

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1162

(Ano XV)

(05/08/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1162



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1162 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 352 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Álibi e prova de fato negativo
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Futebol: um esporte de massas - direitos humanos para humanos direitos? Estudo acerca de supressões dos direitos humanos no combate as brigas de torcida
Fernando Pelegrina Rosseto, 11.

Constelação familiar
Renata Mota, 29.

Legitimação da paternidade e maternidade socioafetiva
Tarcilene de Fátima Moraes Figueira, 41.

A estabilização da tutela antecipada antecedente à luz do princípio do devido processo legal
Michelle Fernanda Santos de Almeida, 56.

Aquisição da posse e porte de armas no Brasil, consequências e divergências
Samuel Ramos da Silva, 101.

Violência Doméstica durante a Pandemia da COVID-19
Julio Manoel Coura Moreira, 112.

Psicopatia e sua relação com o Direito Penal
Danielle Andrea de Oliveira Freitas, 124.

Violência doméstica contra crianças e adolescentes: estudo comparativo na legislação penal aplicada e sua eficácia
Emanuelle Leone Sanaïotti, 131.

Alimentos Gravídicos
Eduardo Vieira Barboza Júnior, 143.

Educação sexual infantil e o impacto da sua implementação nas escolas
Fernanda Leopoldino, 155.

As divergências de entendimento acerca da estipulação de indenização por fruição de imóveis construídos em regime de multipropriedade dentro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Samir Pereira da Silva, 163.

Provas digitais no Processo do Trabalho

Caio Rangel Finocchiaro, 177.

Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no direito penal brasileiro

Natali Batista Machado, 199.

Crime organizado e tráfico de órgãos

Cleiton Nascimento da Silva Cornélio, 206.

O narcisista no ambiente familiar: violência física e psicológica da figura materna com seu descendente

Caroline Cezira Canela, 214.

Principais mudanças trazidas pela nova lei de licitações e contratos administrativos, lei n.14.133 de 1º de abril de 2021

Natalia dos Santos, 229.

Cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior

Raul Aleixo Feres de Oliveira, 240.

Adoção por casais homoafetivos

Felipe da Silva Marchiori, 255.

O direito trabalhista e a "uberização" do trabalho

Bruno Henrique de Souza Rodrigues, 264.

Precedente Judicial e Segurança Jurídica: uma análise do Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Maria do Socorro Moreira de Resende, 274.

Acesso à Justiça

Marcelo Paula de Almeida, 300.

Abordagem da psicopatia pelo Código Penal brasileiro

Weine Olivatto Pelegrino, 317.

O conflito de competência tributária entre municípios e a indevida retenção do ISS pelo tomador

Bruno Nogueira Rebouças, 331.

Assédio moral: a submissão do empregado à pressão e ao "psicoterror"

Larissa Junqueira, 342.

ÁLIBI E PROVA DE FATO NEGATIVO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

A chamada “Prova Diabólica” (“*Probatio Diabolica*” ou “*Devil’s Proof*”), fazendo-se referência a uma categoria de prova impossível ou descomedidamente difícil de ser levada a cabo, tem como exemplo maior a prova de fato negativo. ²

O fato negativo é em geral impossível de ser provado. A ele se pode chegar, no máximo, por uma dedução lógica, mas é sabido que a lógica é apenas um grande esquema do pensamento humano e não prova coisa alguma. É possível elaborar um silogismo considerado logicamente “válido”, sendo suas premissas verdadeiras e sua conclusão falsa. Por isso uma das orientações básicas no estudo da lógica diz respeito à necessidade de saber distinguir entre “*verdade e validade*”. Enquanto “a verdade tem a ver com o *assunto* do silogismo”, seu conteúdo; “a validade tem a ver com a *forma* do silogismo”. Assim, um argumento pode ser *válido* e não ser *verdadeiro*, razão pela qual pela via estritamente lógica não se provam fatos, somente por meio da dialética e do conhecimento por presença ou experiência. ³

Um exemplo simples:

Félix é capaz de falar.

Félix é um gato.

Portanto, gatos podem falar.

¹ E-mail: cabette@uol.com.br

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. Revista Dialética de Direito Processual. n. 31, out. 2005, p. 12.

³ Cf. CORBETT, Edward, CONNORS, Robert J. *Retórica Clássica Para o Estudante Moderno*. Trad. Bruno Alexander. Campinas: Kirion, 2022, p. 68.

Em um raciocínio indutivo, poder-se-ia considerar o silogismo acima como *válido*, mas será que o poderíamos considerar como *verdadeiro* tão somente com base em sua *validade lógico – forma*? É evidente que não.

Dessa maneira se afirmo que nunca comi abóbora não posso propriamente provar isso diretamente. Mesmo que apresente milhares de testemunhas que nunca me viram comendo abóbora, mesmo que apresente minhas compras de mercado nas quais não exista o item em discussão. Faça o que fizer, pode até ser crível que não tenha comido abóbora nunca, se alguém confia em minha palavra, mas o fato negativo não está provado. Posso ter comido abóbora em uma circunstância não presenciada por ninguém e nem objeto de documentação alguma.

Ora, se a prova de “fato negativo” é inviável em algo tão simples, o que dizer das exigências para a aceitação da prova de um fato no âmbito jurídico?

Mas este texto tem sua motivação na possibilidade de que alguém aponte como exceção da impossibilidade de comprovação de fatos negativos o chamado “álibi”.

A palavra “álibi” tem origem etimológica latina com o significado de “em outro lugar”. No campo jurídico pode ser o “álibi” conceituado como um “argumento de defesa, pelo qual o acusado prova encontrar-se em lugar diverso daquele onde se deu o evento delituoso”.⁴

O álibi pode *aparentar* ser uma *prova de fato negativo* porque consiste em tornar certo que o suspeito *não estava* no local do crime quando do seu cometimento (“negativa loci”).

Acontece que, em primeiro lugar, o álibi não é capaz de afastar completamente a responsabilidade penal de alguém. Com ele somente se comprova que a pessoa não estava no local do crime quando da sua ocorrência, mas não que não tenha, de qualquer forma, contribuído para ele na condição de partícipe ou mesmo com o domínio do fato de forma indireta (v.g. o mandante de um homicídio que sai da cidade enquanto o executor, sob suas ordens, ceifa a vida da vítima; o mentor de um furto que não acompanha a execução da subtração, estando em outro lugar nesse momento).

Além dessa precariedade do álibi como prova de inocência, é preciso atentar que em verdade o que se prova é um “fato positivo”, qual seja, que a pessoa “estava” em outro lugar na hora do cometimento da infração investigada. É por meio dessa prova de “fato

⁴ SIDOU, J. M. Othon (org.). *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 46.

positivo” que se chega, por derivação lógica, à conclusão de que “não estava” o suspeito no local e hora do crime. Isso porque se estava num local em dado horário, não poderia estar em outro concomitantemente. Isso infringiria o “Princípio da Não – Contradição” que estatui que algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo. No caso não é possível estar num local e não estar nesse mesmo local no mesmo horário e dia, porque estava em outro. Sabe-se por experiência de intuição direta que fenômenos como a bilocação ou a onipresença são atributos de santos e de deuses. A prova que se produz é do “fato positivo” (estar em dado lugar naquele horário e dia) e não do “fato negativo” (não estar em dado lugar naquele horário e dia), este segundo se deduz logicamente, mas não é objeto de prova.

No álibi há prova de um “fato positivo” da qual apenas *deriva*, não uma prova, mas uma dedução lógica de um “fato negativo” contraposto pelo “Princípio da Não – Contradição”. Não há prova direta de “fato negativo” no álibi.

Por isso, no emprego do álibi como estratégia defensiva não basta a mera alegação de que não estava no local, mas há necessidade de comprovar, não o “não estar”, mas o “estar em outro local”. Faria papel ridículo o defensor que arrolasse várias testemunhas para dizerem que não viram o acusado no local dos fatos, enquanto este é reconhecido pela vítima, outras testemunhas, coautores, fotos, filmagens etc. Prova-se o álibi, por exemplo, por meio de testemunhas que estavam com o suspeito em outro local, de filmagens que o mostram ali, de registros de ponto em local de trabalho, de passagens de transportes coletivos (avião, ônibus etc.), de tickets de pedágio, de comprovações de hospedagens, participação em eventos distantes etc. Nenhuma dessas provas é de “fato negativo” e sim “positivo”. O “fato negativo” somente surge de forma logicamente derivada, não propriamente provada.

É, portanto, lícito concluir que o álibi não é uma exceção à natureza impossível ou “diabólica” da prova de “fato negativo”.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31, p. 9 – 18, out. 2005.

CORBETT, Edward, CONNORS, Robert J. *Retórica Clássica Para o Estudante Moderno*. Trad. Bruno Alexander. Campinas: Kirion, 2022.

SIDOU, J. M. Othon (org.). *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FUTEBOL: UM ESPORTE DE MASSAS - DIREITOS HUMANOS PARA HUMANOS DIREITOS? ESTUDO ACERCA DE SUPRESSÕES DOS DIREITOS HUMANOS NO COMBATE AS BRIGAS DE TORCIDA

FERNANDO PELEGRINA ROSSETO:

Mestrando em Direito no Núcleo de Pesquisa em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ⁵

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar o fenômeno das torcidas organizadas no Brasil e dos hooligans ingleses atentando para a legislação aplicável em cada país e a maneira com que as autoridades locais combatem a violência causada por esses torcedores. Entre outros aspectos, será abordada também a supressão dos direitos humanos no combate as brigas de torcida, juntamente com a ineficácia do poder coercitivo estatal.

Palavras-chave: Torcidas organizadas; Hooligans; Ultras; Direitos Humanos; Violência.

ABSTRACT: This paper aims to address the phenomenon of soccer fans in Brazil and the English Hooligans, paying attention to the applicable legislation in each country and the way in which local authorities fight the violence caused by these fans. Among other aspects, it will also be discussed the suppression of human rights in combating fan fights, along with the ineffectiveness of state coercive power.

Key-words: Soccer fans; Hooligans; Ultras; Human Rights; Violence.

INTRODUÇÃO

O futebol é um dos mais expressivos fenômenos de massas do século XXI, sendo ainda o esporte mais popular do mundo, apesar das tentativas de elitização e segregação promovidas pelos clubes e seus dirigentes. De acordo com a pesquisa "Big Count 2006" feita pela FIFA, o futebol é o esporte mais praticado no mundo, com 265 milhões de praticantes, passando da marca do bilhão se contabilizados os jogadores amadores.

É de extrema complexidade explicar a paixão que o ser humano sente pelo futebol, sobretudo a paixão sentida pelo time que torce. Paixão esta que, por diversas vezes, pode ser considerada irracional ou mesmo de tão exacerbada confundida com ódio ao seu rival e transvestida pela violência.

⁵ E-mail: fernando@rggadadv.com.br

A irracionalidade de tal amor pode ser descrita perfeitamente pela famosa frase de Joelmir Beting, jornalista e sociólogo brasileira, atualmente escrita nos vestiários da Sociedade Esportiva Palmeiras, "Explicar a emoção de ser palmeirense, a um palmeirense, é totalmente desnecessário. E a quem não é palmeirense, é simplesmente impossível", ou seja, é uma paixão incondicional e única, difícil, quiçá impossível, de transmitir àquele que não torce pelo mesmo time que você.

O ex-treinador do Liverpool, Bill Shankly, em uma entrevista descreve: "Algumas pessoas pensam que o futebol é uma questão de vida ou de morte. É muito mais importante que isso". Logo, para os torcedores, o futebol é muito mais importante que sua própria vida.

Um estudo desenvolvido por cientistas da Universidade de Coimbra, publicado na conceituada revista Social Cognitive and Affective Neuroscience (SCAN), sugere que a paixão pelo futebol é "uma forma de amor tribal". Assim, o lendário jogador do Corinthians, Sócrates Brasileiro Sampaio de Souza Vieira de Oliveira, ou também conhecido por Doutor Sócrates, explica em uma entrevista o que o Corinthians significa para sua vida e o que o corinthiano sente pelo clube:

"Ter tido a oportunidade de viver boa parte e o mais importante período da minha vida dentro do Corinthians foi algo extraordinário para a minha formação. Estive no Corinthians entre 79 e 84.

O Corinthians é muito mais que um clube de futebol. O Corinthians é uma religião, é uma grande nação, mas, muito mais que isso, é uma voz.

O Corinthians é uma força e uma forma de expressão que a sua população tem. Num país em que os mais fracos social, política e economicamente não tem voz nunca, nesse caso tem.

Através do Corinthians eles conseguem se manifestar. A torcida corinthiana utiliza o seu clube, o seu time, a sua expressão física como forma de contestação de tudo aquilo que não lhe é dado de direito."

Diante disso, percebe-se ser o amor aos clubes muito mais que um simples amor, mas sim um 'estilo de vida clubístico' (TOLEDO, 1996) que hoje por vezes orienta a violência entre torcedores rivais. Porquanto, este trabalho mostrará como as autoridades, seja por meio do poder coercitivo policial ou normativo, tenta suprimir os direitos humanos dos torcedores, na busca pelo combate as brigas de torcida.

Primeiramente, abordaremos a conturbada relação entre o futebol e a violência, com o intuito de mostrar que o futebol era um esporte das massas trabalhadoras e muito

criticado pela aristocracia inglesa. Com o desenvolvimento do futebol na Inglaterra, foram surgindo os clubes e suas determinadas torcidas, com isso, houve o surgimento dos hooligans que será descrita neste.

Diante do surgimento dos hooligans e dos problemas que esses causaram na Inglaterra e em toda a Europa, houve a criação de uma legislação específica, ainda que um tanto quanto ineficaz, para tratar desses recorrentes problemas. Haverá o estudo de um dos casos mais relevantes na história da legislação inglesa para o combate à violência nos estádios e outros haveres, o caso Carl Gough e Gary Smith.

Ademais, será tratada a relação dos hooligans ingleses e as torcidas organizadas brasileiras modernas. E Por fim, diante de todo esse contexto, será mostrada a ineficácia do poder estatal em coibir a violência entre torcidas, em muitas vezes utilizando de táticas que suprimem os direitos humanos, tema deste artigo.

