos, ou entre um direito e outro interesse jurídico igualmente protegido, poderá ocorrer o recurso à ponderação. Esse procedimento metódico, utilizado desde os anos 50 do século passado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, e depois por outras cortes constitucionais e por boa parte da magistratura, foi positivado no Código de Processo Civil e recebeu ácidas críticas de parte da doutrina. E isso não sem razão, afinal de contas, muitas vezes a referência à ponderação encobre um decisionismo judicial, efetivamente marcado por uma mera preferência pessoal de quem está a decidir. O presente trabalho critica a redação do dispositivo que formalmente incorporou a ponderação ao direito brasileiro, inadequado e prenhe de falhas metódicas. Defende, porém, ser ela um instrumento importante e por vezes inevitável no procedimento de resolução de um caso, além de ser uma concretização à exigência de fundamentação. Por fim, embora se entenda não haver uma metodologia específica determinada pelo CPC (o que seria passível de um juízo de inconstitucionalidade) quando a ela se recorre, o artigo propõe uma série de balizas para sua adequada utilização.

Palavras-chave: CPC. Ponderação. Decisionismo. Pós-positivismo. Liberdade metódica.

1. Da ponderação como álibi e de sua ambiguidade

Algumas duras reflexões a propósito da referência à ponderação no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) surgiram quando de sua entrada em vigor.[314]

De nossa parte, há mais de uma década denunciávamos o modo como a ponderação constituía, no Brasil, antes de um efetivo instrumental metódico, um simples argumento retórico, ensejador de um franco decisionismo judicial, resvalando para a perpetração de arbitrariedades.[315]

E que, mesmo na Alemanha, o argumento da ponderação encobria, no mais das vezes, um artifício para o decisionismo judicial. Já em outras situações, representa efetivamente um trabalho metódico que a considera como último recurso, a ser utilizado apenas após um longo proceder dogmático que buscava desvelar as particularidades de cada direito, princípio ou bem jurídico envolvido.

Apresentou-se ali também que, por consequência, o conceito de ponderação transcendia a construção teórica de um ou outro jurista específico, dentre eles, Robert Alexy. Baseando-nos na teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, com os adendos de Ulli Rühl a esse tema específico, adotamos postura bastante crítica com relação à conveniência ou necessidade de adoção do instrumental da ponderação em nosso país.[316]

---

[313] Advogado, Doutor em direito pela UFPR. E-mail: rodrigob@bh.adv.br.

[314] Cf. STRECK, Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta. Acesso em: 01/07/2019. TRINDADE, André Karam e DE MORAIS, Fausto Santos. Debate sobre a ponderação no novo CPC e os perigos do decisionismo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo. Acesso em: 01/07/2019.

[315] Cf. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

[316] Num dos livros mais recentes de sua vasta produção, Müller reforça suas críticas à ponderação, considerando-a na maioria das vezes despicienda. Nos casos em que deva ser utilizada, cabe ao operador distinguir efetivamente os elementos racionais daqueles irracionais

Contudo, vistas as coisas a partir dessa perspectiva, justificada e acrescentada pelas razões abaixo elencadas, pode ser produtiva a inserção do § 2º no art. 489 do novo CPC, que normatizou o procedimento de ponderação no direito brasileiro.[317] Para tanto, é necessário um adequado trabalho dogmático de compreensão e delimitação de sua aplicabilidade, visando a afastar determinadas pré-compreensões que cingem suas possibilidades e os cuidados para com sua exegese.

2. Da exigência de ponderações no CPC

2.1. Da gênese do dispositivo

Dispõe o art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil:

> No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão."

Esse texto sucedeu, por ter matéria assemelhada, ao decorrente de Emenda do então deputado Eduardo Cunha, que dispunha:

> Art. 472 [...]
> Parágrafo único: Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.[318]

Cabe reconhecer que a redação anterior era, conquanto também equivocada, de mais fácil compreensão que a atual. O texto exigia claramente fossem analisadas as peculiaridades do caso concreto, em vez de fazer solta referência às "premissas fáticas" ensejadoras da conclusão.

Além disso, conferia um *plus* à exigência constitucional de fundamentação das decisões, de resto contempladas na redação final do § 1º do art. 489, na medida em que: a) referia as três figuras em que o espaço para a discricionariedade judicial tende a ser maior (conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos); b) exigia uma exposição minuciosa por parte do magistrado.

2.2. Direitos e bens jurídicos não devem ser tratados como valores no procedimento metódico de resolução do caso

A redação anterior era infeliz, contudo, quando exigia fossem ponderados "os valores em questão". Ora, mesmo na Alemanha, em que o Tribunal

---

na decisão. "Abwägung": Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Müller, Friedrich; Mastronardi, Philippe (organizadores) Berlin: Duncker & Humblot, 2014. Prefácio, p. 6-7.

[317] A bem da verdade, há algumas referências à utilização da proporcionalidade e da razoabilidade no direito brasileiro. E isso frequentemente ocorrerá num procedimento de ponderação judicial.

[318] BRASÍLIA. Senado Federal. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1. Acesso em: 01/07/2019. P. 121.

Constitucional Federal equivocadamente (e muito mais num sentido retórico) (RÜHL,1998) cunhou a expressão “ordem de valores”, tal alusão foi melhor substituída pela (também insuficiente) referência a princípios.[319]

O Direito lida com direitos e outros bens jurídicos. Embora muitas dessas figuras possam ser consideradas também valores no plano político-jurídico, não devem ser tratadas como tais no momento do proceder metódico para a resolução dos casos concretos.

Nessa atividade, os valores servem “para a seleção e ordenação dos critérios materiais que comporão a estrutura do âmbito normativo.”[320] O âmbito normativo é a parcela de realidade pertinente ao caso e com ele compatível, compondo a norma juntamente com o programa normativo. A norma é o resultado desse trabalho de interpretação e de concretização (MÜLLER, 1997)[321].

As valorações, pois, informam o conteúdo de direitos e de outros bens jurídicos. Porém, com eles não se confundem. Valorações são também importantes no momento de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, acaso se chegue efetivamente a esse momento.

Com efeito, em eventual utilização do princípio da proporcionalidade, a questão pode já ser resolvida quando da análise dos subprincípios da adequação e da necessidade.[322]

Valores não devem ser confundidos com direitos e outros bens jurídicos, para fins de aplicação metódica porque, como já alertava (SCHMITT, 2010), os valores exigem um tudo ou nada quando de sua aplicação. Pretendem ser absolutos. Não admitem conciliações.

> [...] *lo específico del valor radica justamente en que este, en lugar de tener un ser, solo tiene validez. La posición de valores es por consiguiente nula si no se impone* [...] *Quien dice valor quiere hacer valer e imponer.*[323]

E, mais adiante: “Quien pone valores ya confronta con los no-valores.”[324] Considerar os direitos e outros bens jurídicos como meros valores significaria admitir a ponderação, em abstrato, de um valor contra o outro. Prevaleceria assim a mera postura subjetiva, provavelmente solipsista, do sujeito que decide. Permitir-se-ia a desconsideração de outros textos de norma e âmbitos normativos pertinentes a determinado caso concreto.

Ora, a ordem jurídica exige atenção ao elemento sistemático de interpretação, bem como à busca de concordância prática nas situações de conflito entre direitos e outros bens jurídicos.

2.3. Da inevitabilidade da ponderação

---

[319] Vide Rühl, Ulli F. Tatsachen – Interpretationen – Wertungen. Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

[320] BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, pg. 140. A base para tanto é a metódica de Friedrich Müller, explicitada, dentre outros, em *Die Positivität der Grundrechte*.

[321] MÜLLER, Friedrich. Juristische Methodik. 4a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

[322] É controverso, contudo, se a proporcionalidade em sentido estrito não seria aplicada antes dos outros dois subprincípios. A discussão, contudo, pertence ao âmbito desse artigo.

[323] SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores. Buenos Aires: Hydra, 2010, p. 131-132 e 138.

[324] Id. Ibid.