FUTEBOL E VIOLÊNCIA

A violência acompanha o futebol desde o mais remoto tempo, no qual o futebol ainda não possuía regras oficiais e era comumente apelidado do “violento esporte bretão”. Desde o século VII existem relatos do “Mob Football” ou futebol de multidão, consistindo em uma grande selvageria, motivando diversas tentativas de banir o esporte da Inglaterra, como feito pelo Rei Eduardo IV, ao ordenar em 1477 que: “Ninguém deve praticar o futebol ou jogos parecidos, mas as pessoas fisicamente capazes devem praticar o arco, pois a defesa nacional depende disso”.

A partir do momento que o esporte começou a chegar na aristocracia, nas universidades e nos intelectuais, foi necessária a criação de regras, a fim de que o esporte deixasse sua característica violenta e caótica, por isso dizem que a Inglaterra foi a inventora do futebol, mas na verdade ela apenas catalogou as regras e as disponibilizou a seus praticantes, sendo a mais famosa as regras de Cambridge de 1848, pelos representantes de universidades inglesas. Ainda, existiam praticantes que não concordavam com as regras, e criaram suas próprias, surgindo esportes como o Rugby.

Ou seja, o futebol se difundiu pela aristocracia e pelos operários, sempre acompanhada pela massa de adeptos ao esporte. O historiador Nicolau Sevcenko tenta explicar como o futebol se difundiu tão rapidamente pelas diversas classes sociais:

“Assim, num curtíssimo espaço de tempo, o futebol conquistou por completo toda a população trabalhadora inglesa e, em breve, conquistaria a do mundo inteiro. Como entender esse frenesi, esse poder irresistível de sedução, essa difusão epidêmica inelutável?”

Como vimos, parte da explicação está nas cidades, parte no próprio futebol. A extraordinária expansão das cidades se deu, como vimos, a partir da Revolução Científico-Tecnológica, pela multiplicação acelerada da massa trabalhadora que para elas ocorreu em sucessivas e gigantescas ondas migratórias. Nas metrópoles assim surgidas, ninguém tinha raízes ou tradições, todos vinham de diferentes partes do território nacional ou do mundo. Na sua busca de novos traços de identidade e de solidariedade coletiva, de novas bases emocionais de coesão que substituíssem as comunidades e os laços de parentesco que cada um deixou ao emigrar, essas pessoas se vêem atraídas, dragadas para a paixão futebolística que imana estranhos, os faz comungarem ideais, objetivos e sonhos, consolida gigantescas famílias vestindo as mesmas cores.” (SEVCENKO, 1994, p. 36)

Logo, é possível afirmar que o futebol é muito mais do que um esporte, mas sim um reflexo da sociedade, ou mesmo como Maurício Murad define “é a metáfora de uma sociedade”, sendo muito comparado com rituais. O autor ainda cita Lévi-Strauss para tentar definir:

“Lévi-Strauss (1989:48) alerta para o caráter simbólico dos jogos, assim como dos rituais, apesar de suas diferenças: a lógica do ritual separa os participantes, a priori, entre iniciados e não-iniciados, para reagrupá-los depois numa só entidade iniciática; por outro lado, a lógica do lúdico é inversa. De uma situação simétrica de igualdade, no princípio, a ruptura disjuntiva, própria da natureza da competição, cinde a rede original e promove uma diferenciação entre vitoriosos e derrotados. (MURAD, 2007, p.17)

No Brasil a inclusão das classes desfavorecidas no futebol pode ser vista na conquista da Copa do Mundo de 1958, com um craque negro (Pelé), na final contra a Suécia. Em uma crônica publicada no Jornal Manchete de 1958, com o título “É chato ser brasileiro” descrevia todo o frenesi e toda a ânsia que o futebol vinha causando na sociedade brasileira da época:

“Dizem que o Brasil tem analfabetos demais. E, no entanto, vejam vocês: — a vitória final, na Copa da Suécia, operou o milagre. Se analfabetos existiam, sumiram-se na vertigem do triunfo. A partir do momento em que o rei Gustavo da Suécia veio apertar as mãos dos Pelés, dos Didis, todo mundo aqui sofreu uma alfabetização súbita. Sujeitos que não sabiam se gato se escreve com “x” iam ler a vitória no jornal. Sucedeu essa coisa sublime: — analfabetos natos e hereditários devoravam vespertinos, matutinos, revistas e liam tudo

com uma ativa, uma devoradora curiosidade, que ia do “lance a lance” da partida até os anúncios de missa. Amigos, nunca se leu e, digo mais, nunca se releu tanto no Brasil.

[...]

Já ninguém tem mais vergonha de sua condição nacional. E as moças na rua, as datilógrafas, as comerciárias, as colegiais, andam pelas calçadas com um charme de Joana d’Arc. O povo já não se julga mais um vira-latas. Sim, amigos: — o brasileiro tem de si mesmo uma nova imagem. Ele já se vê na generosa totalidade de suas imensas virtudes pessoais e humanas.” (RODRIGUES, 1994, pp. 72-73)

Com a organização dos torcedores e a popularização do futebol na Inglaterra, surgiu o Hooliganismo inglês, mesmo tendo indícios desses torcedores há muito mais tempo, sendo que esses não possuíam qualquer senso de civilidade e eram temidos por todos os “torcedores comuns”. O contexto histórico do surgimento dos hooligans é um contexto de muita instabilidade tanto política quanto econômica na Inglaterra, tanto que isso despertou um sentimento de rebeldia nos jovens ingleses, que um pouco mais tarde se misturariam com o movimento punk na década de 1970.

As torcidas de futebol sempre se foram presentes nas partidas de futebol, desde o amadorismo até a presente data, sendo as primeiras manifestações datadas pelos pesquisadores como as torcidas voluntárias que eram os torcedores que se uniam único e exclusivamente com a intenção de ir aos jogos mostrar a paixão que nutriam por um clube em específico (CORREIA SOBRINHO; 1997)

A partir da paixão pelo futebol, os torcedores começaram a se organizar e o primeiro surgimento de uma Torcida Organizada foi a TUSP – Torcida Uniformizada do São Paulo, entre os anos de 1939 e 1940, já na década de 1960 surge a Gaviões da Fiel – Força Independente e na década de 1980 a Mancha Verde e as torcidas organizadas se consolidam nos estádios.

As torcidas organizadas brasileiras criam uma estrutura consistente e começam a ter influência dentro dos clubes de futebol, no carnaval brasileiro, na política e em outros campos que os hooligans, pela falta de organização, nunca chegaram, e lembrando que as torcidas organizadas sempre pautaram pela esfera da legalidade sendo representadas em todas as esferas da sociedade.

No Brasil os casos de violência pelas torcidas começaram no meio da década de 80, com a consolidação das torcidas organizadas, na década de 90, onde houve a fatídica

“Batalha do Pacaembu” na Final da Supercopa São Paulo de Juniores de 1995 que resultou na morte de torcedores e no banimento das torcidas organizadas Mancha Verde da Sociedade Esportiva Palmeiras e a Independente do São Paulo Futebol Clube.

Os dirigentes e alguns clubes brasileiros tentam acabar com o fenômeno de massas que o futebol é, e uma das formas é com a instituição da torcida única em clássicos no Estado de São Paulo por exemplo. O jornalista da rede de televisão ESPN Brasil, Breiller Pires explicita tal posicionamento em um post na rede social Twitter:

“Instituir torcida única em todo o Brasil, como deseja Petraglia e a maioria dos cartolas, não é preocupação com segurança nem medida contra violência no futebol, mas sim um projeto para consolidar a elitização e a definitiva exclusão dos torcedores menos favorecidos dos estádios⁶”

O artigo “Futebol e Violência: Freud Explica” de Gustavo Hermínio Salati Marcondes de Moraes, e Olga Maria Salati Marcondes de Moraes, define muito bem a relação do futebol com a violência:

“Na definição da seleção e escolha de um time, tradicionalmente, a tendência dos filhos era pelo time de opção do pai, familiares ou de alguém considerado. Atualmente, há que se acrescentar a esses fatores, o poder das mídias, promovendo e divulgando times vencedores e jogadores consagrados, interferindo decisivamente na definição da opção do torcedor. Os diversos campeonatos, em âmbito regional, nacional e mundial, fomentam rivalidades e geram frustrações e alegrias aos torcedores.

Seja no estádio, torcendo e cantando os gritos de sua torcida organizada, em bares, reunindo-se em casas, ou isoladamente em sua televisão ou outras mídias, o torcedor vivencia um mundo muito similar ao do cotidiano. Em um somatório de ideias racionais e irracionais, o clube tem um papel central, motivando os torcedores a uma manifestação favorável ou contrária ao seu desempenho.

Na sociedade atual, o estado de impunidade e ilegalidade estimula atos nos quais perdem o significado tanto o amor do outro como a possibilidade de uma punição: isto é, bem e mal tornam-se similares. Assim, “o perigo só se instaura, se e quando a autoridade descobri-

⁶ Disponível em <https://twitter.com/breiller/status/1541563031037087744> - Acesso em 03/07/2022

lo, e, em ambos, a autoridade se comporta da mesma maneira" (FREUD, 1930/1980, p. 148).

Em uma sociedade que busca satisfação pessoal, prazer e realização de desejo ao invés de uma ordem, com uma lei que não se sustenta, a violência serviria como meio de fuga do sujeito frente aos seus impasses, sendo ele algumas vezes o agressor e em outras, a vítima.

É, pois, um princípio geral que os conflitos de interesses entre os homens são resolvidos pelo uso da violência. É isto que se passa em todo o reino animal, do qual o homem não tem motivo por que se excluir (FREUD, 1933/1980, p. 246)." (HERMÍNIO; MARIA; 2012; pp. 10-11)

Logo, é possível reparar que a satisfação pessoal de ver a vitória de seu time, sua paixão, é considerada por alguns torcedores uma fuga da realidade, e por consequência, uma fuga do poder normativo, utilizando da força física contra outros torcedores rivais, que ora são vítimas e ora são autores da agressão, transformando tudo em um grande ciclo vicioso, visto que o futebol é um esporte que move massas e envolve o sentimento passional.

CASO CARL GOUGH E GARY SMITH

A Inglaterra vivia uma intensa batalha contra os hooligans por conta dos incidentes que esses torcedores estavam envolvidos na Copa do Mundo de 1998 na França, e diante de tais casos foi criada o "Offences and Disorder Act 1999" que vigora até os dias atuais.

A principal mudança desse para os demais diplomas legais é a introdução e a criação das ordens de banimento que por vezes foram criticadas pelos hooligans ingleses alegando que o banimento de viajar ou acompanhar o time era um ataque aos direitos fundamentais como o direito de ir e vir. Ademais, a legislação buscava acabar com o cambismo e com cânticos racistas nos estádios, conforme descrito pelas notas explicativas da legislação:

"The Act has three main purposes. First, it widens the circumstances in which the courts may make orders under the 1986 and 1989 Acts. Secondly, it aims to improve the effectiveness of such orders. Thirdly,

it extends the ambit of the offences of ticket-touting and indecent or racist chanting. (UNITED KINGDON, 1999)⁷

A partir da aprovação da Lei em 1999, o caso mais famoso de combate nas cortes inglesas foi a apelação interposta pelos torcedores do Derby Conty, Carl Gough e Gary Smith, que receberam uma ordem de banimento de dois anos cada, de acordo com a seção 14B8 do ato de 1989.

O Chefe de Polícia de Derbyshire, alegou que Carl e Gary já estiveram envolvidos em casos de desordem e violência, sendo o primeiro em um assalto em março de 1998 e o segundo em um assalto e resistência à ordem policial em novembro de 1990. Tais alegações são importantes, dado que a legislação de 1999 modificou o conceito sobre as ordens de banimento, sendo que o ato 14B determinava ordens de banimento sem qualquer sentença condenatória anteriormente proferida por conta de reclamações policiais, diferentemente dos atos anteriores.

Logo, a partir dessa mudança entra todo o questionamento da nova ordem de banimento, sendo 2 contextos: o primeiro a validade de limitar o direito de ir e vir de alguém sem qualquer condenação por ato de baderna, e a segunda em até que ponto o poder coercitivo estatal pode restringir a liberdade de alguém suspeito de praticar atos de hooliganismo.

Em um texto nomeado de "Football and Crowds: Gough and Smith v Chief Constable of Derbyshire" publicado por Geoff Pearson no livro "Leading Cases in Sports Law", disponibiliza parte do que a corte de apelação que julgou o caso em questão descreve sobre o tema, alegando que a restrição aos torcedores considerados hooligans era necessária para que alcançasse o objetivo da política pública, confira-se:

"It is proportionate that those who have been shown to constitute a real risk of participation in football hooliganism should be required to obtain permission to travel abroad during periods when prescribed matches are taking place and to demonstrate that the purpose of doing so is other than attendance at the prescribed match or matches. We are not able to envisage a scheme which would achieve

7 O Ato tem três propostas principais. Primeiro, ele amplia as circunstâncias que os tribunais podem impor medidas restritivas de acordo com os Atos de 1986 e 1989. Segundo ele busca aumentar a efetividade de tais medidas. Terceiro, ele estende a abrangência dos crimes de cambismo e cânticos raciais ou indecentes. (tradução nossa).

8 O ato 14B determinava ordens de banimento sem qualquer sentença condenatória anteriormente proferida por conta de reclamações policiais, diferentemente dos atos anteriores.

the public policy objective that involves a lesser degree of restraint.⁹
(PEARSON; 2011, p. 312)

A argumentação utilizada pela defesa dos torcedores foi de que, o julgamento, ao limitar a liberdade dos torcedores em dias de jogos deveria ser utilizado o procedimento criminal e não o procedimento cível que estava sendo utilizado. Ou seja, a defesa acreditava que aquele julgamento estaria ferindo o direito de ir e vir dos torcedores, juntamente com não estar seguindo o procedimento criminal correto previsto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O juiz do caso não entendeu que tal processo seria de ordem criminal e manteve a aplicação do ato de 1989 operando sobre um processo de ordem cível. Assim, tal decisão é um marco para o combate do hooliganismo inglês, no entanto, Geoff Pearson, expõe sua contrariedade acerca da maneira com que foi conduzido o caso, suprimindo alguns direitos fundamentais dos torcedores, e mostrando que o combate as brigas de torcida poderiam ser conduzidas de outra maneira, confira-se:

“This author has been critical of the Court of Appeal's approach in Gough on a number of grounds, of which two are of note. First and with reference to the article 6ECHR argument, this author believes that the Court of Appeal concentrated too much on the legislative intention rather than the statutory effect when it determined that the orders were preventative rather than punitive. Second, I have also been critical of the application of the de Freitas proportionality test, arguing that the court did not apply it in any meaningful way, and that if it had done, Lord Phillips MR would have found the justification for section 14B wanting under point (iii) and arguably (ii) of the de Freitas test. My view on this second point has in fact strengthened in the years that have followed as I have witnessed, researched and written about a number of "least restrictive alternatives", most notably through changes in police tactics, which have led to the successful supervision and policing of large crowds of English football supporters home and abroad.

9 É compatível que aqueles que tenham demonstrado constituir um risco real de participação no vandalismo no futebol sejam obrigados a obter permissão para viajar para o exterior durante os períodos em que os jogos agendados estão ocorrendo e demonstrar que o objetivo de fazê-lo é além do comparecimento à partida ou partidas agendadas. Não podemos enfrentar um esquema que confronte o objetivo de política pública que envolva um menor grau de restrição. (tradução nossa)

Nevertheless, it must be acknowledged that, in contrast to the hard-line stance taken by both the Home Office and the High Court, the Court of Appeal's approach was much more mindful of the argued principles of EU and human rights law. Moreover, the requirements for a standard of proof akin to beyond reasonable doubt in determining whether a defendant was causing or contributing to football-related disorder and would do so in the future, should have ensured a greater onus on the police to provide evidence of actual involvement in instances of disorder on behalf of defendants, rather than mere evidence of association in "risk groups" or with "known hooligans". Per force, this should, in theory at least, have also obliged magistrates to more carefully scrutinise applications for FBOs. In the remainder of this chapter, the extent to which this requirement from Gough has been followed in magistrates' and Crown Court will be reviewed. The analysis is based upon court observations of contested section 14B hearings and correspondence with pressure groups such as The Football Supporters Federation and Liberty¹⁰. (PEARSON; 2011; pp. 313-314)

¹⁰ Este autor tem sido crítico a abordagem do Tribunal no caso Gough por vários motivos, dos quais dois são dignos de nota. Em primeiro lugar, e com referência ao argumento do artigo 6.º da CEDH, este autor considera que o Tribunal se concentrou demasiado na intenção da legislação do que no próprio efeito legal quando determinou que as ordens eram preventivas e não punitivas. Segundo, também tenho sido crítico da aplicação da proporcionalidade do caso "de Freitas" (caso citado anteriormente no artigo), argumentando que o tribunal não o aplicou de forma significativa e que, se o tivesse feito, Lord Phillips MR teria encontrado a justificativa para a seção 14B faltando no ponto (iii) e, sem dúvida, (ii) da proporcionalidade. Minha visão sobre este segundo ponto de fato se fortaleceu nos anos que se seguiram, pois testemunhei, pesquisei e escrevi sobre uma série de "alternativas menos restritivas", principalmente através de mudanças nas táticas policiais, que levaram à supervisão e policiamento bem-sucedidos de grandes multidões de torcedores ingleses no país e no exterior.

No entanto, deve-se reconhecer que, em contraste com a postura linha dura adotada tanto pelo Ministério do Interior quanto pelo Supremo Tribunal, a abordagem do Tribunal foi muito mais atenta aos princípios defendidos do direito da UE e dos direitos humanos. Além disso, os requisitos para um padrão de prova semelhante ao além de qualquer dúvida razoável para determinar se um réu estava causando ou contribuindo para distúrbios relacionados ao futebol e o faria no futuro, deveria ter assegurado um ônus maior à polícia para fornecer evidências de atual envolvimento em casos de desordem em nome dos réus, ao invés de mera evidência de associação em "grupos de risco" ou com "denominados arruaceiros". Por força, isso deveria, pelo menos em teoria, também obrigar os magistrados a examinar mais cuidadosamente os pedidos de FBOs. No restante deste capítulo, será analisado até que ponto esta exigência de Gough foi seguida nos magistrados e no Tribunal. A análise é baseada em observações judiciais de audiências contestadas da seção 14B e correspondência com grupos de pressão como The Football Supporters Federation e Liberty (tradução nossa)

Diante disso, a fiscalização inglesa aumentou muito os considerados torcedores de risco foram mais perseguidos e combatidos pela polícia inglesa, sendo assim, grande parte dos estádios ingleses são preenchidos com diversas câmeras, tendo uma grande presença de policiais ao entorno do estádio, nas rotas popularmente feitas pelos torcedores e nas estações de trem, fatos que em outra proporção também ocorrem no Brasil.

Entretanto, a fiscalização inglesa e brasileira tem um problema em comum, utilizam do método lombrosiano do criminoso nato para reconhecer e combater os “torcedores de risco”, sendo que muitas vezes os torcedores têm direitos suprimidos apenas por estarem utilizando camisetas de torcidas organizadas ou mesmo confraternizando em bares específicos antes ou durante os jogos.

Geoff Pearson demonstra o combate feito pela polícia inglesa aos chamados torcedores de risco com base em supostas evidências policiais:

“In all observed cases the key evidence of conduct indicative of engagement in violence or disorder at matches came from guilt by association. It was typical for the defendant to be identified as being part of a group that was labelled by the police as a "risk group". Sometimes this "association" went no further than evidence that they had been drinking in the same public house. The reason this group was considered "risk" was usually because the police identified some individuals within it as being "risk supporters". On a few occasions this was because a (usually unidentified) individual in that group (never the defendant) had tried to confront rival supporters or had thrown a missile. Occasionally, it was because those individuals had previous convictions or had previously served banning orders. Usually, however, it was because they had been identified in absence of conviction as being believed to engage in violence or disorder at and around matches.¹¹” (PEARSON; 2011; p. 316)

¹¹ Em todos os casos observados, a principal evidência de conduta indicativa de envolvimento em violência ou desordem nas partidas veio da culpa pela associação. Era típico o réu ser identificado como parte de um grupo que foi rotulado pela polícia como "grupo de risco". Às vezes, essa "associação" não passava de uma evidência de que eles estavam bebendo no mesmo bar. A razão pela qual este grupo foi considerado "de risco" era geralmente porque a polícia identificou alguns indivíduos dentro dele como sendo "torcedores de risco". Em algumas ocasiões, isso ocorreu porque um indivíduo (geralmente não identificado) desse grupo (nunca o réu) tentou confrontar torcedores rivais ou soltou fogos de artifício contra eles. Ocasionalmente, era porque esses indivíduos tinham condenações anteriores ou já haviam cumprido ordens de proibição. Geralmente, no entanto, era porque eles haviam sido identificados, na ausência de condenação, como se acreditassem envolvidos em violência ou desordem durante e em torno de partidas. (tradução nossa)

No entanto, mesmo com a argumentação da apelante, a condenação foi mantida e por conseguinte as ordens de banimento também. Logo, diante de tais fatos que marcaram a história da legislação inglesa, sendo que esta é de suma importância para a criação das demais legislações no mundo todo, assim como a brasileira, embora, a brasileira (Estatuto do Torcedor) seja baseada no Ato de 1986 da Inglaterra.

AS TORCIDAS ORGANIZADAS BRASILEIRAS

Como anteriormente esmiuçado, as torcidas organizadas no Brasil já foram banidas por um curto espaço de tempo, e muito dos torcedores organizados sofrem de um preconceito apenas por estarem associados as torcidas e por utilizar suas vestimentas em jogos do clube que torce.

Um caso notório acerca dessa perseguição a torcedores organizados ou mesmo torcedores com os estereótipos de torcedores organizados, novamente entramos na questão do tipo lombrosiano que foi citado anteriormente, ocorreu em 23 de outubro de 2016, no qual 31 torcedores corinthianos foram presos após uma confusão com a Polícia Militar do Rio de Janeiro e com a torcida do Flamengo. No caso, apenas 4 pessoas das 31 apareceram nas imagens de segurança do estádio envolvidos na confusão, e ainda os familiares dos presos na época, fizeram um dossiê, que relatou o preconceito e a violação dos direitos humanos praticado pelos policiais cariocas, confira-se:

“Dentre os cerca de 3 mil homens torcedores sem camisa, aparentemente baseando-se em biótipos (geralmente barbudos, tatuados, carecas e gordos) selecionaram 64 deles. Eles foram levados para uma área interna do estádio, sem monitoramento de câmeras de segurança, e submetidos a uma intensa sessão de torturas físicas e mentais¹²”

Ademais, outra questão apresentada pelo dossiê dos familiares e por advogados dos presos, foi de que a maioria das pessoas sequer participou da briga, logo estavam ali apenas pelo estereótipo anteriormente descrito, ainda, tais presos foram privados de contato com advogado e alguns tiveram sinais de tortura e maus tratos praticados pelos policiais:

“Os presos foram mantidos encarcerados por 20 horas, sem nenhuma assistência médica e havia um detido que durante a sessão de tortura teve seu nariz fraturado. Também ficaram sem alimentação ou

¹² Disponível em <<https://www.bras/ildefato.com.br/2016/11/23/corintianos-presos-sofreram-perseguido-e-violacoes-de-direitos-denunciam-familiares>> - Acesso em 04/07/2022

higiene pessoal, caracterizando claramente a continuação da prática de privações e tortura¹³”

Os torcedores membros de torcida organizada, poderiam responder criminalmente por associação criminosa, indo em confronto com a Carta Magna brasileira ou mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que estabelecem à liberdade de reunião e associação pacífica para todas as pessoas, conforme ve no trecho transcrito:

“Artigo 16 - Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.”

Diante disso, é sabido que a responsabilidade da prevenção da violência nos estádios, ou mesmo fora delas, é do poder público e dos demais entes responsáveis e que não podemos responsabilizar unicamente as torcidas organizadas pelos atos de violência que ocorrem ao redor dos estádios. Também é sabido, que a extinção de torcidas organizadas, como o ocorrido na década de 90 no estado de São Paulo de nada adianta, visto que há o princípio do livre direito de associação, novas torcidas foram criadas e o problema da ineficácia do poder público em combater torcedores violentos, das torcidas organizadas ou não, se mantiveram.

No artigo “O Direito à Livre Associação e Auto-Organização das Torcidas Organizadas sob a Ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH”, produzido por Hélio das Chagas Leitão Neto e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, é citado o voto do Desembargador Tutmés Airan de Albuquerque Melo que foi contrário ao pedido de

¹³ Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2016/11/23/corintianos-presos-sofreram-perseguiacao-e-violacoes-de-direitos-denunciam-familiares>> - Acesso em 04/07/2022

extinção das torcidas organizadas Comando Vermelho e Mancha Azul do CRB e CSA, respectivamente:

Há precedentes no sentido contrário do que fora decidido no Estado do Ceará. Merece menção trecho do voto do Desembargador Tutmés Airan de Albuquerque Melo, do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, relator da Apelação Cível n. 2009.003291-8[3], que negou o pedido de extinção das torcidas organizadas Comando Vermelho e Mancha Azul:

Ora, se um ou outro torcedor, ainda que se agrupando com outros, comete atos de violência, incentiva práticas delitivas ou insulta pessoas, não pode a agremiação ser responsável. Se assim não fosse, era só algum indivíduo mal intencionado trajar as vestimentas da torcida e praticar crimes para, logo em seguida, prejudicar a torcida e os demais associados de boa-fé. Se o raciocínio do MP fosse absoluto e idôneo para a solução de problemas deste jaez, então não só as associações civis como também vários órgãos públicos ou até mesmo Poderes instituídos teriam que ser extintos ou dissolvidos, em virtude da constante prática de irregularidades por alguns de seus membros. Cabe, assim, aos próprios órgãos de segurança pública do Estado, que possuem o dever de zelar pela segurança, ao invés de questionar a existência das torcidas e tentar incessantemente extingui-las, firmar parcerias para identificar quem são os indivíduos infiltrados nelas com o fim exclusivo de praticar crimes.

As torcidas organizadas possuem finalidade compatível com o dispositivo constitucional doméstico (art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal) e com as normas de proteção internacional dos direitos humanos, notadamente, o art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), o que garante a essas entidades proteção frente à indevidas intervenções estatais em seu funcionamento.” (NETO; LIMA; 2019)

Porquanto, é muito mais simples para o poder público culpar as torcidas organizadas, ou mesmo os hooligans na Europa, e os punir sem qualquer comprovação de atos de baderna ou mesmo violência, do que melhorar a eficácia do poder público e do preparo do policiamento em jogos de maior risco, seja por rivalidade, ou seja por momento no campeonato em questão.

A INEFICÁCIA DO PODER COERCITIVO ESTATAL NO COMBATE AS BRIGAS DE TORCIDA

Como já amplamente descrito nesse artigo, o grande questionamento que se traz é: a polícia e o conjunto normativo vigente é realmente ineficaz no combate as brigas de torcida?

A polícia utiliza de táticas mostradas por Frederick Shauer em sua obra “A Força do Direito” tais como a ameaça de sanção, a aplicação da força física e o que a grande mídia luta em não mostrar, a vergonha. O método de tentar atingir a reputação do ser humano é descrito pelo autor da seguinte forma:

“Os usos reais e potenciais da vergonha como método de aplicação do direito têm sido muito discutidos nas últimas décadas, em parte porque muitos a consideram uma alternativa eficiente aos custos da prisão.

[...]

A vergonha pode ser simplesmente uma forma de o Estado promover danos à reputação e, portanto, apenas outra forma de punição.” (SHAUER, 2022, pp. 202-203)

A polícia ao tentar descobrir quais torcedores do Corinthians estavam envolvidos na briga com a polícia militar do Rio de Janeiro em 2016 utilizou do método da vergonha contra os torcedores ali presentes e encarcerou 3000 torcedores na arquibancada do Maracanã por mais de 3 horas, deixando todos sem camiseta e sem qualquer poder de fala, e de direitos que esses torcedores tinham.

A ameaça de sanção e a própria ameaça da utilização da força física era constante frente aos torcedores, conforme depoimento dado por Marquinhos, torcedor do Corinthians ali presente a “Midia Ninja”, os policiais diziam “O Carandiru é aqui!” segundo ele. Anderson, corinthiano presente no momento diz que os policiais circulavam entre as fileiras de torcedores desnudos e diziam “Se não acharmos quem bateu na polícia vão todos para Bangu, lá vocês vão ver como o coro come. Lá em Bangu é normal acontecer alguns acidentes, um cara cair, quebrar um braço ou uma perna, ficar com alguns hematomas, vocês sabem, isso acontece”¹⁴

¹⁴ Disponível em <https://medium.com/@lairocha/torturas-agressões-e-ameaças-o-que-a-globo-não-mostrou-no-clássico-entre-corinthians-e-flamengo-6c6fba9c931> - Acesso em 07/07/2022

O Corinthians publicou uma nota repudiando o comportamento da Polícia dizendo: “A fim de capturar 40 torcedores que supostamente se envolveram em briga com policiais, a PM aprisionou 3 mil torcedores do Corinthians no Estádio do Maracanã”, ou seja, a polícia, diante da sua ineficácia ao tentar conter alguns torcedores que estavam presentes na área da torcida visitante no Maracanã, prendeu todos os torcedores e fizeram estes passarem por uma humilhação e uma verdadeira cena de guerra frente aos seus companheiros de arquibancada.