Em determinadas situações, a ponderação será inevitável. Contudo, deve-se buscar um conceito mais restrito de ponderação. A ponderação não pode substituir as necessárias etapas do processo de interpretação/concretização. Mas ela bem pode significar, numa abordagem inicial e pragmática, a partir de Ulli Rühl, simplesmente o contrário da subsunção[325], sempre que haja bens jurídicos colidentes.

Bem vistas as coisas, porém, o próprio legislador circunscreveu parcialmente o conceito, quando refere a necessidade de existência de um efetivo conflito entre normas (novamente, uma redação infeliz) para que se aplique a ponderação.

Tome-se como exemplo o caso *Soraya*, um caso de *fake news* cerca de quarenta anos antes do surgimento das redes sociais. Uma revista alemã sensacionalista, de grande circulação, inventou uma entrevista com a princesa Soraya, que se encontrava numa crise conjugal com o Xá Reza Pahlevi, do Irã.[326]

Uma entrevista inventada, porém, não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão, como definiu o Tribunal Constitucional Federal alemão. Não há, pois, nesse caso, com a devida vênia a Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais como princípios, que se ponderar a liberdade de expressão contra a proteção à intimidade.

Portanto, *um trabalho prévio de interpretação/concretização entende já inexistente o conflito*. E, se não há conflito, não deve ocorrer a ponderação. Ora, a eventual aplicação de ponderação numa *suposta* colisão entre direitos fundamentais; ou entre um bem jurídico constitucionalmente protegido e outro sem *status* constitucional, poderá ser compreendida como em contrariedade ao referido dispositivo; e a decisão poderá ser cassada pela instância superior, dada a utilização inadequada do instrumental.

Em suma, conquanto problemática, a referência do art. 489, § 2º representa, sim, um *plus* à exigência de fundamentação das decisões, visto que a concretiza. Num caso de verdadeira colisão, será preciso referir o porquê de não se proteger o outro direito ou bem jurídico em jogo.

3. Possível aproveitamento do novo dispositivo do CPC

É importante ter em mente que o instrumental da ponderação, a despeito de seus possíveis exageros e defeitos, se corretamente utilizado permite um contraponto ao arbítrio judicial (implícita ou explicitamente) aceito pelo positivismo. Criam-se assim modelos e fórmulas compatíveis com a previsibilidade necessária a todo sistema jurídico.

A referência a um procedimento de ponderação que especificamente exija do julgador justifique ele o "objeto e os critérios gerais" da ponderação, quer justamente afastar o decisionismo que tanto se tem visto por aqui.

No mesmo sentido, ao referir-se às premissas fáticas adotadas, exige-se que o/a julgador(a) não deixe de lado as circunstâncias fáticas que, ao fim e ao cabo, contribuem para a formação da norma. Essas circunstâncias são parte do âmbito normativo, conforme comentado acima. A formação da norma requer uma relação entre o texto e a parcela da realidade aos quais ele se aplica.

Não há dúvidas de que o dispositivo legal poderia ser melhor redigido. Já que pretendia legislar sobre o modo de decidir, caberia ao legislador exigir o

[325] Op. Cit. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, pg. 140.
[326] Cf. Soraya-Urteil. BVerfGE 34-269.

esgotamento do trabalho de interpretação/concretização de cada direito ou bem jurídico especificamente considerado, antes de sugerir se proceda à ponderação.

Isso não significa, contudo, que se tenha adotado uma específica metodologia ou um específico jurista como referência para a utilização do instrumental da ponderação.

Parece-nos, antes disso, que o legislador procurou reforçar as exigências constitucionalmente presentes de motivação das decisões judiciais, explicitadas no parágrafo primeiro do art. 489, mediante a referência a um instrumental que exige seja justificado o afastamento de um dos direitos ou bens jurídicos em jogo, quando da existência de uma colisão.

4. Para uma adequada ponderação

Como bem demonstram Ralph Christensen e Friedemann Vogel (CHRISTENSEN, 2014; VOGEL, 2014), em pesquisa conduzida perante a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, cada vez mais o conceito de ponderação tem servido para ressaltar o trabalho dogmático e semântico no âmbito específico de cada direito ou bem jurídico envolvido, à luz das circunstâncias apresentadas pelos casos concretos (*"lokale Ausarbeitung der Semantik", "semantische Elaboration im Einzelfall"*).[327]

Quando muito, a jurisprudência desse Tribunal Constitucional indicia que, com a utilização dessa terminologia, procura-se distinguir entre um âmbito central e um âmbito periférico de cada um dos direitos ou bens jurídicos em jogo.

Feitas essas várias ressalvas, porém, e visando a tornar operacional, de modo adequado, a exigência da ponderação, seguem algumas balizas que reputamos essenciais para a utilização desse instrumental (BORNHOLDT, 2010):[328]

> a) a ponderação não pode substituir as exigências e a etapa da interpretação;
> b) não há qualquer padrão para a ponderação numa esfera inicial, bruta, descontextualizada. É simplesmente sem sentido ponderar a propriedade e a liberdade de informação, ou a liberdade de expressão e a honra, sem uma situação concreta, pois se terá apenas "uma palavra contra a outra".
> c) Não há ponderação entre direitos com nível diverso de hierarquia, salvo a hipótese de restrição por lei, constitucionalmente autorizada, do direito fundamental.
> d) Uma perspectiva pragmática exige o estabelecimento de um conceito normativo de ponderação. Assim, a ponderação apenas surgirá:
> a) quando houver efetivamente uma colisão entre direitos ou entre direitos e outros bens jurídicos;
> b) nessa colisão, não se pondera um bem jurídico contra o outro, mas os fins por eles representados;
> c) essa finalidade só é determinável a partir dos casos concretos, pois são eles que permitem as concretas modalidades de exercício do direito;

[327] VOGEL, Friedemann; CHRISTENSEN, Ralph. Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen: von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung, p. 87 e ss, em especial p. 129. In: "Abwägung": Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Müller, Friedrich; Mastronardi, Philippe (organizadores). Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

[328] Ver Conclusões em BORNHOLDT, Rodrigo. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010.

> d) o objetivo da ponderação será estabelecer regras de precedência, que permitirão uma subsunção apenas quando o novo caso tenha semelhança com a situação precedente, caso contrário as novas circunstâncias poderão exigir uma nova ponderação.

A partir desses cuidados, espera-se sirva a exigência de ponderação para a realização de um trabalho metódico compatível com o Estado Democrático de Direito, afastando-se o decisionismo que tanto mal tem feito à jurisprudência de nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro. Joinville: Bildung, 2010.

MÜLLER, Friedrich. Juristische Methodik. 4a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

RÜHL, Ulli F. Tatsachen – Interpretationen – Wertungen. Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores. Buenos Aires: Hydra, 2010.

Soraya-Urteil. BVerfGE 34-269.

STRECK, Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta. Acesso em: 01/07/2019

TRINDADE, André Karam e DE MORAIS, Fausto Santos. Debate sobre a ponderação no novo CPC e os perigos do decisionismo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo. Acesso em: 01/07/2019.

VOGEL, Friedemann; CHRISTENSEN, Ralph. Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen: von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung, In: “Abwägung”: Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Müller, Friedrich; Mastronardi, Philippe (organizadores). Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO DIREITO BRASILEIRO: AVANÇOS E RETROCESSOS

Thalyta dos Santos[329]
Geisiane dos Santos de Oliveira[330]

Resumo: A violência obstétrica é uma espécie de violência baseada no gênero, que consiste em violações físicas, sexuais e/ou psicológicas perpetradas contra a mulher antes, durante e depois do parto. Pesquisas constatam que uma em cada quatro mulheres sofre violência obstétrica no Brasil. Diante disso, este artigo científico objetivou analisar o tratamento jurídico dado à violência obstétrica no âmbito nacional, a fim de compreender se a legislação vigente e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como os direitos fundamentais trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são suficientes para proteger a mulher grávida. O problema central desta pesquisa é: como o Estado brasileiro protege as mulheres da violência obstétrica, tanto em âmbito legislativo, como na esfera das políticas públicas? Para compreender o tema e todos os seus aspectos, fez-se uma revisão histórica acerca do momento "parto", bem como uma revisão bibliográfica sobre o assunto. Constatou-se, ao final, que ainda existem muitas ações a serem tomadas pelo Brasil no combate a essa violência, pois o que se tem até o momento são princípios anunciados, mas nenhuma proteção legislativa específica.