A Polícia tentou utilizar da vergonha e de outros métodos detestáveis pela sociedade ao tentar combater a violência causada por alguns torcedores ali presentes, a polícia não deveria utilizar de tais métodos para combater as brigas de torcida.

Embora entenda que não há justificativa alguma para a polícia agir de maneira tão truculenta nesses casos, a conclusão que é possível chegar analisando toda a situação, é de que, como a punição aos torcedores envolvidos nessas confusões é, em grande parte dos casos, muito branda, os torcedores teriam mais medo da polícia agindo dessa maneira do que do conjunto normativo.

Frederick Shauer, ao citar o psicólogo social Tom Tyler, descreve muito bem tal tema, confira-se:

“Mas agora considere as leis que são o foco predominante de Tyler: principalmente as proibições menores do direito penal, como furtar lojas, jogar lixo na rua, fazer barulho excessivo e as leis que regulam a direção no trânsito e o estacionamento em locais públicos. Em quase todos os casos em que Tyler descobre que as pessoas afirmam que seguiriam o direito por outras razões que não o medo de sanções, as leis são aquelas que as pessoas provavelmente acham que são boas leis, mesmo que a aplicação dessas leis as prejudique pessoalmente. Poucas pessoas que furtam em lojas pensam que proibir o furto não é uma boa ideia, e isso também vale para leis contra barulho em excesso, contra jogar lixo na rua, contra excesso de velocidade e até mesmo com relação a horas extras. As pessoas que violam essas regras muitas vezes não acreditam que as sociedades não devam ter essas leis, mas apenas que é vantajoso para elas, em algum momento específico, violar o que, em abstrato, acreditam ser uma lei boa ou necessária. Assim, as pessoas que afirmar seguir leis que acreditam ter sido decretadas legitimamente também estão seguindo leis que acreditam ser boas leis” (SHAUER, 2022, pp. 93-94)

CONCLUSÃO

Dessa forma, o presente trabalho tem como intenção demonstrar a supressão dos direitos humanos que os hooligans alegaram no caso Carl Gough e Gary Smith, dado que essa decisão mudou o cenário acerca do banimento de torcedores considerados violentos e as leis inglesas juntamente com essa decisão, moldaram a legislação acerca dos torcedores no mundo todo.

Assim, os torcedores organizados brasileiros, mesmo que perseguidos por seu biotipo ou mesmo por suas vestes padronizadas de suas torcidas, tem o total direito de se organizar para apoiar o time que ama, logicamente sem se reunir com intenções ilícitas.

Portanto, a partir da análise dos casos apresentados, ou mesmo da conjuntura do futebol brasileiro e mundial, o grande problema não são os torcedores violentos, mas sim a forma com que o poder público lida e tenta coibir os atos deles, a ineficácia do poder público fica escancarada em casos como o da torcida do Corinthians em 2016 no Maracanã, e tantos outros mostrados pelos jornais e televisões.

O futebol é um esporte de massas, um fenômeno inexplicável, que nasceu dos trabalhadores que queriam descontar do seu dia de trabalho em alguma atividade fora do local laborativo, e hoje é um esporte que movimenta milhões de reais, euros, ou dólares todos os anos, tentar limitar os torcedores de se manifestarem por sua essência através das torcidas organizadas é um erro sem tamanho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Estatuto de Defesa do Torcedor. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003.

BRASIL. Lei n. 9.615/98, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 25/11/2021

BUFORD, Bill. Entre os vândalos: a multidão e a sedução da violência. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf> Acesso em 25/11/2021

CORREIA SOBRINHO, José. Violência de massa no futebol: um olhar clínico sobre o fenômeno das torcidas. Folha do Campus. Ano II, n10, p.02, set-97.

FIFA BIG COUNT 2006. Disponível em: <<https://digitalhub.fifa.com/m/55621f9fdc8ea7b4/original/mzid0qmguixkcmruvema-pdf.pdf>> Acesso em 24/11/2021

MORAES, Gustavo Hermínio Salati Marcondes de. MORAES, Olga Maria Salati Marcondes de. Futebol e Violência, Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 145-157, 2012

MURAD, Maurício. A violência e o futebol: dos estudos clássicos aos dias de hoje. Editora FGV, 2007.

NETO, Hélio das Chagas Leitão. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Direito à Livre Associação e Auto-Organização das Torcidas Organizadas sob a Ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza: v. 27 n. 1 (2019): Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza.

PEARSON, G; SALE, A. On the Lash - revisiting the effectiveness of alcohol controls at football matches. Policing and Society. Londres: Routledge, 2011.

RODRIGUES, Nelson. A Sombra das Chuteiras Imortais – Crônicas de Futebol. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 1994.

SEVCENKO, Nicolau. Futebol, Metrôpoles e Desatinos. Revista USP, 1994.

SCHAUER, Frederick. A Força do Direito. 1. Ed – São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2022.

TOLEDO, Luiz Henrique de. Torcidas Organizadas de Futebol. São Paulo: Vozes, 1996

TRIBAL LOVE: THE NEURAL CORRELATES OF PASSIONATE ENGAGEMENT IN FOOTBALL FANS - Social Cognitive and Affective Neuroscience (SCAN). Disponível em: <<https://academic.oup.com/scan/article/12/5/718/3051628>> Acesso em 22/11/2021

UNITED KINGDOM. Football (Offences) Act 1991. Disponível em: <www.legislation.gov.uk> Acesso em 22/11/2021

UNITED KINGDOM. Football Supporters Act 1989. Disponível em: <www.legislation.gov.uk> Acesso em 22/11/2021

UNITED KINGDOM. Explanatory Notes to the Football (Offences and Disorder) Act 1999. Londres: The Stationery Office, 1999.

UNITED KINGDOM. Football (Disorder) Act 2000. Disponível em: <www.legislation.gov.uk> Acesso em 22/11/2021

UNITED KINGDOM. Football (Offences and Disorder) Act 1999. Disponível em: <www.legislation.gov.uk> Acesso em 22/11/2021

CONSTELAÇÃO FAMILIAR

RENATA MOTA: graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis ¹⁵.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: A terapia se desenvolveu em meados da década de 1970. A Constelação Sistêmica Familiar é um método psicoterapêutico que foi desenvolvido pelo terapeuta e filósofo alemão Anton Súber Melingre (1980), que lida mais com a intuição e as emoções do que com o racional. A chegada da constelação no Poder Judiciário coincide com um contexto de morosidade judicial e de protesto social quanto à agilidade nas resoluções de conflitos e à busca por alternativas que desafoguem a máquina pública. Diante desse panorama, surgiu o questionamento de como os magistrados do Poder Judiciário do Distrito Federal percebem a utilização da Constelação Familiar no âmbito judicial. Vem sendo aplicada em processos judiciais com a finalidade de obter maiores índices de acordo. Quando aplicados em processos, as pessoas reproduzem situações reais, que podem ser desde questões familiares como divórcio, herança, adoção, quanto em relação a infratores, com a finalidade de descobrir a verdadeira origem do problema e solucionar isso na sua origem.

Palavras-chave: Constelação - Família - Judicial.

ABSTRACT: Therapy was developed in the mid-1970s. Systemic Family Constellation is a psychotherapeutic method that was developed by the German therapist and philosopher Anton Súber Melingre (1980), which deals more with intuition and emotions than with rationality. The arrival of the constellation in the Judiciary coincides with a context of judicial slowness and social protest regarding the agility in conflict resolutions and the search for alternatives that relieve the public machine. Given this panorama, the question arose of how the magistrates of the Judiciary of the Federal District perceive the use of the Family Constellation in the judicial scope. It has been applied in lawsuits in order to obtain higher agreement rates. When applied in processes, people reproduce real situations, which can range from family issues such as divorce, inheritance, adoption, to offenders, with the aim of discovering the true origin of the problem and solving it at its source.

¹⁵ E-mail: rm.renatamota@gmail.com

Keywords: Constellation - Family – Judicial

1-INTRODUÇÃO

Terapia desenvolvida em meados da década de 1970, fundada por Anton Suéter Melingre em 1980 com formação filosófica. A técnica é projetada para superar crises pessoais e familiares na vida. Pode desenvolver-se em terapia de grupo ou individual, usando bonecos para resolver problemas, ou seja, problemas de relacionamento. Essas soluções serão baseadas nas leis que regem o sistema familiar, conhecidas como “Ordem do Amor”.

Portanto, espera-se que os resultados obtidos possam fornecer embasamento científico para a análise da aplicação do método fenomenológico das constelações familiares no judiciário, principalmente na aplicação de técnicas de mediação judicial. Considere a dificuldade de apaziguamento, não apenas a resolução de conflitos levados a nossos tribunais. Para a realização deste trabalho, e com o objetivo de analisar se a aplicação de métodos fenomenológicos contribui para a resolução de conflitos familiares, foi utilizado um estudo bibliográfico com base em pesquisas já organizadas e sistematizadas apresentadas através de livros, artigos jurídicos e científicos.

Para tal, desenvolveu-se uma abordagem qualitativa e exploratória, procurando analisar a possibilidade de aplicar uma abordagem sistemática da configuração familiar às modalidades de autoconfiguração da mediação judicial.

2-CONCEITO E DEFINIÇÃO DE CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A consciência atua diretamente no indivíduo de acordo com os valores transferidos por seu sistema. De acordo com esse conceito, o indivíduo age em sua consciência sempre que molda sua vida e suas ações / reações ao que seu grupo, sua comunidade entende como correto, entende como o melhor. Isso não significa que o indivíduo e o grupo a que pertence estejam agindo "corretamente", dentro do quadro prescrito pelas normas legais e morais, mas significa que existem normas de grupo, e estas são seguidas por todos, de boa fé.. Conhecimento. Por outro lado, a pessoa que age de forma contrária à ideia dominante do grupo. vai agir com a consciência tranquila.

Essa ação contra as ideias do grupo faz com que o indivíduo se sinta culpado, pois todos precisamos pertencer, e quando o indivíduo não respeita as normas do grupo em que está inserido, sai ou corre sério risco de deixar de pertencer .pertence. a este grupo, o que gera conflitos e desequilíbrios internos. Este conflito só pode ser atenuado quando o indivíduo assume o seu estado adulto de si, permitindo-lhe observar a dinâmica do grupo e escolher conscientemente fazer as coisas de forma diferente, rompendo o ciclo de repetição que tem causado danos até ao seu sistema familiar. Tudo o que um indivíduo faz

em seu sistema visa o pertencimento. Ele também age instintivamente com base na consciência que herda através da cavidade orogênica para permanecer como membro do clã.

Portanto, muitas vezes uma pessoa age inconscientemente, repetindo as regras herdadas de seu ramo. Isto aplica-se não só ao grupo familiar, mas a todas as áreas em que fazemos parte das nossas vidas, porque o ser humano nasce com a necessidade de pertencer, até como forma de sobrevivência. Claro que pertencer também gera julgamento e exclusão, então, para pertencer a um grupo, abri mão de outro grupo que tem padrões diferentes. Da mesma forma, é um julgamento dos outros membros, analisando se eles merecem permanecer neste grupo ou ingressar nele, mantendo assim minha própria consistência e satisfazendo minha necessidade de pertencimento.

3-CONSTELAÇÃO FAMILIAR ENTRE PAI E FILHO

O sistema familiar é muito complexo ele envolve todo tipo de dado inconsciente e consciente de cada integrante da família. Os membros principais na Constelação Familiar são os pais e filhos, de forma clara eles que dão lugar de origem, ou seja, pelo uma vez na vida já exercemos essa função de pai ou filho. Para Bert Hellinger:

“O que significa *“pais e filhos”*? Significa que os filhos receberam a vida desses pais específicos. Não existem outros pais a não ser esses. Por esse motivo, são os melhores pais: os únicos possíveis e, por isso, os únicos certos. A pergunta é: de onde vem a vida que nossos pais nos transmitiram? Eles a receberam de seus pais, e estes, por sua vez, de seus pais. A vida vem de longe, o quão longe não sabemos. Ela se perde em algo não reconhecido e desconhecido para nós. Mesmo assim, a vida que flui por essas gerações é sempre a mesma. Nada se altera nela. Por isso, não faz diferença como foram os pais. Todos são iguais naquilo que receberam e transmitiram.”

O significado entre pais e filhos, o pai é único e certo, o pai ele passa de geração a geração sempre sendo a mesma na linhagem e ela não se altera pois sempre igual no que transmite e recebe.

O filho repara no pai e assim se recria no pai tendo ele como inspiração, a ausência do pai cria feridas ao longo da vida de um filho e de fato acaba causando transtorno ao psicológico deste filho. Já no caso de má relação também gera o transtorno o pai é a figura de autoridade dentro do âmbito familiar e filho negado não dá ao pai aquilo que não tem assim gerando frustração. Bert Hellinger ensina a deixarmos com os pais o que pertence ao destino deles, reconhecê-los como seres

humanos, ou seja, pessoas normais como nós, e que vieram de seus próprios conflitos e emaranhamentos familiares. A Constelação familiar entra em baque quando a separação gerando uma mudança atuação de mãe e pai, pois de fato sempre sobrecarregara a um.

Quando o termino do casal é conflitante o filho é diretamente atingido, abalando sua estrutura e de certa forma não irá cultivar o amor em família, o filho ocupará um espaço emocional que não era para ser seu, para Bert Hellinger o fato é:

“Se a separação é dolorosa, há sempre a tendência a procurar alguém para incriminar. Os envolvidos tentam aliviar o peso do destino arranjando um bode expiatório. Em regra, o casamento não se desfaz porque um parceiro é culpado e o outro inocente, mas porque um deles está assoberbado por problemas de sua família de origem ou ambos caminham em direções opostas. Se se incrimina um parceiro, cria-se a ilusão de que algo diferente poderia ter sido feito ou de que um comportamento novo resgataria o casamento. Nesse caso, a gravidade e a profundidade da situação são ignoradas, os parceiros começam a recriminar-se e a acusar-se mutuamente. A solução para combater a ilusão e a crítica destrutiva é resignar-se à forte dor provocada pelo fim do relacionamento. Essa dor não dura muito, mas é lancinante. Se os parceiros se dispuserem a sofrer, poderão tratar do que merece ser tratado e dispor as coisas que precisam ser dispostas com lucidez, ponderação e respeito mútuo. Numa separação, a raiva e a censura em geral substituem o sofrimento e a tristeza.”

O exercício da boa harmonia realizado Bert Hellinger, ajuda pais e filhos criarem laços ou curar feridas que foram feitas ao longo do tempo o exercício é um conceito inovador na era da constelação familiar:

Faça uma respiração profunda, feche os olhos e se recolha ao seu centro. Imagine que seu pai está a sua frente e que você o olha como uma criança olha para o pai: com olhos grandes e um amor incrivelmente profundo. A maior entrega que jamais havíamos vivido foi esse olhar para nossos pais. Se você não conheceu o seu pai, imagine como seria se ele estivesse a sua frente quando você era uma criança. Perceba que atrás dele está o pai dele, o avô, bisavô e toda a linhagem masculina dele, que é a sua linhagem. A vida vem de geração a geração, com toda a sua força e energia e, por meio dele, seu pai, chegou até você. Tome essa vida que chega a você. Agora se vire, seu pai fica atrás de você, do lado direito, e você olha adiante,

olha para um lindo caminho de luz que é a sua vida. Sinta que a mão do seu pai está em seu ombro direito e receba dele, e de toda a sua ancestralidade masculina, a benção e a força para seguir em frente e fazer o seu melhor. Fique com essa imagem e abra os olhos.

4-PRÍNCÍPIOS E ESPÉCIES SISTÊMICOS

O primeiro princípio é a atribuição. Isso significa que todos têm o mesmo direito de pertencer ao sistema. Este princípio está relacionado com a necessidade de conexões. Pessoas que contribuem negativa ou positivamente para eventos importantes na vida dos membros do sistema familiar. Se na família houver uma vítima de um assassina que não seja membro da família Essas pessoas também serão vítimas dessa família.

Isso mostrará quando os membros da família se propuserem posteriormente se não forem aceitos. Na verdade, qualquer pessoa que rejeitamos ou por quem nos sentimos culpados será mais tarde personificada por outros membros da família pelo menos em seus sentimentos, mas frequentemente também em seu comportamento. Assim, afirma-se que quando um familiar é excluído injustamente do sistema familiar, surgem diversos obstáculos para as gerações seguintes de membros em sua busca pelo equilíbrio, pois a alma da família não tolera a exclusão. O segundo princípio é a hierarquia que afirma que quem chega primeiro tem precedência e exerce direitos sobre os membros do sistema familiar que chegam depois.

A partir desta ordem entende-se que cada membro deve ocupar o seu lugar na família e quando este princípio é violado, o sistema sofre disfunções que só serão corrigidas quando cada um assumir o seu lugar. O terceiro princípio é o equilíbrio entre dar e receber e diz que em todas as relações todos devem dar e receber na mesma proporção. Quando um dá mais que o outro O relacionamento ficará desequilibrado, o que impossibilitará a continuação. Neste sentido a partilha, herança, dote, privilégio e desvantagem, injustiça, etc. As contas familiares e sociais devem ser equilibradas. O falecido e o falecido também fazem parte da família.

Hellinger também percebeu por meio das constelações do sistema familiar que os princípios do sistema funcionam nas relações por meio da consciência. Desta forma, em termos de pertença, a consciência é boa se o comportamento corresponder ao sentimento de pertença à família pois desta forma sentem-se acolhidos e respeitados como parte igualitária do grupo. Por outro lado, uma pessoa age inconscientemente quando um relacionamento afasta membros de sua família parental porque se sente excluído de sua família parental.

Em termos do princípio do equilíbrio, os membros do grupo agem de boa consciência quando oferecem algo e, portanto, adquirir o direito de receber algo em troca. Por outro lado, há uma consciência se forem forçados a dar demais ou quando houver um desequilíbrio que confunde a coesão do grupo.

E, finalmente, quanto à ordem agimos com a consciência tranquila quando assumindo o lugar e prosseguimos as regras que compõem o grupo familiar e agimos com a consciência pesada quando fazemos algo contra essas regras criadas pela família.

Sentimentos de consciência boa ou má, inocência e culpa nem sempre estão relacionados ao que é socialmente admitido como certo e errado. Esses sentimentos estão relacionados à necessidade de liame com o sistema familiar. Portanto, diz-se que alguém é capaz de comportamentos destrutivos e malignos com senso de inocência, quando se trata de um padrão familiar, assim como atitudes construtivas são assumidas com sentimento de culpa, quando essa atitude representa uma ameaça à lei. pertencer. Sob esse ponto de vista, Hellinger ensina que:

O único critério que a consciência usa nos serviços de apego é o valor do grupo ao qual pertencemos. Portanto, pessoas de grupos diferentes têm valores diferentes, e pessoas de grupos diferentes agem de maneira diferente em cada um deles. Quando nosso contexto social muda, a consciência muda de cor como um camaleão para se proteger no novo ambiente. Temos uma consciência para nossa mãe, outra para nosso pai; um para a família e outro para o trabalho; um para a igreja e outro para a noite. Em todas as situações Busca conscientemente proteger nossa propriedade. Proteja-nos do abandono e da perda. Ela nos tranca em rebanhos como um cão pastor mantém as ovelhas no rebanho Latindo e mordendo os calcanhares até nos fundirmos com outro bando.

Mas o que nos torna inocentes em um relacionamento pode nos tornar extremamente culpados em outro. Em um grupo de ladrões Os membros são obrigados a roubar, o que fazem de boa fé. Em outros grupos, roubar é proibido. Em ambos os casos Os participantes experimentam sentimentos de culpa e inocência, bem como punição por violar as condições de integridade do grupo.

5- APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO ÂMBITO JURÍDICO

O referido projeto de lei estabelece como princípios norteadores para esse uso a imparcialidade do constelador, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca de solução para o conflito e a boa-fé. Em conclusão, acrescenta que a técnica não

pode ser utilizada pelo juiz em hipótese alguma, devendo, portanto, ser praticada por um terceiro imparcial e com formação técnica, o chamado constelador, sem autoridade decisória. O constelador é escolhido pelo Tribunal ou pelas partes e conduz o processo de forma a chegar a acordo e consenso entre as partes e facilitar a resolução do litígio. O Colaborador ficará impedido de atuar, aconselhar, representar ou advogar por qualquer das partes pelo prazo de um ano a partir da data da realização da assembleia, e ainda não poderá participar como árbitro ou testemunha em qualquer processo, judicial ou extrajudicial, litígio, onde ele trabalhou.

As mesmas suposições de frustração e suspeita se aplicam às constelações e aos mediadores. Portanto, o constelador designado deve notificar às partes, antes de aceitar a função a existência de qualquer fato ou circunstância que possa colocar em dúvida sua imparcialidade, caso em que poderá ser rejeitado por qualquer das partes. O órgão comparou o Zodíaco e seus assistentes a funcionários públicos para fins de direito penal em serviço. A função de constelador pode ser exercida por qualquer pessoa idônea que tenha concluído curso de formação continuada em instituto reconhecido pelo Ministério da educação e esteja preparada para concluir a Constelação, com carga horária mínima de 140 horas, independente de participação no conselho., organização ou associação de classe, ou estar registrado em uma delas.

Quanto à operacionalização do procedimento o projeto especifica que a Constelação deve iniciar com uma breve explicação sobre o assunto momento em que o constelador deve comunicar sobre as regras de sigilo aplicáveis ao procedimento. É vedado ao expositor expor várias vezes o objeto disputado.

A Constelação Familiar Sistêmica tem sido amplamente utilizada nos tribunais de todo o país pois é considerada uma técnica eficaz, pois permite que os envolvidos no conflito perceba a origem da demanda. Estas oficinas são de 2011/2003. não. 125 de 2010. Um dos principais projetos é a iniciativa da Storch, que mantém a implementação de aulas de experiência na 2ª Piroca de Descendência de Itabuna / BA, para a qual são convidados os envolvidos com demandas semelhantes. Através dos questionários que foram respondidos após a experiência foram obtidos os seguintes dados:

59 % dos entrevistados disseram ter notado uma mudança no comportamento do pai / mãe de seu filho após a experiência o que melhorou o relacionamento entre as partes. Em 28,9 % as mudanças foram significativas ou muito grandes.

59 % disseram que a experiência ajudou ou facilitou a obtenção de um acordo para conciliação durante a audiência. Para 27 % ajudou muito, 20,9 % ajudou muito;

77 % disseram que a experiência ajudou a melhorar as conversas entre os pais sobre custódia, visitas, dinheiro e outras decisões sobre o filho das partes. Para 41 %, a ajuda é importante; Os outros 15,5 % ajudar muito;

71 % disseram que a relação com o pai / mãe do(s) filho(s) melhorou após a experiência. Uma melhora significativa de 26,8 % e um aumento significativo de 12,2 %;

94,5 % relatar que o relacionamento com o filho melhorou. Uma melhoria significativa de 48,8 % e uma melhoria significativa de 30,4 %. Apenas 4 (4,8 %) não perceber-se tal alteração.

76,8 % mencionar melhora no relacionamento entre pai / mãe da criança. Essa melhora foi significativa em 41,5 % dos casos e substancial em 9,8 % dos casos

55 % das pessoas disseram que desde que vivenciaram as constelações familiares se sentiram mais tranquilas para tocar no assunto 45 % pronunciar que diminuiu a sensação de dor; 33 % pronunciar que o diálogo com a outra pessoa foi mais fácil; 36 % declarar que passaram a respeitar mais o outro e entender suas dificuldades; e 24 % disseram que a outra pessoa envolvida passou a respeitá-los mais.

Com as respostas recebidas pelos próprios jurisdicionados, fica claro que além de melhorar a justiça, o objetivo da boa convivência familiar também é alcançado e, conseqüentemente, a demanda por tutela jurisdicional é reduzida.

Embora tenha como público-alvo as partes envolvidas em processos de família, o Juizado Especial Criminal e os requerentes do CEJUSC do Newsgroup Norte da Ilhota, o projeto estende-se também a requerimentos de outros tribunais e da comunidade em geral. O projeto tem como base a resolução nº 125 de 2010, do CNJ e art. § 1º O sigilo se estende a todas as informações construídas durante o processo cujo conteúdo não poderá ser utilizado para fins diversos daqueles previstos em decisão expressa das partes. § 2º Em razão do sigilo inerente às suas atribuições, o mediador e o mediador e membros de sua equipe não poderão divulgar ou depor sobre a mediação ou quaisquer fatos ou elementos dela decorrentes.

O pedido decorre sobretudo do interesse das partes, dos advogados, do gabinete Modelo da universidade Federal de Árya Catarina, dos centros Judiciais de resolução de conflitos e da cidadania do Poder Judiciário de Árya Catarina, do Ministério Público ou do

juiz do mesmo. As partes recebem uma autorização para a audiência coletiva, que inclui a data hora e local do documento. No início do evento o juiz coordenador explica aos presentes do que se trata o evento e avalia as questões sobre a técnica da Constelação Familiar Sistêmica, os objetivos do encontro e os resultados esperados. Por fim, o juiz pode notificar previamente ao psicólogo quaisquer questões a serem tratadas, como pensão alimentícia, problemas de cuidados comuns e divórcio dos pais.

No entanto, devido à atitude fenomenológica, os apetites das partes são respeitados. Ressalte-se que uma das bases para a aplicação das constelações familiares em matéria judicial é o protagonismo das partes, que assumem a responsabilidade pelo próprio comportamento que levou ao julgamento do conflito. De referir ainda que as partes estão protegidas pelo sigilo e confidencialidade, tal como na mediação. Essa proteção garante que as partes possam elucidar suas dúvidas e articular claramente seus problemas.

Durante os intervalos, o assistente social facilita a prática da comunicação não violenta por outros meios, com o objetivo de capacitar as partes para conciliar as diferenças iniciais do conflito em questão e, assim, preservar a titularidade do conflito diálogo para resolver divergências existentes. Ao final do seminário, será expedido o prazo de participação, com xerox anexada aos documentos dando oportunidade às partes de decidir sobre o prosseguimento da inscrição. Destes, 74,3 % consideram o conteúdo apresentado excelente e 67 % caracterizam o resultado da atividade como bom. No que diz respeito à implementação das Constelações Familiares Sistêmicas, além dos casos envolvendo questões familiares, um exemplo é o trabalho realizado pelo Núcleo de Implementação Sistêmica da lei com os presos da moradia do Albergado Irmã Uilano, também na região Capital., coordenado pela professora Márcia Sarubbi, com o objetivo de apresentar, dentro do sistema prisional, uma nova compreensão daquilo que, ocultamente, causa conflitos

6-CONCLUSÃO

Atualmente, a aplicação da técnica terapêutica da constelação familiar vem crescendo nos tribunais brasileiros, proporcionando um alto nível de resolução de conflitos familiares, sendo uma solução adequada de conflitos desde que as partes os resolvem por conta própria, sem a intervenção direta de um terceiro. Parte parte, investindo no judiciário, magistrado, decisão na forma da lei e prova nos autos. O conflito de duas pessoas gera o encontro de dois sistemas, e a compreensão de tais conflitos não justifica a responsabilidade de quem o praticou. No entanto, não são uma solução mágica que exige esforços de ambas as partes para chegar a um acordo. Notamos, portanto, a influência positiva que as constelações familiares exercem no campo jurídico, em benefício da resolução de conflitos e harmonia entre os sujeitos envolvidos.

Em quase todos os casos submetidos à sessão de constelação, os resultados foram informativos e obteve-se um alto nível de concordância. Por exemplo, em castro alves, a 191 km de salvador, em 2012 e 2013, a tecnologia foi aplicada a pessoas envolvidas em processos na piroca de descendência. Na época eram seis reuniões, com três casos utilizando a técnica por dia. Das 90 audiências, com a participação de uma das partes, o índice de conciliação foi de 91 %, quando ambas as partes foram submetidas ao procedimento de constelação, esse índice subiu para 100 %. Enquanto outros processos esse índice é de 73 %.