Palavras-Chave: Violência obstétrica. Gênero. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é um fenômeno que ocorre com mulheres em estado gravídico e que pode ser cometido por diversos profissionais da área da saúde, antes, durante e após o trabalho de parto. Tal violência é caracterizada pelo afronte aos direitos fundamentais da mulher através do tratamento desumanizado, das ofensas, da humilhação, além do abuso físico perpetrado através de práticas médicas cruéis contraindicadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Esse fenômeno ocorre desde que o parto foi institucionalizado, onde a posição de protagonismo foi retirada da mulher e transferida ao médico. No entanto, foi apenas nos últimos cinco anos que houve uma maior e mais ampla discussão acerca do assunto. Apesar disso, ainda hoje, é possível observar que boa parte da população não sabe o significado e a abrangência da violência obstétrica. Por conta dessa falta de informação, o parto ainda é chamado de "uma dor necessária".

Ocorre que, o momento do parto deveria ser um acontecimento da mais extasiante alegria para uma mulher, pois é o momento em que dará à luz a um novo ser. Entretanto, por conta dos mais diversos abusos essas mulheres saem, recorrentemente, traumatizadas da maternidade/hospital, com a sensação de aquele foi o mais doloroso momento de sua vida.

Torna-se imprescindível essa discussão, ao passo que o Brasil, mesmo possuindo uma Constituição extremamente preocupada com direitos e garantias fundamentais, não consegue garantir os direitos previstos neste documento às mulheres na condição de grávidas/parturientes.

[329] Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade CNEC Joinville - FCJ. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), área de concentração: Direito e Relações Internacionais. Pós-graduada em Direito Público Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: 0137.thalytasantos@cnec.br.
[330] Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Cnec de Joinville - FCJ. E-mail: gesantos.oliveira@hotmail.com.

Deste cenário emerge o seguinte problema: como o Estado brasileiro protege as mulheres da violência obstétrica, tanto em âmbito legislativo, como na esfera das políticas públicas? Utiliza-se fonte bibliográfica, em sede de artigos acadêmicos, livros, bem como legislações pátrias e documentos oficiais acerca do tema.

Para compreender o assunto, será feita a narrativa histórica do parto, bem como a conceituação de violência obstétrica e sua caracterização, apresentando as suas espécies. Analisar-se-á, também, os direitos fundamentais violados nesse fenômeno, bem como as Convenções ratificadas pelo Brasil que são descumpridas por essa prática. De igual forma, serão abordados os três projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional (PL 8219/17, do deputado Francisco Floriano; PL 7867/17, da deputada Jô Moraes; e 7633/14, do deputado Jean Wyllys), destacando os pontos mais relevantes desses projetos. Por fim, será apresentado o recente posicionamento do Ministério da Saúde, bem como a reprimenda exaurida do Ministério Público Federal.

1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O momento em que a mulher dá à luz pode ser considerado como o ponto mais alto do processo de geração de uma nova vida. No entanto, o meio pelo qual se escolhe passar por esse momento, recebe a influência da cultura e de seu tempo, sendo marcado por grandes mudanças ao longo dos últimos séculos (JOPPERT, 2017).

Em um breve apanhado histórico observa-se que até o século XVII, na Europa, os bebês vinham ao mundo dentro de seus lares, por meio de uma prática restrita às mulheres, auxiliadas, exclusivamente, por parteiras (SENTIDOS DO NASCER, 2015, WEB).

Conforme Osava (1997, p. 9), “os primeiros homens convocados no parto atendiam em situações especialíssimas, quase sempre dramáticas” e sua presença “significava que algo ia muito mal”.

Foi a partir do século XVIII, que as mulheres da alta sociedade inglesa passaram a ser atendidas por médicos porquanto “o pensamento iluminista levou para o nascimento os princípios da lógica e da razão: o corpo é uma máquina (defeituosa) e o médico, o seu mecânico” (SENTIDOS DO NASCER, 2015, WEB).

No Brasil, o parto fora realizado pelas parteiras até o século XIX, isto porque, a presença dos homens no parto, além de desconfortável, não era bem-vinda:

> [...] além dos médicos mostrarem-se em seus relatos absolutamente insensíveis à dor das parturientes, as mulheres pareciam também atingidas pelo tabu de mostrar seus genitais, preferindo, por razões psicológicas e humanitárias, a companhia das parteiras (DEL PRIORE, 1993, p. 263).

Os cirurgiões, predominantemente do sexo masculino, eram chamados em último caso, quando as opções da parteira se esgotavam, para que

realizassem as “temidas cirurgias mutiladoras”, a chamada embriotomia[331] (OSAVA, 1997).

Progressivamente, essa prática foi substituída pelo uso do fórceps[332], criado no século XVI e difundido no século seguinte. Esse foi o instrumento que introduziu “o conceito de parto como um ato comandado pela vontade humana” (OSAVA, 1997, p. 11).

A partir daí o cenário que envolvia o parto foi sofrendo, gradativamente, diversas alterações e, na metade do século XIX, houve a criação das maternidades em países Europeus, com a popularização da escolha pela limpeza do local, além do uso das técnicas médicas de parto, como as anestesias (MAIA, 2010).

Com essa evolução médica acerca de um fenômeno tido, inicialmente, como natural, a visão da presença do obstetra como sinal de algo não corria bem, foi alterada bruscamente.

Mônica Bara Maia resume a visão que se tinha sobre o médico obstetra no final do século XIX:

> Em suma, o evento complexo do parto e do nascimento se tornou, ao longo dos últimos séculos, um assunto médico e hospitalar, separado da vida familiar e comunitária. O parto medicalizado e hospitalar tornou-se sinônimo de modernidade, de segurança, e de ausência de dor. E, mais contemporaneamente, de espetáculo. (MAIA, 2010, p. 33)

Sendo assim, essa “concepção tecnicista alterou o modelo de assistência ao parto e os fatores emocionais e os desejos das mulheres passaram a ser negligenciados” (SENTIDOS DO NASCER, 2015, WEB).

Dessa forma, apesar de positiva em alguns aspectos, essa alteração do parto domiciliar, executado fundamentalmente pela figura da parteira, para o parto do modelo tecnocrático, aquele praticado por médicos em hospitais, teve, como um de seus efeitos, a perda do protagonismo da mulher no momento de dar à luz, passando esta posição a pertencer ao médico (MAIA, 2010).

Isso fica claro quando observadas a mudança da posição da mulher durante o trabalho de parto: ela passou a ficar deitada (litotomia), com as pernas para cima, a fim de que o médico possa ver o parto e conduzi-lo. Neste contexto surge a necessidade do uso do medicamento ocitocina para aumentar as contrações, prendendo a mulher ao leito/cama, o que a impede de andar e induzindo o uso da anestesia, que a impede de participar do parto e justifica a execução da Manobra de Kristeller[333], prática essa não recomendada pelos livros de medicina. Essa posição deitada, acaba por impedir, ainda, o relaxamento dos músculos vaginais que não se dilatam, obrigando a realização

[331] Retirada do embrião que em casos difíceis poderia exigir a perfuração do crânio. (ROHDEN, 2001, p. 63)

[332] Instrumento semelhante a uma pinça que é encaixada na cabeça do bebê para forçar a saída do feto do útero. (UFRGS, 2018, WEB)

[333] Manobra de Kristeller ou manobras derivadas dessa com o antebraço, braço, ou joelho de um profissional sobre a barriga da mulher. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 96)

da episiotomia[334]. Ao final, se nenhuma dessas intervenções dolorosas e traumáticas for eficaz, chega-se à realização da cesárea (MAIA, 2010).