No núcleo bandeirantes (df), em sua piroca cível de descendência, órfãos e patrimônio, a técnica já foi aplicada em mais de 50 casos e os índices de aprovação chegar a 86 % quando ambas as partes participaram do acordo.

A juíza magali dalla alicerce gomes, uma supervisoras do projeto constelar e conciliar, que existe em diversas unidades judiciais, conta que as audiências costumam acontecer semana antes das audiências de conciliação. Ele seleciona arquivos com temas semelhantes que não foram bem-sucedidos durante as reconciliações anteriores e, em seguida, transmite esses arquivos para as sessões.

O juizado de menores de brasilia realizou oito audiências com adolescentes dependentes no ano passado. Existem constelações que estão longe da família e constelações que se aprimoram visivelmente entre si. Segundo acha campos, "a constelação ajudou a amenizar os conflitos com as famílias adotivas e em outras situações os aproximou dos pais biológicos". Também houve uma mudança positiva na maneira como os jovens tratam seus "pais".

"heloísa" revela que a constelação foi fundamental para ela identificar onde estava o problema familiar, que a levou a repetir os padrões do pai quando ele estava bem financeiramente, dava um jeito de entrar no vermelho e contrair mais dívidas. Ele já participou de três constelações e já pagou quase 60 % de sua dívida.

As partes confrontadas com a participação em sessões de consistência familiar estão mais dispostas a chegar a um acordo. Essa abordagem também permite justiça humana e fornece uma nova visão para soluções mais práticas para os envolvidos.

Para cy stitch, as constelações familiares "são um meio pelo qual podemos criar um espaço mais humano e eficaz para a justiça na redução de conflitos e melhorar ainda mais o resultado das sessões de mediação".

Do ponto de vista da pesquisa essa prática alcançou um alto nível de concordância e parece abrir novas perspectivas sobre a justiça no brasil. Tratar cada caso de forma diferenciada e levando em consideração o individualismo de cada um. As pessoas não são

mesmas, por que seus problemas deveriam ser? Nas palavras do juiz aparece stich, uma condenação judicial pode até trazer alívio temporário às pessoas, mas não cura seu sofrimento. Essa é uma maneira de chegar à raiz do problema e esse método utiliza a constelação familiar. Pela aplicação da lei.

Nessa perspectiva, este estudo observou que a compreensão da natureza interdisciplinar da coordenação é essencial para a inovação em institutos de pesquisa. Assim, os mediadores que vão intervir em processos familiares têm o dever de aprofundar os seus conhecimentos de forma a compreender o direito de família numa perspectiva interdisciplinar, para compreender que o conflito familiar não é único e, por isso, pode expressá-lo. Diferentes circunstâncias. Às vezes, por exemplo, ela se manifesta na pensão alimentícia, depois passa para o regime de visitas, outras vezes, volta a se manifestar na forma de revisão da pensão alimentícia, garantindo assim que o conflito familiar não se acabe e o judiciário não se pacifique disputas, mas apenas para resolvê-las.

Além disso, verificou-se que a mediação judicial em ações familiares é hoje uma área importante para a aplicação da constelação familiar sistêmica. Porque o método fenomenológico, além de cooperar para o aperfeiçoamento do sistema judiciário e dos meios de resolução consensual do referido conflito, contribui para a harmonia e qualidade das relações na instituição familiar. Vale ressaltar também que a disputa será tratada da melhor forma possível, com respeito e consideração pela importância de cada membro do sistema familiar.

Consequentemente, é uma oportunidade de reconhecer e rever cada membro da família em momentos de conflito. Existe então, a partir de um panorama geral, a oportunidade de verificar o que está em desequilíbrio e quais são os comportamentos que se repetem na instituição familiar. Assim, ao final, as próprias partes no conflito confessam os emaranhados da família e assim assumem a responsabilidade por suas decisões no momento em que a imagem do conflito é apresentada pelo mediador.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, A. A. Mediação Familiar Interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, SENADO FEDERAL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm%3E >; acesso em: 15/11/2018.

CÉSPEDES, Adele. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação**. 2017. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177310/A%20Constela%C3%A7%C3%A3o%20Familiar%20...> >. Acesso em: 16/09/2018.

ERVOLINO, D. O que é constelação familiar, 2012. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/11859/o-que-e-constelacao-familiar#ixzz462l0d75i>>. Acesso em: 17 out. 2017.

HELLINGER, Bert, **Ordens do Amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares, São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. A Simetria Oculta do Amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. 2006. pg. 29.

HELLINGER, Bert. A Simetria Oculta do Amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. 2006. p. 28.

HELLINGER, Bert. **A Fonte Não Precisa Perguntar Pelo Caminho**: Um livro de consulta. Patos de Minas: Atman, 2005.

HELLINGER, Bert. **A Simetria Oculta do Amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. 6 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. **No Centro Sentimos Leveza**: conferências e histórias. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert. **Quem pertence a nossa família?** Disponível em: <<https://www.hellinger.com/pt/página/constelacao-familiar/quem-pertenceanossa-familia/>>. Acesso em: 16/09/2018.

MADALENO, C. A Alienação Parental, suas conseqüências e a busca de soluções à luz das Constelações Familiares e do Direito Sistêmico, 2015. Disponível em: <http://ce3c93873e2f4ac433a5bdac5c8f5b7daaliena_C_eoparentalsuasconsequ_unciaseabuscadedesolu_C_I_es_aluzdasconstela_C_Iesfamiliaresedodireitosist_umico.pdf (carpesmadaleno.com.br)>. Acesso em: 5 out.2017.

OLDONI, Fabiano; SARUBBI LIPPMANN; Márcia; GUGELMIN GIRARDI, Maria Fernanda. Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal, 2018. pp. 43-44.

SARUBBI LIPPMANN; Márcia. Constelações Sistêmicas aplicadas na resolução de conflitos familiares. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/constelacoes-sistemicas-aplicadas-na-resolucao-de-conflitos-familiares-1508416963%3E>> Acesso em: 16/09/2018.

SCHNEIDER, Jakob Robert. A prática das constelações familiares. 2007. p. 28.

LEGITIMAÇÃO DA PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA

TARCILENE DE FÁTIMA MORAES FIGUEIRA:

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis¹⁶.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O direito de família vem passando por inúmeras modificações com o passar dos anos, e o conceito de família vem se ampliando para abranger as mais diversas formas de núcleos familiares existentes, sendo uma delas a parentalidade. Nesse contexto, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a afetividade, a solidariedade e a ideia de família contemporânea plural, é provável que surjam novas decisões nesse sentido, consagrando a tendência do direito de família de se adaptar a uma nova realidade social, buscando assegurar direitos constitucionalmente protegidos. Preliminarmente será estudado o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais norteadores da paternidade socioafetiva. Os modelos de família atual, serão analisadas as formas de gêneros na sociedade multicultural brasileira e as suas formas de reconhecimento extrajudicial. Por fim será estudado como os entendimentos judiciais vem se posicionando em relação a socio afetividade familiar. Para tanto, servimo-nos da análise de manuais de direito de família, livros, artigos de revistas especializadas, material da internet, decisões dos tribunais e da legislação constitucional, civil e menorista em vigor.

Palavras-chave: Afetividade; Direito; Família; Parentalidade; Socioafetiva.

ABSTRACT: Family law has undergone numerous changes over the years, and the concept of family has been expanding to cover the most diverse forms of existing family groups, one of which is parenthood. In this context, considering the principle of human dignity, as well as affectivity, solidarity and the idea of a contemporary plural family, it is likely that new decisions will arise in this regard, enshrining the tendency of family law to adapt to a new social reality, seeking to ensure constitutionally protected rights. Preliminarily, the principle of human dignity and the guiding constitutional principles of socio-affective paternity will be studied. Current family models will be analyzed, gender forms in Brazilian multicultural society and their forms of extrajudicial recognition. Finally, it will be studied how judicial understandings have been positioning themselves in relation to family socio-affectivity. For that, we used the analysis of family law manuals, books, articles from

¹⁶ E-mail: tarcilene77@gmail.com

specialized magazines, internet material, court decisions and constitutional, civil and minorist legislation in force.

Keywords: Affectivity; Family; Parenting; Right; Socioaffective.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho alude acerca do vínculo de parentalidade socioafetiva no direito de família brasileiro, ao reconhecimento extrajudicial de paternidade socioafetiva no Brasil, após a Constituição Federal de 1988.

Atualmente na sociedade multicultural brasileira, dentre as formas de filiação existentes, destacam-se, a filiação socioafetiva decorrente da posse de estado de filho como filhos de criação e enteados. Sendo vedada qualquer discriminação entre as possíveis espécies de filiação, eis que todas estão no mesmo nível. Assim, os mesmos direitos que possui um filho de sangue, também possui um filho adotivo ou afetivo.

Contudo a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva ocorre que a legislação federal brasileira, quando trata do reconhecimento extrajudicial de filho, refere-se apenas aos filhos biológicos, não disciplinando os procedimentos a serem adotados em relação aos filhos afetivos, a prioridade da efetividade da identificação das estruturas familiares levou a valoração do que se passou a chamar de filiação socioafetiva. Mas do que um direito, o afeto tornou-se um dever jurídico.

Onde se possuem sólidas relações de afeto com alguém que exerce a função paterna em suas vidas. Neste sentido, apenas seis Estados Brasileiros possuem normas específicas que autorizam o reconhecimento extrajudicial de filho socioafetivo, surgindo uma enorme lacuna em relação à interpretação e aplicação destas normas no restante do país, principalmente quando o filho é reconhecido extrajudicialmente perante o notário de um Estado que prevê esse procedimento, mas o registro de nascimento está em um cartório de outro Estado, onde não existe norma prevendo a inclusão do pai afetivo no assento de nascimento.

Sendo assim pretendo fazer os seguintes questionamentos: Em que medida deve ser aplicada a legislação federal de reconhecimento extrajudicial de filhos biológicos aos filhos socioafetivos (filhos de criação e enteados), eis que somente meia dúzia de Estados possuem normas próprias sobre o tema, e a Constituição Federal veda a diferenciação da filiação?

Pretendo traçar um panorama geral do tratamento dispensado pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência ao tema da filiação socioafetiva.

2. APRESENTAÇÃO DO TEMA

A família sempre desempenhou um papel importante na vida do homem, norteando a forma como este se relaciona com os demais no meio em que vive, nesse entretanto, a mudança de paradigmas influenciou diretamente a formação da sociedade, que se adequou às necessidades de seus integrantes.

A família é a primeira instituição conhecida pelo homem. Antes mesmo de o ser humano tornar-se sedentário, construir cidades, ou instituir o Estado, este ente social já existia e era o responsável pela transmissão de valores, costumes e conhecimento. Na obra “A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado”, Engels discorre sobre as modificações da família primitiva desde a união conjugal poligâmica até o casamento monogâmico. O autor defende que existiu um estado primitivo no qual todas as mulheres de uma tribo pertenciam a todos os homens da mesma e vice e versa. (ENGELS, 1984, p. 31).

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece (XVI 3). A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Nesta linha, a dignidade consolidada na Carta Magna brasileira gerou uma gama de princípios, dentre os quais os de Direito de Família, que norteiam as relações familiares brasileiro. Dentre os princípios que irradiam do princípio da dignidade humana, destacam-se: O princípio da afetividade, o princípio do pluralismo das entidades familiares, o princípio da solidariedade, o princípio da igualdade da filiação e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A afetividade é um princípio que não está expresso em nossa Constituição, porém basta uma atenta leitura aos artigos 226 e 227 da carta Magna para compreender a sua existência. A família de hoje não está mais ligada pelo sangue, mas sim pelo afeto.

É necessário em primeiro momento fazer uma breve análise sobre os princípios que norteiam o direito de família, para que se possa ter uma visão ampla sobre os pilares do instituto.

Tais princípios podem se dividir, para fins didáticos, sob duas perspectivas, sendo a primeira parte relativa aos princípios aplicáveis ao direito de família, enquanto a segunda referente aos princípios peculiares à matéria especificamente abordada neste trabalho, qual seja, a paternidade socioafetiva.

O mandamento da afetividade é, sem dúvida, basilar para as relações de família. E, em verdade, um preceito muito controvertido quando se pensa em conceituação, pois

alguns autores – tais como Maria Berenice Dias (2009), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013) – o ligam ao afeto e ao amor.

Por outro lado, o autor Paulo Luiz Lôbo, entende que tal princípio seja diferente de amor e de afeto, trazendo como lição: A afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O Direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, com força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família (LÔBO, 2006).

Percebe-se assim, a amplitude do conceito da paternidade socioafetiva. Ela está presente no filho biológico, assim como na adoção, na reprodução assistida homóloga ou heteróloga e também na criação natural de alguém que ocupa na família o lugar de um filho. Sempre que houver paternidade, haverá afeto. Quando não houver afeto, não haverá paternidade, haverá apenas um genitor.

O presente estudo vai ressaltar essas mudanças sociais e culturais que representam a sociedade moderna, as relações familiares e principalmente os tipos de formação das famílias vigentes que são totalmente diferentes e mais diversificadas que as famílias de antigamente. Entretanto, com o passar dos tempos vimos a transformação da família sendo extremamente necessário compreendermos a evolução histórica do Direito de Família, uma vez que esta precisa ter como base a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica.

2.1 A INSTITUIÇÃO CHAMADA FAMÍLIA

Percebemos que desde o início do século XIX até os dias atuais houveram grandes modificações na instituição chamada família. Com a modernização da sociedade e com grandes mudanças no âmbito da economia, política e cultura, afetando, notadamente, todos os aspectos da existência pessoal, social e psicológica. Essas mudanças repercutem fortemente na vida familiar, desde o modelo de formação até o provedor do sustento e entre outros aspectos.

Estudos apontam que a família, como é conhecida atualmente, teve sua origem na civilização romana, tomando como ponto de partida o modelo familiar patriarcal hierarquizado. Segundo Engels (1984, p. 61), a origem etimológica da palavra família vem do latim *famulus*, quer dizer escravo doméstico, isto é, família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor. Assim era a família greco-romana, formada por um patriarca e seus *famulus*: esposa, filhos, servos livres e escravos.

Quanto ao conceito, o instituto família vem sendo alterado inúmeras vezes ao longo dos anos e com isso já recebeu diversas denominações. De acordo com Silvio Rodrigues (2004, p. 4), temos que: O vocábulo "família" é usado em vários sentidos, em um conceito mais amplo pode-se definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por

vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos.