Em relação à cesariana, observa-se que, antigamente, ela era permitida apenas em gestantes já falecidas e com o objetivo de retirar o feto e realizar seu batismo, tendo vigorado esta concepção por muitos séculos. Esta cirurgia começou a ser praticada como modalidade de parto apenas na metade do século passado, sendo que no Brasil, entre os anos de 1881 e 1904, foram realizadas apenas cinco cesáreas (OSAVA, 1997).

A cirurgia era pouco atraente às mulheres, uma vez que a taxa de mortalidade era altíssima. Inspirado nisso, o médico brasileiro Souza, publicou um artigo na imprensa médica, dando orientações de como convencer as mulheres a aceitarem a operação:

> Animaria a mulher por todos os meios que me fossem possíveis; lhe faria ver que por meio da operação cesareana ela poderia salvar a sua vida e a de seu filho; falar-lhe-ia dos exemplos de mães heróicas que se resignando a sofrer pelo interesse da vida de seus filhos, Deus as tinha recompensado permitindo que ambos se salvassem. Aconselharia a família e particularmente a seu marido, que lhe falassem no mesmo sentido, encorajando-a a praticar aquele grande ato de heroísmo próprio de uma verdadeira mãe. Não esqueceria de chamar em concílio os conselhos de um padre, que devia fazer ver a mulher em confissão, ou em simples conversa, as tristes consequências que sua teima poderia ter a respeito de seu inocente filho, que iria morrer sem a graça do batismo. Com esses meios seria muito difícil que uma mãe digna desse nome não se resignasse a sofrer a operação (SOUZA, 1922 *apud* OSAVA, 1997, p. 15).

Depreende-se do acima exposto que, para que o parto por meio de cirurgia cesariana fosse aceito pelas mulheres e sua família, os médicos se utilizavam da religião para convencê-las e, basicamente, as aterrorizavam pelo medo de perder seu bebê. Os médicos manipulavam as mulheres, fazendo-as crer que qualquer mulher grávida arriscaria sua vida numa cirurgia com grandes chances de morte, tanto da parturiente, quanto do feto. A cesárea era sinônimo de sofrimento, como percebido nos argumentos de Souza. Naquela época, a cesárea era exceção e não a regra.

No entanto, após a modernização dessa prática e sua disseminação, o Brasil vem sendo um dos campeões mundiais desse procedimento, isso porque a configuração centrada na atenção hospitalar e curativa faz com que o modelo tecnocrático, abordado acima, seja legitimado, dificultando, por exemplo, a implementação das políticas de humanização do parto (MAIA, 2010).

Compreendendo-se como a história do pato foi modificado com o passar dos séculos, insta conceituar o termo violência obstétrica para compreender sua incidência.

---

[334] Corte cirúrgico no períneo para aumentar a abertura deste para a expulsão do bebê. (JOPPERT, 2017, p. 12)

A cartilha elaborada pela rede Parto do Princípio e pelo Fórum das Mulheres do Espírito Santo (FMES), define a violência obstétrica como:

> **[...] a violência cometida contra a mulher grávida e sua família em serviços de saúde durante a assistência ao pré-natal, parto, pós-parto, cesárea e abortamento. Pode ser verbal, física, psicológica ou mesmo sexual e se expressa de diversas maneiras explícitas ou veladas. Como outras formas de violência contra a mulher, a violência obstétrica é fortemente condicionada por preconceitos de gênero** (PARTO DO PRINCÍPIO e FMES, 2014, p.11, WEB).

Violência, por si só, encontra conceito na filósofa Marilena Chauí, traduzindo-se como uma ação que converte diferenças em desigualdades hierárquicas como o intuito de dominar, explorar e oprimir. Nessa relação de violência o ser dominado é tratado como objeto e não como sujeito, sendo silenciado e se tornando dependente e passivo. Assim, o ser dominado perde sua autonomia, sua liberdade, entendida aqui como "capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir" (CHAUÍ,1985, p. 36).

Por este ponto de vista, pode-se concluir que há violência quando ocorre a transformação de uma diferença e de uma assimetria em uma relação hierárquica de desigualdade com fins de dominação e opressão. Ou seja, ocorre a conversão dos diferentes em desiguais e tal desigualdade em relação entre superior e inferior, substituindo o sujeito por uma coisa. Violência é, ainda, caracterizada pela inércia, pela passividade e pelo silêncio, momento em que a atividade e a fala de outrem são impedidas ou anuladas.

Nesse contexto, a violência obstétrica é sentida majoritariamente pelas mulheres, pois são elas quem gestam uma nova vida em seu ventre. Essa modalidade de violência pode ser classificada como violência contra a mulher que, conforme o art. 1º da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, é caracterizada como:

> [...] todo ato de violência baseado no gênero que resulte ou possa resultar em dano físico, sexual ou psicológico, ou sofrimento da mulher, incluindo a ameaça de cometer esses atos, a coerção e a privação arbitrária de liberdade seja na vida pública ou na privada. (ONU, 1993, WEB)

Assim, pode-se considerar que há violência quando ocorre a humilhação da mulher, ora paciente, por conta de suas particularidades de gênero, etnia e grupo social, bem como o desdenho de sua subjetividade. Dessa forma, a mulher passa a ser tratada como um objeto, onde seu corpo e sua saúde reprodutiva ficam à mercê de tratamentos realizados pelos profissionais de saúde sem o seu consentimento e sem que seja informada sobre o que está acontecendo e isso, normalmente, acarreta na exposição da mulher a sofrimentos inconvenientes e dispensáveis. (AGUIAR, 2010)

Adicionalmente, gênero pode ser compreendido como:

> [...] a organização social da diferença sexual. Mas isso não significa que o gênero reflita ou produza diferenças físicas fixas e naturais entre mulheres e homens; mais propriamente, o gênero é o conhecimento que estabelece significados para diferenças corporais. [...] Não podemos ver as diferenças sexuais a não ser como uma função de nosso conhecimento sobre o corpo, e esse conhecimento não é puro, não pode ser isolado de sua implicação num amplo espectro de contextos discursivos (SCOTT, 1995, p. 7).

Assim, enquanto sexo apontaria uma diferença gravada no corpo, gênero indicaria uma condição social, material e simbólica. A autora parte de duas proposições interligadas para discorrer sobre gênero, em que este seria um elemento típico de relações sociais baseado nas diferenças constatadas entre os sexos, e, ainda, uma forma primária de revelar as relações de poder (SCOTT, 1995).

Assim sendo, a violência obstétrica pode ser compreendida como uma violência de gênero, isso porque entende-se que este termo “é usado para salientar que grande parte da violência contra a mulher tem raízes na inequidade de gênero e contribui para perpetuar a posição subordinada da mulher na sociedade a nível legal, social e econômico” (OPAS, WEB).

O gênero, conceituado acima, deve ser percebido como elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças entre os sexos e como componente primordial das relações de poder. O conceito de poder também é norteador para análise deste fenômeno, uma vez que a violência obstétrica se dá no seio das relações desiguais (SERRA e SILVA, 2017).

Foucault (1995) assevera ser clarividente que a profissão médica exerce um poder sem controle sobre os corpos das pessoas, sua saúde, vida e morte. Esse poder médico se baseia na autoridade cultural e moral que profissão médica exerce na sociedade.

Logo, a fala daquele que determina a sociedade é sempre a fala de quem detém o saber:

> **Na posição de doutores de um saber, sobre um outro que é objeto, médicos destronam a posição terapêutica para ocupar um lugar que nos ensina como devemos viver. Aqui, constata-se de maneira inteligível, o quanto o saber médico se articula ao poder disciplinar e normalizador. A ordem médica, assim compreendida articulada à microfísica do saber e poder, com seu olhar focado na doença e não na pessoa do doente, implica uma recusa e desqualificação da subjetividade e singularidade de cada fato clínico. (TAVIRA, 2014, WEB)**

Portanto, pode-se concluir que os médicos, por todo o contexto histórico que os envolve, são os detentores do conhecimento acerca do corpo e, em consequência disso, acabam por ser os detentores do poder, investidos e

legitimados pela própria sociedade que, muitas vezes, não questiona suas condutas.