Por inúmeros motivos, essas diversas formas de família encontram respaldo jurídico, entre os mais importantes podemos citar: a mudança de paradigma do Estado Liberal para um Estado Social que se preocupa com os interesses da coletividade como um todo; a valorização dos Direitos; no Direito de Família, a franca aplicação de preceitos constitucionais como isonomia, dignidade da pessoa humana e solidariedade (CAMACHO. Michele Vieira, 2020, p. 49).

Desse modo, analisando a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro e sua inegável obediência a ordem constitucional, é certo que o conceito de família tem como ingredientes o afeto, a ética, a solidariedade e a dignidade na busca da felicidade da pessoa humana e, por esse motivo, não se deve prender a preconceitos culturais, religiosos e sociais que esquecem a própria pluralidade existencial, de consciência e de opinião.

2.2 COMO O CÓDIGO CIVIL 1916 TRATAVA AS FAMILIAS E COMO O CÓDIGO CIVIL DE 2002 TRATA ATUALMENTE.

Na época do Código Civil de 1916 e, naquela sistemática da legislação civilista, Clóvis Beviláquia a conceituou como sendo a família legítima, ou seja, aquela advinda do casamento, valorizando assim o que entendia por estabilidade e moralidade com a finalidade de se cumprir sua função social.

O modelo era a família patriarcal, constituída apenas pelo casamento. A desigualdade entre cônjuges e filhos era legitimada pela subsistência dos poderes paternal e marital.

Com intensa influência do Direito Canônico, devido à grande ascendência exercida pela Igreja na sociedade da época (a despeito da recente separação entre Igreja e Estado), o Código de 1916 era taxativo no que diz respeito ao conceito de família, pretendendo, assim, conter a dinâmica social e conduzi-la a seguir um caminho por ele determinado. Imperava o pátrio para todos os filhos, exercido pelo marido na constância do casamento poder previstos nos artigos 379 a 395 do mesmo código.

Contudo a Constituição Cidadã inaugurou um paradigma familiar remodelado, seguindo as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, conferindo outros alicerces fundamentais a proteção da família, refletidos nos seguintes princípios: Pluralismo político que reflete na democracia do lar conjugal (art. 1º, V); paternidade responsável e planejamento familiar (art. 226, § 7º); na tutela especial de proteção da família pelo Estado

(art. 226, caput); pelo pluralismo dos tipos familiares (art. 226, § 1º ao 4º); pela dissolubilidade do vínculo conjugal (art.226 § 6º); pelo dever da convivência familiar e da proteção da criança e do adolescente (art. 227 caput e § 3º, VI e § 5º).

Portanto a Magna Carta trouxe uma nova forma de interpretar as disposições que tratam de Direito de Família, a fim de atender aos anseios da sociedade, cabendo a legislação infraconstitucional proteger todos os núcleos familiares existentes.

A cerca do Código Civil de 2002, este trouxe profundas alterações a esse respeito reproduzindo regramentos constitucionais quanto à família e inovou em outros, a fim de se ajustar às novas necessidades sociais. Não significando proteção isonômica e integral de todas as formas de família e seus integrantes.

Com o passar do tempo e com o advento de novas leis e com a Constituição Federal de 1988, e também com o Estatuto da família na PL/6583/2013 que estabelece em seu artigo 2º que “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formado por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Há transformação com a mudança de paradigma do pátrio poder para protetivo e com a elevação de filiação ao grau de proteção estatal. Mostrando que ao criarmos relação de afeto com crianças e adolescentes também são elevados a condição de familiares. Sendo conhecida como a extensão da família e foi trazida pela Lei 1210/2009, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis.

Desde então, aqueles adultos casados ou unidos a seus pais, como os quais a criança ou adolescente convivem passaram a ser denominados *padrasto e madrasta*.

Aduz que a sociedade institui outra modalidade de família que, apesar de padecer a reprovação social, atos estes que refletem no Direito e merece destaque. Essa categoria chama-se *Família Paralela*, formada pelos impedidos de casar nos termos do artigo 1.521, VI, do Código Civil, salvo os casados, porém separados de fato. Não se admite que um dos integrantes coabite em outro relacionamento à margem do casamento, categorizando a lei como relação concubinária nos termos do artigo 1.727 do Código Civil.

No atual Código Civil há também os tipos de família como a família matrimonial elencado no artigo 1.511 onde diz que: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. O mesmo diploma dispõe os deveres conjugais no artigo 1.566, in verbis: São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e considerações mútuos.

Nos termos da Constituição de 1988, a união estável entre homem e mulher foi reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. A parte final do dispositivo constitucional (art. 226, § 3º) tem gerado polêmica quanto à prevalência do casamento como modelo de familiar. De acordo com o Código Civil, a união estável configura-se na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família no artigo. 1.723.

3. FILHOS DO AFETO

Filhos do afeto são aqueles filhos onde expresso que não nascem de nós, mulheres, mas vem para nós através do amor. Ser reconhecido como filho é sentir-se amado, individualizado e inserido em uma entidade familiar, pertencente a um todo maior, que envolve também as pessoas ligadas ao círculo de relações do pai ou da mãe, nessa família ela irá gerar um sentimento de reconhecimento social, formador da personalidade, a qual é estruturada na necessidade de preservação da autoestima e no senso de identidade.

O afeto está ligado à consciência, o que nos permite dizer ao outro o que sentimos através da linguagem e do movimento. Os sentimentos diferem das emoções por serem mais duradouros, menos “explosivas” por não virem acompanhados de reações orgânicas intensas. É fundamental o entendimento que o afeto compõe o ser humano e que a emoção e os sentimentos são alimentos de nosso psiquismo e se apresentam em todas as manifestações da vida.

A união estável, assim como a união homossexual, também denominada homoafetiva, tem sua origem e existência em função do afeto entre seus integrantes. O afeto é um sentimento que se traduz em fatos para o direito, fatos esses que se verificam na convivência social, originando a socioafetividade. Do mesmo modo que as mencionadas entidades familiares, o parentesco pode ser gerado apenas pela socioafetividade, que é um fato. Tal condição, aliás, decorre de típico caso de filiação socioafetiva, que encontra sua essência nos laços afetivos construídos durante a vida em família, pelo relacionamento de carinho, amor, companheirismo, dedicação, doação, e independente da condição biológica.

É certo que a filiação não decorre unicamente do parentesco consanguíneo. O artigo 1.593 do Código Civil é expresso no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Sendo o parentesco natural ou consanguíneo, caso decorra do mesmo tronco ancestral, podendo ser a linha reta ou colateral. Isso não quer dizer que não pode ser por afinidade, como acontece onde o cônjuge e do companheiro que perdura parentesco com os parentes do outro.

O poder familiar, como já exposto anteriormente, passou por significativas mudanças com a transição do antigo para o moderno conceito de família. Antes denominado de pátrio poder e consistente numa série de prerrogativas pertencentes ao pai, o agora chamado poder familiar não comporta mais apenas direitos dos pais com relação aos filhos. Trata-se, sobretudo, de um dever dos pais de prestar todo cuidado e assistência, e um direito dos filhos de obter tais benefícios dos pais.

Além disso, subsistem, evidentemente, deveres de respeito e obediência dos filhos para com os pais, aos quais cabe a chefia da entidade familiar. No caso da parentalidade socioafetiva, ocorre um desligamento da subsunção do filho ao poder familiar de sua família biológica e a esta passa, então, a ser submetido ao poder familiar de seus pais socioafetivos.

Esse é o mesmo entendimento que o autor Rolf Madaleno (2000, p. 8.), possui acerca do assunto:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor a pessoa gerada indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, receber e fornece informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração. (MADALENO. 2000, p. 8.).

É cediço que “o nome de família deve identificar a família à qual pertence o portador dele”. Ocorre que nem sempre os laços genéticos coincidem com a família real. (BRANDELLI, 2012, p. 200 apud. TELES. Ana Terra, 2021, p.103).

Para Teles, a inclusão do patronímico de pai socioafetivo, permitida através das sentenças de primeiro e segundo grau em todo o país, além de ser normatizada pela Lei 11.924 de 2009, coaduna com os princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico pátrio. (TELES. Ana Terra, 2021, p.103).

Com base nas razões que foram deduzidas, forçosa a conclusão pela conveniência da coexistência entre as paternidades, impedindo-se que seja excluído o nome do pai não biológico (mas afetivo) do registro de nascimento da criança/do adolescente e incluindo-se neste o nome do genitor consanguíneo.

3.1 PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

Paternidade socioafetiva é aquela baseada no afeto. Como ensina Paulo Lôbo “toda paternidade é, necessariamente, socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não; ou seja, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies, a paternidade biológica e não biológica”. (LÔBO. 2006, p.795 apud. VALADARES. Isabela Farah. 2015, p. 360).

Apesar de não trazer expressamente a paternidade socioafetiva em seu texto, a Constituição Federal aponta, de forma implícita, em vários dispositivos, a importância da afetividade na filiação. Exemplos claros estão no artigo 227, § 6º que equipara a filiação biológica adotiva (que é, por excelência, filiação afetiva); no artigo 226 § 4, quando estende também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; no artigo 226, § 7º; quando fala da paternidade responsável e liberdade do casal no planejamento familiar, e no artigo 227 caput, quando se refere a liberdade da criança e do adolescente e o seu direito a convivência familiar.

O conceito de paternidade socioafetiva, já existente no Código Civil desde janeiro de 1972, quando os artigos 311-e 311-2, foram alterados pela Lei 72-3, e passaram a associar a paternidade com a psicanálise e a sociologia, valorizando aquele que realmente exerce a função de pai.

O Código Civil também não tratou a paternidade socioafetiva, mas a deixou subentendida na redação do artigo 1.593 que diz: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Se a paternidade ou maternidade biológica não vingou e não produziu laços afetivos materiais, e, ao mesmo tempo, tais laços surgiram em uma paternidade/maternidade socioafetiva, esta é que deve ser reconhecida para fins de estabelecimento de nome de família, porquanto esta é a verdadeira maternidade/paternidade para a pessoa, com a qual ela quer ser identificada. (BRANDELLI, 2012, p. 200 apud. TELES. Ana Terra, 2021, p.103).

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes. Inclusive, obrigação alimentar. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade humana, que não admite um parentesco restrito ou de “segunda classe”. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos. (DINIZ, Maria Helena, 2022, p.240).

3.2 O VÍNCULO SOCIAFETIVO PELA POSSE DO ESTADO DE FILHO

Segundo o autor José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 60) demonstra sua posição sobre o tema nas seguintes palavras:

A posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai. (BOEIRA, José Bernardo Ramos, 1999, p. 60).

A socioafetividade é, portanto, a relação familiar que nasce do afeto entre as pessoas. Assim, a posse do estado de filho caracteriza a verdade real que prepondera sobre a verdade biológica.

Reconhecido o vínculo socioafetivo, pela posse do estado de filho, é de se identificar entre o filho do companheiro do genitor ou do adotante vínculo de parentesco por afinidade, conforme artigo 1.595 do Código Civil. Tratando-se de parentesco em linha reta, que não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável no artigo 1.593, § 2º (DINIZ, Maria Helena. 2022, p.56).

No momento em que há a presença dos requisitos de posse do estado de filho e afetividade, existe um duplo vínculo de parentesco. Seja ele por afinidade ou socioafetividade. Ter um pai ou mãe no registro civil nada impede que busque o reconhecimento da filiação socioafetiva, como quem desempenha as funções parentais.

Para Larissa Toledo Costa (2006, p.4), a paternidade socioafetiva caracteriza-se pela posse do estado de filho e sustenta-se em um tripé: nome, trato e fama. Nome significa o filho utilizar o nome do pai socioafetivo como se fosse o biológico. Trato é a postura que filho e pai mantêm um para com o outro, ou seja, se assim se tratam e se respeitam mutuamente. Fama seria exteriorização para a sociedade do trato, quer dizer, se diante desta, eles se comportam como pai e filho e se assim cumprem suas funções na sociedade.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. (DIAS, 2020. p. 53).

4. FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO PROVIMENTO 63 DO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou um regramento que altera diversas questões relacionadas ao registro de pessoas naturais, dentre as quais a possibilidade de reconhecimento extrajudicial das filiações socioafetivas sendo possível enteados e

sobrinhos e o registro dos filhos havidos por métodos de reprodução assistida. Trata-se do Provimento nº 63 do CNJ, de novembro de 2017, mais um exemplo do chamado movimento de extrajudicialização do direito privado, pelo qual diversas questões que anteriormente restavam restritas à apreciação do Poder Judiciário passam a poder ser solucionadas por vias extrajudiciais.

O Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça trouxe a posse de estado de filho, tornar, e, é necessário compreende-la para melhor aplicar o Direito. Admite o reconhecimento extrajudicial, diretamente no cartório do registro civil, da paternidade ou maternidade socioafetiva, de criança acima dos 12 anos de idade. O expediente deve ser encaminhado ao Ministério Público. A formalização deste vínculo filial diretamente nas serventias permite que a afetividade chegue até os balcões dos cartórios, o que representa um estágio significativo do seu percurso. (Diniz, Maria Helena. 2022.p, 241).

Além da redução do número de demandas judiciais relativas ao registro civil, as novas permissões trazidas por este Provimento são dignas de favorecer um enorme contingente de pessoas em todo o território nacional, muitas das quais restavam sem formalização adequada da sua filiação justamente em face dos óbices que até então se apresentavam. As medidas implementadas visam facilitar o acesso a um direito que deve ser assegurado sem maiores obstáculos a todos: o registro do estado de filiação.

Que institui em seu artigo 10. "O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais".

Esse provimento 63 do CNJ colabora com a construção de uma sociedade brasileira mais justa e fraterna, ratificando a função social do registrador público brasileiro como promotor da dignidade humana. A nova norma permite às famílias recompostas que a verdade real sobre a filiação conste nos documentos do registro civil, sem a necessidade da chancela judicial, possuindo o oficial do registro civil a competência para analisar cada caso e deferir ou não o pedido de reconhecimento.

4.1 MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade da atualidade é um fenômeno que ganha força com a reorganização dos núcleos familiares nos quais os pais reconstituem suas vidas amorosas, por vezes trazendo filhos de outros relacionamentos e gerando vínculo afetivo entre todos os componentes daquela família. (CAMACHO, Michele Vieira. 2020, p. 127).