No entanto, quem sofre com esse poder desenfreado solidificado pela história são as mulheres, vítimas da violência obstétrica.

No Brasil, segundo Venturi *et al*. (2010), a pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e SESC concluiu que 25% das mulheres já sofreu alguma violência durante o atendimento ao parto.

Ante a essa porcentagem altíssima, percebe-se o quão grave é essa violência e o quão presente ela se faz nos hospitais brasileiros.

O dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito** (CPMI) da Violência Contra as Mulheres apresentou, com base nos relatos de sua pesquisa, uma **tipificação própria para a abordagem das modalidades de violência obstétrica no Brasil que pudesse abarcar o máximo de situações desrespeitosas e degradantes que cotidianamente ocorrem nas maternidades e hospitais.**

A pesquisa enumerou seis tipos de violência obstétrica, quais sejam: violência obstétrica física, violência obstétrica psicológica, violência obstétrica sexual, violência obstétrica institucional, violência obstétrica material e, por fim, violência obstétrica midiática, ressaltando-se que "podem, em um mesmo fato, mesclarem-se os caráteres de violência obstétrica" (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60, WEB).

A violência obstétrica física é a mais recorrente de todas as espécies. Esta consiste em "ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas". (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60, WEB), que tem como exemplos mais comuns a tricotomia (raspagem de pelos) e a manobra de Kristeller.

Esta última, recorda-se, é realizada com uma pessoa subindo em cima da barriga da mulher, ou espremendo seu ventre com o peso do corpo sobre as mãos, o braço, antebraço ou joelho (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, WEB).

Conforme Briquet (1970) *apud* Aguiar (2010, p. 63), essa manobra foi abandonada "por ter graves consequências inerentes, como trauma das vísceras abdominais, do útero e deslocamento de placenta".

No entanto, conforme pesquisa realizada também por Aguiar (2010, p. 66), constatou-se que das dezenove mulheres grávidas entrevistadas, treze tiveram parto normal e destas, "em sete houve relatos que sugerem o uso de episiotomia, em cinco a manobra de Kristeller e em dois o uso de fórceps".

Percebe-se assim, que os médicos não aceitam a restrição da utilização dessas práticas, colocando a mulher e o neonato em risco de vida e de várias sequelas.

Já a violência obstétrica psicológica define-se como:

> [...] toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60, WEB).

São frases como “Cala a boca e faz força direito! Você quer matar o seu filho?” ou **“Na hora de fazer tava bom, né?”, retiradas da** cartilha da rede Parto do Princípio e o Fórum das Mulheres do Espírito Santo, relatadas pelas mulheres entrevistadas (PARTO DO PRINCÍPIO e FMES, 2014, p.9, WEB).

Importante, ainda, ressaltar a violência obstétrica sexual. Ela traduz-se por “toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo” (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60, WEB).

Uma das práticas mais comuns dessa espécie de violência obstétrica é a episiotomia, que consiste em “um procedimento cirúrgico realizado pelos médicos para aumentar a abertura do canal vaginal com uma incisão realizada na vulva, cortando a entrada da vagina com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia” (SERRA e SILVA, 2017, p. 2444).

A pesquisa “Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento” (ENSP e FIOCRUZ, 2014, WEB) calcula que a episiotomia seja realizada em 53,5% dos partos via vaginal no Brasil, quando a recomendação da OMS é que seja realizada em apenas 10% deles. Trata-se de prática que viola totalmente o corpo da mulher, assim como seus direitos reprodutivos.

Diniz (2003) *apud* Serra e Silva (2017, p. 2445) adiciona que “[...] na fala dos profissionais, repete-se constantemente a crença de que sem uma sutura adicional conhecida como “ponto do marido”, o parceiro se desinteressaria sexualmente pela mulher.

A literatura indica que muitas mulheres preferem a realização de uma cesárea para prevenir o estrago de suas genitálias ante a probabilidade altíssima dos médicos utilizarem a episiotomia em seu parto natural (DINIZ e CHACHAM, 2006 *apud* AGUIAR, 2010).

Ocorre, ainda, a violência obstétrica institucional, que é quando o acesso da mulher aos seus direitos constituídos é impedido, retardado ou dificultado por ação ou formas de organização, públicas ou privadas (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

Nessa espécie, se tem caracterizada como violência a não observância dos direitos garantidos às mulheres na condição de gestantes, parturientes e puérperas.

Outra espécie de violência obstétrica pouco conhecida é a material. Esta pode ser tipificada como “**ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica”.** (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 61). Como exemplo, cita-se o incentivo dado à mulher e sua família para a contratação de plano de saúde privado, alegando que apenas neste existe a possibilidade de acompanhante durante o parto.

Por fim, de suma importância destacar a violência obstétrica midiática. Nesta modalidade, os profissionais agem pelos meios de comunicação a fim de que as mulheres em processos reprodutivos sejam violadas psicologicamente, assim como seus direitos sejam denegridos através de mensagens, imagens ou outros sinais veiculados de forma pública, além da defesa de práticas cientificamente contraindicadas com escopo social, econômico ou de controle. Têm-se como exemplo dessa espécie **a “apologia à cirurgia cesariana por motivos vulgarizados e sem indicação científica, ridicularização do parto**

normal, merchandising de fórmulas de substituição em detrimento ao aleitamento materno, incentivo ao desmame precoce" (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

Conclui-se, portanto, que a violência obstétrica abrange inúmeras práticas que, muitas mulheres e profissionais de saúde acreditam ser "normais" do cotidiano, fazendo com que os partos sejam experiências dolorosas e traumáticas na vida das parturientes e, em alguns casos, dos neonatos.

2. PROTEÇÃO JURÍDICA DA PARTURIENTE

A mulher é um sujeito de direitos, status este que não se altera quando ela engravida. A parturiente tem garantida na Carta Magna do Brasil: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; o princípio da igualdade (art. 5º, I, CRFB/88) que a protege de todas as formas de discriminação; e ainda a proteção à vida, à integridade e à saúde (tanto em relação ao acesso, quanto à segurança). Este último se relaciona, intimamente, com os direitos sexuais e reprodutivos que vêm, cada vez mais, ganhando força dentro do ordenamento jurídico.

Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III), o constituinte acabou por "reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal" (SARLET, 2011, p. 78).

Justamente por conta disso, Paulo Bonavides (2003, p. 233) consignou que "nenhum outro princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição".

Barcellos (2018, p. 157), define o princípio como sendo a "ideia que reconhece aos seres humanos um *status* diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica".

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado basilar para todo o ordenamento jurídico brasileiro e, consequentemente, fundamento para a construção do conceito de igualdade e o real motivo para a existência da proteção à saúde, integridade e privacidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil no *caput* do art. 5º, dispõe sobre o princípio constitucional da igualdade perante a lei, *in verbis:*

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988, WEB).

Deve-se compreender que a referência ao princípio da igualdade, não necessariamente se limita apenas ao seu sentido formal, isso porque, mesmo que em várias ocasiões e sentidos haja a necessidade de que o tratamento para homens e mulheres seja idêntico, a igualdade também pode compreender o tratamento diferenciado entre os mesmos homens e mulheres, seja por razões biológicas, seja por motivos históricos (FACIO, 2011).

No mesmo sentido, Flávia Piovesan (2018, p. 434) declara que “determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica, diferenciada”.

Logo, resta claro que a mulher, como sujeito de direitos e porque, sobretudo, é detentora de particularidades inerentes a sua condição de ser mulher, devem ser tratadas de forma desigual, observada sua desigualdade.

Nesse sentido, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial (PIOVESAN, 2018, p. 434).

De acordo com Grazielly Alessandra Baggenstoss, “a importância de se retirar, constantemente, a igualdade entre homens e mulheres não é desnecessária, em virtude de nossa conjuntura jurídica, social, cultural e histórica” (BAGGENSTOSS, 2017, p. 34), sendo a Constituição o meio pelo qual se pretende reconhecer a mulher em sua condição de sujeito titular de direitos.

Portanto, compreende-se que o tratamento igualitário previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal e, em seguida, no inciso I do mesmo artigo, pressupõe que o sexo não possa ser utilizado como discriminação com o propósito de desnivelar substancialmente homens e mulheres, mas pode e deve ser utilizado com a finalidade de atenuar os desníveis social, político, econômico, cultural e jurídico existentes entre eles.

É protegida, ainda, a integridade prevista no inciso III do art. 5º da Constituição o qual estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988, WEB), do que se extrai o direito à integridade física, psíquica e moral.

Sobre o direito à integridade física, José Afonso da Silva (2014, p. 201) afirma que:

> Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e 47 revela um direito fundamental do indivíduo. [...] Agora a Constituição vai mais longe: além de garantir o respeito à integridade física e moral, declara que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano, ou degradante (art. 5º, III).

O autor ainda tece comentários relevantes acerca da integridade moral, ressaltando que esta além de um direito, constitui a identidade da pessoa:

> A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana com dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição

> animal de pequena significação. Daí porque o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental (SILVA, 2014, p. 203).

No contexto da violência obstétrica, garantir a integridade das mulheres vai de encontro a completa proteção da grávida durante todas as fases do estado gravídico.

A Constituição de 1988 consagrou, ainda, o direito à saúde como um direito fundamental, de forma inédita no Brasil, conferindo a este, *status* de direito social e coletivo.

O artigo 196 da CFRB dispõe:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, WEB).

Ressalta-se que o conceito de saúde deve ser compreendido conforme o delineado em 1947 pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2006, WEB) que a definiu como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade".

A partir dessa compreensão de “saúde” como algo mais abrangente e compreendendo que o direito à saúde é a forma de exercer inúmeros direitos individuais, foram desenvolvidos conceitos de saúde específicos e, dentre eles, a saúde da mulher.

Dentro deste âmbito da saúde da mulher, inclui-se a saúde reprodutiva, adotada pela OMS em 1988, sendo que esta concepção objetivava:

> [...] ampliar a grade de análise, no sentido de incorporar as dimensões sociais da reprodução e desenhar políticas que não estivessem restritas ao planejamento familiar, mas pudessem responder a outras necessidades como o pré-natal, parto, puerpério, aborto, doenças ginecológicas e câncer cervical. (ALVES; CORRÊA; JANNUZZI, 2006, p.43)

Portanto, resta claro que o direito à saúde, na sua configuração extensiva, compreende a proteção da mulher, inclusive e principalmente quando em estado puerperal, em que ela deve ser protegida de qualquer violação que tenha relação com a saúde da sua sexualidade e reprodução.

Importante destacar que o termo “saúde da mulher” foi substituído pela expressão “direitos sexuais e reprodutivos”, no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã, na Holanda, em 1984. Essa expressão diz respeito aos direitos concernentes à prática da reprodução e expressam a autonomia reprodutiva da mulher (MATTAR, 2013).

Notório, ainda, que “as questões relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos fazem parte da temática mais ampla dos direitos humanos e reportam às questões da cidadania moderna” (ALVES; CORRÊA; JANUZZI,

2006, p. 29-30). Sendo assim, os direitos reprodutivos e sexuais são, claramente, direitos humanos.

Foi na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento no Cairo, em 1994, que houve o reconhecimento jurídico mais importante desses direitos, e a referida definição foi confirmada, posteriormente, na Declaração e Plataforma de Ação IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, no ano de 1995, nos parágrafos 94, 95 e 96 desse documento (MATTAR, 2013).

Destaca-se o parágrafo 96, *in verbis*:

> §96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências (ONU, 1995, WEB, p. 179).

As duas Declarações supramencionadas foram ratificadas pelo Brasil com status de *soft law*, ou seja, elas não possuem caráter jurídico vinculante, representando apenas o compromisso do Estado de discutir os direitos ali reconhecidos e a esperança de que o País respeite, proteja e implemente os direitos previstos nesses documentos (MATTAR, 2013).

Flávia Piovesan (2018, p. 479) também aborda esse tema, delineando a abrangência desses direitos afirmando que “Este conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde.

Dessa forma, a mulher tem o direito à saúde, de forma plena e abrangente, sendo necessário que o Estado observe as peculiaridades que a saúde sexual e reprodutiva feminina engloba.

Observa-se que:

> A importância dos serviços de saúde reprodutiva oferecidos deve-se, entre outras razões, ao impacto direto que têm no direito à vida das mulheres: são milhares de vidas perdidas por causas evitáveis devido à má qualidade dos serviços prestados, que contam com a tolerância e/ou negligência do Estado brasileiro (MATTAR, 2013, p. 63).

Assim, clara a relação entre o pleno exercício do direito à saúde, mais especificamente a saúde sexual e reprodutiva, e a proteção da mulher contra atos de violência obstétrica.

Ainda na conjuntura da proteção da mulher, destaca-se que no plano internacional o Brasil ratificou duas importantes Convenções, quais sejam, Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 1994 e, no ano seguinte, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará).

A CEDAW surge como relevante documento em que os Estados-partes se obrigam internacionalmente no compromisso de, “progressivamente, eliminar todas as formas de discriminação, no que tange ao gênero, assegurando a efetiva igualdade entre eles”, consagrando, ainda, “[...] a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação contra as mulheres, a fim de que se garanta o pleno exercício de seus direitos civis e políticos, como também de seus direitos sociais, econômicos e culturais” (PIOVESAN, 2018, p. 435).

A referida Convenção reafirma as mulheres como sujeitos de direito, assim como os homens, com o acréscimo das atribuições e necessidades derivadas da distinção biológica entre eles, as quais devem ser acolhidas e adaptadas.

Destaca-se, também, a Convenção Belém do Pará no âmbito dos Estados americanos, que é outro documento de extrema relevância na luta pela proteção internacional dos direitos das mulheres e:

> *[...] é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres (PIOVESAN, 2018, p. 441).*

Adicionalmente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou recentemente, **em seis idiomas, uma declaração** na qual, apesar de não utilizar, em nenhum momento, a expressão “violência obstétrica”, discorre sobre os maus-tratos vividos pelas mulheres em função do estado puerperal.

O documento, intitulado “Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde” (OMS, 2014, WEB) **reconhece a ocorrência de violência contra as mulheres no momento do parto em instituições de saúde de todo o mundo, convocando as nações para combatê-la. Além disso, a OMS aponta que essa violência contra a mulher deve ser entendida como problema de saúde pública e como problema da área dos direitos humanos. Destaca, ainda, a incidência dessa violência durante o parto, por representar, nesse momento, um período de maior vulnerabilidade da mulher. Dessa forma, a OMS, apesar de não definir propriamente a violência obstétrica, acaba por abrange-la no conteúdo do documento.**

Nesta mesma manifestação, a OMS exige a implementação de políticas e promoção à assistência obstétrica humanizada, além da adoção de medidas governamentais no sentido de abolir o desrespeito e abuso contra as mulheres durante o parto. *In verbis:*

> **Todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, assim como o direito de estar livre da violência e discriminação. Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios**

> **de direitos humanos adotados internacionalmente. Em especial, as mulheres grávidas têm o direito de serem iguais em dignidade, de serem livres para procurar, receber e dar informações, de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde física e mental, incluindo a saúde sexual e reprodutiva. (OMS, 2014, p. 1-2, WEB).**

Ora, nessa perspectiva dos direitos fundamentais e, também, dos direitos humanos, pode-se verificar que existem diversos bens jurídicos tutelados. Consequentemente, ao praticar a violência obstétrica os agentes violentadores infringem todos eles havendo ainda, infelizmente, carência de leis que protejam a mulher grávida.

3. AVANÇOS E RETROCESSOS NO BRASIL

Conforme pode perceber-se no estudo feito no item anterior, o Brasil, em sua Constituição de 1988 reconheceu e garantiu diversos direitos, fundamentando sua normativa jurídica no princípio da dignidade da pessoa humana, prezando pela igualdade de todos e protegendo a saúde e a integridade dos sujeitos de direito.

Com a ratificação dos Programas de Cairo e Pequim, o Estado ainda avançou na questão dos direitos reprodutivos e sexuais. Nesse sentido, cabe relembrar, que em 1984, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e, no ano seguinte, ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará).

Entretanto, apesar dos altos índices de incidência de violência obstétrica no Brasil, internamente o Poder Legislativo Federal mantém-se inerte em relação a aprovação de legislação referente especificamente a essa violação.

Em um primeiro momento, faz-se mister reconhecer as leis existentes que já protegem a mulher grávida, como a Lei 11.634/2007, que "dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde" (BRASIL, 2007, WEB) e a Lei 11.108/2005 que garante "às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS". (BRASIL, 2005, WEB). Nenhuma delas, como se percebe, com foco específico na violência obstétrica.

Até o presente momento[335], na Câmara dos Deputados, existem três projetos de lei em tramitação (PL 8219/17, de autoria do deputado Francisco Floriano; PL 7867/17, de autoria da deputada Jô Moraes; e 7633/14, de autoria do deputado Jean Wyllys). Esses projetos tipificam as ações que caracterizam a violência obstétrica e dispõem sobre as diretrizes e os princípios inerentes aos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto e puerpério e a erradicação da violência obstétrica.

Inclusive, o citado projeto do deputado Francisco Floriano (PL 8219/17), tem previsão de pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para quem praticar violência obstétrica e, pena de detenção, de um a dois anos, e multa, para utilização da episiotomia imotivada.

[335] Dados atualizados até 30/06/2019.

Ora, faz-se mister a aprovação desses projetos, haja vista que eles permitirão a efetiva prevenção e punição deste tipo de violência.

Em âmbito estadual, destaca-se que o Estado de Santa Catarina editou, em 17 de julho de 2017, a Lei nº 17.097, visando a "implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica". (ALESC, 2017, WEB). Na mesma direção, o Estado do Paraná promulgou a Lei nº 19.701 de 20 de novembro de 2018, *dispondo sobre violência obstétrica e os direitos das gestantes. (ALEPR, 2018, WEB). Apesar desse avanço em nível estadual, importante asseverar que, nenhuma das duas leis estaduais faz referência a algum tipo de penalidade para a prática dessas condutas violadoras.*

É possível notar, portanto, que a nível federal o Brasil ainda peca na garantia plena dos direitos da mulher grávida, bem como sua proteção contra a violência obstétrica.

*Nessa conjuntura, Serra e Silva s*alientam que:

> [...] a ausência de legislação específica não impede que os aplicadores do Direito possam punir a prática, uma vez que resta caracterizada a violação de princípios e direitos basilares do Estado Democrático de Direito, podendo haver a aplicação da responsabilidade civil da equipe hospitalar e do Estado (art. 927 e seguintes do CC/02) ou ainda aplicação da lei penal em caso de constrangimento ilegal (art. 146, CP), lesão corporal (art. 129, CP) ou homicídio (art. 121, CP).(SERRA e SILVA, 2017, p. 2451).

Ainda assim, sabe-se que a proteção da mulher contra a violência obstétrica só alcançará segurança jurídica quando da edição e promulgação de lei federal específica sobre o tema, determinado as condutas ilícitas e as respectivas penalidades aos infratores.

Apesar dos esforços narrados até então - os projetos de lei em âmbito federal e as leis estaduais do Paraná e de Santa Catarina que reforçam a importância do tema - em total dissonância com o praticado até o momento pelo Estado Brasileiro e pelos movimentos pela luta dos direitos da mulher e, ainda, pelas entidades internacionais, o Ministério da Saúde (MS) emitiu um despacho em 03/05/2019, em que se informou que "o posicionamento oficial do Ministério da Saúde é que o termo "violência obstétrica" tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no *continuum* gestação-parto-puerpério". Acrescentou o despacho que "estratégias têm sido fortalecidas para a abolição do seu uso com foco na ética e na produção de cuidados em saúde qualificada" (MS, 2019a, WEB).

Ocorre que, como amplamente debatido no presente estudo, o termo "violência obstétrica", em sentido amplo, abarca todas as violações aos direitos fundamentais das mulheres, desde o atendimento obstétrico até o puerpério e que, com muito esforço, vem sendo disseminado na tentativa de diminuir as ocorrências desse fenômeno.

De forma imediata, o Ministério Público Federal (MPF), em resposta ao já mencionado despacho do Ministério da Saúde, expediu a recomendação 29/19, mencionando que o órgão instaurou inquérito civil em São Paulo (1.34.001.007752/2013-81), com a intenção de colher denúncias apresentadas por mulheres durante o atendimento obstétrico, praticadas por

profissionais da saúde, tanto da esfera pública como privada. Ainda, o MPF informou que neste inquérito constatou-se que vários agentes de saúde agiram deliberadamente contra as recomendações da OMS, que mulheres são encaminhadas para cesarianas desnecessárias, e que o despacho proferido acaba por negar a existência das violações sofridas pelas mulheres vítimas no Brasil e no mundo. (MPF, 2019, WEB).

Ao final, a recomendação do MPF foi para que o Ministério da Saúde, através de nota, esclarecesse que o termo “violência obstétrica”:

> é expressão já consagrada em documentos científicos, legais e usualmente empregada pela sociedade civil, sendo o uso da expressão livremente facultado independentemente de eventual preferência do Ministério da Saúde em utilizar expressões alternativas em suas ações especiais (MPF, 2019, WEB).(grifos nossos).

Acrescentou, também, o MPF, que o referido Ministério se abstivesse de praticar qualquer ação voltada à abolição da expressão "violência obstétrica" e, ao invés disso, empregasse ações positivas, como indicado pela OMS em 2014 e, ainda, listou as ações a serem tomadas na recomendação (MPF, 2019, WEB).

De forma conflituosa, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH, órgão colegiado que compõe o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, aprovou por unanimidade a Recomendação nº 5 direcionada ao Ministério da Saúde, que foi publicada no Diário Oficial da União, em que orientou o Ministro que desconsiderasse o referido “despacho SEI/MS - 9087621, por representar um retrocesso nas políticas públicas de saúde da mulher e saúde materna” (CNDH, 2019, WEB).

Ora, os próprios órgãos do Governo Federal se contradizem em suas opiniões e posições públicas, tratando com displicência um assunto tão delicado como é a violência obstétrica, o que somente atrasa qualquer solução eficaz na proteção das vítimas.

Após a recomendação do Ministério Público Federal, o Ministério da Saúde através do Ofício Nº 296/2019/COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS, a*pesar de não mencionar o termo “violência obstétrica” de maneira expressa,* reconheceu:

> [...] o direito legítimo das mulheres em usar o termo que melhor represente suas experiências vivenciadas em situações de atenção ao parto e nascimento que configurem maus tratos, desrespeito, abusos e uso de práticas não baseadas em evidências científicas, assim como demonstrado nos estudos científicos e produções acadêmicas que versam sobre o tema (MS, 2019b, WEB).

Ante o exposto, percebe-se que, ao passo que o Brasil avança em determinados setores na implementação de políticas públicas e conscientização relacionados à violência obstétrica, ele retrocede quando o Ministério da Saúde emite pareceres dessa natureza, que somente contribuem

para o não reconhecimento da existência deste tipo de violação e da necessidade de proteção das mulheres.

A aprovação de lei específica sobre o tema no Congresso Nacional será um passo importante para que as mulheres, sobretudo, saibam que estão amparadas e que estão protegidas, indo de encontro à proteção e prevenção de tal violência. Araujo (2013, p. 31) reforça tal contexto ao afirmar que "é preciso vontade do Estado, que se revela por campanhas sérias e persistentes, educando, evidenciando os valores democráticos e punindo (e, nesse caso, a lei colabora) aqueles que descumprirem os valores constitucionais."

Por fim, entende-se ser necessário fazer valer todo o rol de direitos expostos até aqui, para que então se possa falar em proteção da mulher frente aos variados tipos de violência obstétrica que podem ser perpetradas contra ela.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo vislumbrou-se que, o termo violência obstétrica, apesar de amplamente debatido, não possui um conceito definido no ordenamento jurídico brasileiro, pois não existem leis federais acerca do assunto. Essa omissão legislativa evidencia o descaso com que esse fenômeno é tratado no Brasil, mesmo com tantos direitos fundamentais violados. O Estado permanece inerte frente à violência obstétrica e, ainda, emite posicionamentos através de seus órgãos oficiais que menosprezam a luta pela proteção da mulher.

Verificou-se que a perpetração da violência obstétrica tem íntima relação com os conceitos de violência lato sensu, gênero e poder, sendo perceptível que na relação paciente-médico, o médico é quem detém o poder, pois detém o conhecimento. Já em relação a mulher, foi lhe retirado o protagonismo de sua própria cena, sendo negligenciadas suas vontades e preferências.

Constatou-se, ainda, que todas as vezes que ocorre violência obstétrica, inúmeros direitos são violados, inclusive, em âmbito internacional, deixando a mulher à mercê da vontade de seus agentes violentadores.

Foi possível verificar ainda que, mesmo que os projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional sejam aprovados, faz-se mister punir os agentes que praticam essa violência, pois não surtirá efeito ter uma lei que anuncie a violência, mas não proteja a mulher de ser vítima. Necessário, também, a divulgação das leis já existentes e dos direitos que toda mulher possui para que, no momento da violência, o agente seja inibido.

Infere-se, por fim, que a violência obstétrica precisa de publicidade dentro do Estado brasileiro, atrelada a promoção de políticas públicas que visem impedir que sua ocorrência. As mulheres parturientes precisam de proteção, informação e atenção do Estado, pois elas são sujeitos de direito dotadas de particularidades específicas relacionadas a gravidez, parto e puerpério.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Janaína Marques de. **Violência institucional em maternidades públicas:** hostilidade ao invés de colhimento como uma questão de gênero. Tese de doutorado. 204p. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2010.

ALESC. **Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017.** Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em: Jun/2019.

ALEPR. **Lei nº 19.701, de 20 de novembro de 2018**. Disponível em: http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=51636&tplei=0&tipo=L. Acesso em: Jun/2019.

ALVES, J. E. D., CORREA, S., JANNUZZI, P. M. **Direitos e Saúde Sexual e reprodutiva:** marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In: CAVENAGHI, S. Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Princípios constitucionais, efetividade e a proteção da mulher**. In: FERRAZ, C. V.; *et al*. Manual dos Direitos da Mulher. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Os Direitos Humanos na Perspectiva de Gênero:** o Mínimo Existencial para a Garantia da Dignidade das Mulheres. In: BAGGENSTOSS, G. A. Direito das Mulheres. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: Jun/2019.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: Jun/2019.

BRASIL. **Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007.** Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm. Acesso em jun/2019.

CHAUÍ, Marilena**. Participando do Debate sobre Mulher e Violência.** In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (org.). Perspectivas Antropológicas da Mulher 4. São Paulo: Zahar Editores, 1985.

CNDH. **Recomendação nº 5, de 9 de maio de 2019.** Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-n-5-de-9-de-maio-de-2019-149878165. Acesso em Jun/2019.

DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo:** condição feminina e mentalidades no Brasil Colônia. 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SERGIO AROUCA (ENSP) e FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (Fiocruz). **Nascer no Brasil:** Inquérito Nacional Sobre Parto e Nascimento. 2014. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/principais-resultados2/. Acesso em: Maio/2019.

FACIO, Alda. **Igualdad y/o Equidad.** Nota para la igualdad n. 1. Politicas que transforman: una agenda de género para América Latina y el Caribe, 2011. Disponível em: http://americalatinagenera.org/newsite/index.php/es/centro-de-recursos?title=Notas+para+la+Igualdad&search=enviado&keyword=&autor=&pais=&anio=&open=cri1383 Acesso em: Jun/2019.

FOUCAULT, Michel. Uma trajetória filosófica: **para além do estruturalismo e da hermenêutica. In: Rabinow P, Dreyfus HL, Foucault M. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995**

JOPPERT, Deisy Maria Rodrigues. **Violência obstétrica sob o enfoque da autonomia.** Dissertação de Mestrado. 110p. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2017.

MAIA, Mônica Bara. **Humanização do Parto:** política pública, comportamento organizacional e ethos profissional. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz. 2010. Disponível em: http://books.scielo.org/id/pr84k/pdf/maia-9788575413289.pdf. Acesso em Maio/2019.

MATTAR, Laura Davis. **Os Direitos Reprodutivos das Mulheres**. In: FERRAZ, C. V.; *et al*. Manual dos Direitos da Mulher. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Despacho SEI/MS – 9087621**, 2019a. Disponível em: <https://www.sogirgs.org.br/pdfs/SEIMS-9087621-Despacho.pdf>. Acesso em Jun/2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ofício nº 296/2019/COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS**, 2019b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/oficio-ms>. Acesso em Jun/2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Recomendação nº 29/2019**. Disponível em:

http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao_ms_violencia_obstetrica.pdf/. Acesso em Jun/2019.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Documentos básicos, suplemento da 45ª edição, outubro de 2006. Disponível em espanhol em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Acesso em Jun/2019.

OMS. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde, 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf**.** Acesso em Jun/2019.

ONU. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres**, 1993. Disponível em: https://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm. Acesso em: Jun/2019.

ONU. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: Jun/2019.

OPAS. **OPAS/OMS apoia campanha para coibir a violência contra a mulher.** Disponível em: https://www.paho.org/bireme/index.php?option=com_content&view=article&id=315:opas-oms-apoia-campanha-para-coibir-a-violencia-contra-a-mulher&Itemid=183&lang=pt. Acesso em: Jun/2019.

OSAVA, Ruth Hitomi Osava. **Assistência ao parto no Brasil:** o lugar do não-médico. Tese de Doutorado. 129p. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1997.

PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica:** Parirás com dor. São Paulo: Parto do Princípio, 2012. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC VCM 367.pdf. Acesso em: Maio/2019.

PARTO DO PRINCÍPIO e FÓRUM DAS MULHERES DO ESPÍRITO SANTO (FMES). **Violência obstétrica é violência contra a mulher:** mulheres em luta pela abolição da violência obstétrica. 1. ed. São Paulo: Parto do Princípio; Espírito Santo: Fórum das Mulheres do Espírito Santo, 2014. Disponível em:http://docs.wixstatic.com/ugd/2a51ae_a3a1de1e478b4a8c81272736730741 91.pdf. Acesso em: Abril/2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROHDEN, F. **Uma ciência da diferença:** sexo e gênero na medicina da mulher. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCOTT, Joan. **Gênero:** Uma Categoria Útil para Análise Histórica. 2ª ed. Recife: SOS Corpo, 1995.

SENTIDOS DO NASCER. **A História do Nascimento.** 2015. Disponível em: <http://www.sentidosdonascer.org/blog/2015/05/a-historia-do-nascimento/>. Acesso em: Abril/2019.

SERRA, M; SILVA, A. **Violência Obstétrica no Brasil:** Um Enfoque a Partir dos Acórdãos do STF e STJ. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 10, n. 04, p. 2430-2457, mai. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

TAVIRA, Larissa V. O nascimento da clínica em Foucault**: um poder-saber sobre a vida. (Em)Cena – Saúde Mental em Movimento. 2014. Disponível em: <**https://encenasaudemental.com/series/o-nascimento-da-clinica-em-foucault-um-poder-saber-sobre-a-vida/>. Acesso em: Maio/2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Violência obstétrica atinge 1 em cada 4 gestantes no Brasil, diz pesquisa**. 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2018/01/28/violencia-obstetrica-atinge-1-em-cada-4-gestantes-no-brasil-diz-pesquisa/>. Acesso em: Maio/2019.

VENTURI, G.; et al. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado.** São Paulo: Sesc/Fundação Perseu Abramo; 2010. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf>. Acesso em: Maio/2019.