A multiparentalidade fora concebida, pela primeira vez no Tribunal Paulista, consubstanciado na posse de estado de filho, através de longa e estável convivência, aliado ao afeto e consideração mútuos, e sua manifestação pública.

Foi atentado a essa realidade que a Justiça reconheceu a multiparentalidade, atribuindo-lhe efeitos jurídicos. Ou seja, foi admitido o direito de alguém ter mais de um pai e mais de uma mãe. Todos exercendo os deveres decorrentes do poder familiar, garantido ao filho direitos perante todos. Não há proteção maior do que inserir no âmbito de tutela a multiafetividade. (CAMACHO, Michele Vieira. 2020, p. 58).

A multiparentalidade é o reconhecimento da existência da filiação socioafetiva com a filiação biológica, rompendo-se assim, o conceito binário de parentalidade, em que uma pessoa tinha apenas um pai e uma mãe. Importante ressaltar que a genética, por si só, há muito tempo deixou de ser suficiente para definir a parentalidade, nessa incessante busca por um direito mais humano, vários foram os paradigmas quebrados, e, ainda existem muitas barreiras a serem vencidas sendo uma delas a quebra da biparentalidade.

A vista disso é indispensável a análise de princípios constitucionais, que irão amparar a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte do imaginado, pois "é somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes" (PEREIRA, 2005, p. 36). Com isso, a importância da jurisprudência, posto que busca preencher tais lacunas no nosso dispositivo jurídico, assegurando o cumprimento de princípios que são indispensáveis ao reconhecimento da paternidade socioafetiva.

A possibilidade de ser declarada a filiação socioafetiva post mortem não encontra previsão legal, muito embora já seja amplamente admitida. Resulta de construção doutrinária e jurisprudencial com fundamento em diversos princípios constitucionais garantidores de um punhado de direitos fundamentais. Também tem respaldo no artigo 1.593 do Código Civil, que deu ensejo ao reconhecimento do parentesco de origem diversa da consanguinidade. (DINIZ, Maria Helena. 2022, p.199).

5. CONCLUSÃO

Como se viu o Código Civil de 1916 a família era patriarcal onde prevalecia o interesse do pai e da mãe, jamais a vontade dos filhos. No Código de 2002 passou a prevalecer a vontade dos filhos, a família passou a ser mais flexível passando a amparar e garantir proteção de todos os seus integrantes.

A Constituição Federal de 1988 menciona o afeto como a base das relações familiares, possuindo assim verdadeiro valor jurídico. É no princípio jurídico da afetividade que a atual

família firma suas raízes. O fato é que, muito embora de natureza subjetiva, o princípio do melhor interesse da criança deve ser aplicado às demandas judiciais

Se há vínculo de afetividade, porque privar do reconhecimento juridicamente se necessário a relação de parentalidade. Se há interesse de uma paternidade ou maternidade socioafetiva, porque não se falar em multiparentalidade.

E temos o Provimento 63 do CNJ que trouxe para as famílias socioafetivas a dignidade da pessoa humana, um direito a busca pela felicidade, a afetividade, o pluralismo das entidades familiares, a igualdade da filiação trazendo também a solidariedade familiar através da paternidade responsável e enfim sempre em busca do melhor interesse da criança e do adolescente.

Conclua-se que com esse trabalho, vislumbro que seja possível, cada vez mais Estados do nosso Brasil possa tornar a paternidade e maternidade socioafetiva de fácil acesso, a justiça seja ágil e eficiente. Que esse provimento atinja mais famílias que precisam desse direito. Porque são notórios os benefícios trazidos para a vida das pessoas que tiveram a multiparentalidade reconhecida.

As decisões tomadas pelo judiciário são de extrema importância para aproximar ainda mais o Direito da realidade social em que nos encontramos, dando visibilidade aos laços familiares já existentes e que no passado não poderiam ser reconhecidos pelo estado. Onde o Direito das Famílias somente é possível com ajuda do Estado.

6. REFERÊNCIAS

BOEIRA, João Bernardo Ramos. Investigação de paternidade: Posse de estado de filho: Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRANDELLI, Leonardo. Nome civil da pessoa natural. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BELIVÁQUIA, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8. Ed. Rio de Janeiro:

CAMACHO, Michele Vieira. Multiparentalidade e efeitos sucessórios - São Paulo: Almedina, 2020.

COSTA, Larissa Toledo. Paternidade socioafetiva. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a., nº 162. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/1010/paternidade-socioafetiva>. Acesso em 23 jan. 2006.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto- 3.ed.rev.ampl. e atual. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias - Revista dos Tribunais, 2020- São Paulo.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 15. ed. rev. ampl e atual Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias: Princípio do direito de família. 5º. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. Obras escolhidas, Volume 3. São Paulo: Alfa-Omega, s/d, p. 7-143.

FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 2, 14º edição, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil – 5º edição - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). Doutrinas Essenciais: família e sucessões. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.392.

MADALENO, Rolf. Direito de família - 10.ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. Curso de direito à família. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65/66, Gonçalves, Carlos Roberto. Direito brasileiro.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6. https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_paternidade_socioafetiva

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil VOL. 6º edição. 28ª edição, 2004.

TELES, Ana Terra. *Paternidade Socioafetiva: O Direito à Inclusão do Pai Socioafetiva no Registro Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

VALADARES, Isabela Farah. Da *Desconstituição da Paternidade pela Ausência de Socioafetividade*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 355 - 374, jan./jun. 2015

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/597005>: Acessado em 10 de maio de 2023.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm:
Acessado em 10 de maio de 2023

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>:
Acessado em 10 de maio de 2023

Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade#:~:text=No%20C%C3%B3digo%20Civil%20de%201916%20toda%20fam%C3%ADlia%20era%20casamentaria%2C%20matrimonializada,passou%20a%20ser%20m%C3%BAltipla%2C%20plural>.
Acessado em 10 de maio de 2023.

Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Filia%20a%20Socioafetiva%20-%20repercuss%20a%20partir%20do%20prov%2063%20do%20CNJ%20-%20F%20-%20Calderon%20e%20Toazza%20-%20revisado.pdf>:
Acesso em 11 maio 2023.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/379180/o-afeto-e-posse-de-estado-de-filho-no-ordenamento-juridico-brasileiro>:
Acesso em 12 maio.2023

Disponível em: <https://colegioregistrals.org.br/artigos/905/artigo-a-filiacao-socioafetiva-pela-posse-de-estado-de-filho-e-a-multiparentalidade-no-provimento-63-do-cnj-marcos-costa-salomao>:
Acesso em 12 maio.2023.

Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1648/Par%20metros+legais+e+sociais+da+fam%C3%ADlia+socioafetiva#:~:text=Os%20la%C3%A7os%20de%20afeto%20e,\(DIAS%2C%202020](https://ibdfam.org.br/artigos/1648/Par%20metros+legais+e+sociais+da+fam%C3%ADlia+socioafetiva#:~:text=Os%20la%C3%A7os%20de%20afeto%20e,(DIAS%2C%202020)
.: Acesso em 12 maio.2023.

Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-buscadafelicidade#:~:text=No%20C%C3%B3digo%20Civil%20de%201916%20toda%20fam%C3%ADlia%20era%20casamentaria%2C%20matrimonializada,passou%20a%20ser%20m%C3%BAltipla%2C%20plural>.
Acesso em 03 de dezembro de 2022.

Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o>
Acesso em 03 dezembro de 2022

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE À LUZ DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

MICHELLE FERNANDA SANTOS DE ALMEIDA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Facuminas – Montes Claros/MG. Advogada OAB/MT¹⁷.

RESUMO: O presente trabalho objetivou abordar o instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, previsto no Código de Processo Civil de 2015, sob a perspectiva do princípio do devido processo legal, especialmente no que se refere à análise da proporcionalidade da aplicação das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, bem como acerca da necessidade de incidência dos institutos da coisa julgada material e da cognição exauriente no provimento antecipado. Nessa linha, buscou-se abordar se há a ocorrência dos efeitos da coisa julgada sobre a decisão antecipatória após o decurso do prazo dos dois anos para o ajuizamento de ação para revisar, reformar ou invalidar a tutela estabilizada.

Palavras-chave: Estabilização; tutela antecipada; devido processo legal.

ABSTRACT: The present work aimed to approach the institute of the stabilization of the anticipated judicial protection required in advance, provided for in the Civil Procedure Code of 2015, from the perspective of the due process of law principle, especially with regard to the analysis of the proportionality of the application of fundamental guarantees of the contradictory and of the wide defense, as well as about the necessity of incidence of the institutes of the thing judged material and the exhausting cognition in the anticipated provision. Accordingly, we sought to address whether Tere is the effect of the res judicata on the advance decision after the expiration of the two-year period for filing an action to revise, reform or invalidate the stabilized tutelage.

Keywords: Stabilization; anticipated judicial protection; due process of law.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo abordará os aspectos estruturais e procedimentais do instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente previsto no Código de Processo Civil de 2015, bem como sobre as possíveis inconsistências ocasionadas pelo mencionado instrumento no ordenamento jurídico quando analisado sob a luz do princípio constitucional do devido processo legal.

¹⁷ Email: michelle.fernanda25@hotmail.com

Pelo fato de a estabilização da tutela antecipada tratar-se de uma inovação legislativa trazida pelo CPC/15 pretende-se, a partir de uma análise bibliográfica e, sobretudo, principiológica, verificar os principais efeitos práticos gerados por aquele instituto.

Consoante previsão legal no CPC/15, a tutela antecipada deve ser concedida a quem demonstrar maior probabilidade de direito e necessidade, atribuindo, nesse sentido, de forma antecipada, ao réu os efeitos práticos que seriam gerados com a concessão da tutela definitiva, a fim de que se outorgue maior efetividade à tutela dos direitos.

Em linhas gerais, na sequência, o CPC apregoa que haverá a estabilização da tutela antecipada concedida caso o réu, após integrado à relação processual, não interponha o respectivo recurso em face da decisão concessiva da tutela provisória ou, consoante a doutrina majoritária, não conteste ou deixe de apresentar uma mera petição demonstrando inconformidade com a decisão antecipatória, extinguindo-se o processo, podendo-se, todavia, no lapso temporal de dois anos, a tutela antecipada concedida ser revista, reformada ou invalidada por provocação de qualquer das partes.

Após esse decurso, questiona-se se a estabilidade outorgada estaria coberta pela coisa julgada e analisa-se esse último instituto em relação à efetiva tutela de direitos. Para parcela da doutrina, o fato de os efeitos de uma tutela antecipada estabilizada perdurarem no tempo sem que o julgamento processual tenha ocorrido mediante a cognição exauriente representa uma violação ao acesso à justiça, tendo em vista que os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, os quais permitem que haja uma decisão de mérito justa, não foram efetivados, isto é, não houve aplicação em níveis razoáveis.

Desta feita, este artigo propõe-se a refletir, tendo como referência especialmente o princípio do devido processo legal, se a estabilização dos efeitos da tutela antecipada permite que o sistema processual produza resultados que sejam individual e socialmente justos, proporcionando, assim, a concretização da garantia do acesso à justiça, um dos pilares de um processo justo.

Diante do exposto, em um primeiro momento, explanar-se-á acerca do princípio do devido processo legal, apontando sua origem, dimensões substantivas – princípios da razoabilidade e proporcionalidade – e procedimentais – princípios do contraditório da ampla defesa, bem como acerca da coisa julgada e da cognição exauriente como corolários do mencionado princípio.

Na sequência, discorrer-se-á sobre as nuances do instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, sua estrutura, procedimento, inserção no

ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a coisa julgada. Além disso, será abordado a respeito da possível violação do princípio do devido processo legal por parte da estabilização da tutela antecipada em face da cognição exauriente e do instituto da coisa julgada.

2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A origem histórica do secular princípio do devido processo legal remonta à Magna Carta, proclamada na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra, em 1215, a qual previa em seu artigo 39, *in verbis*:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado dos seus bens ou posto fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição. E nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, se não por julgamento regular pelos seus iguais e de harmonia com a lei do país.¹⁸

Posteriormente, em 1354, a expressão “de harmonia com a lei do país”, nos dizeres do autor J.J. Gomes Canotilho, por não ser clara, fora substituída pela fórmula processo devido em direito apresentada na Carta publicada por Eduardo III, semanticamente mais rica, apesar de conter maior grau de indefinição¹⁹.

Subsidiado em parte nos ensinamentos iniciais do direito inglês acerca do processo devido em direito, os Estados Unidos da América promoveram a elaboração da Quinta e da Décima Quarta Emendas à Constituição, tendo, o referido princípio, todavia, desde antes, assumido características próprias no direito norte-americano, obtendo a denominação *due process of law*.

A princípio, o *due process of law* teve sua aplicação limitada ao aspecto procedimental do processo, visto que em um discurso pronunciado perante a Assembleia de New York durante os debates para a aprovação da primeira lei norte-americana a conter a mencionada expressão, obteve-se a seguinte definição: “As palavras ‘*due process*’ têm um significado técnico preciso, e são aplicáveis apenas aos processos e procedimentos das cortes de justiça, elas não podem nunca se referir a um ato do legislativo”²⁰.

¹⁸ SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 85.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 492.

²⁰ MARIOTTI, Alexandre. *Princípio do devido processo legal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 15.

Por conseguinte, ao julgarem causas relativas ao princípio do devido processo legal, a Suprema Corte norte-americana adotou um “enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse, as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo”²¹, resumindo o referido princípio, portanto, a um processo ordenado.

Por seu turno, o aspecto substancial do devido processo legal originou-se a partir do julgamento pela Suprema Corte estadunidense do caso *Calder v. Bull*, de 1798, no qual se firmou o entendimento de que os atos normativos, sejam eles legislativos ou administrativos, que violem alguns dos direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico ofendem o princípio do devido processo legal, de forma que estarão sujeitos à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário.²²

Com efeito, sob a influência do sistema norte-americano, concebe-se, hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do devido processo legal sob os aspectos procedimental e substancial, tendo sido consagrado expressamente no rol dos direitos individuais e coletivos, considerado, pois, um direito fundamental, situado especificamente no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Ninguém será privado de liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”.

Trata-se do mais amplo dos princípios processuais constitucionais, uma vez que dele decorrem os demais princípios acerca do processo, sendo, por isso, denominado de princípio derivante ou irradiante, de modo que, inclusive, alguns estudiosos entendem que pode ser dispensada a menção de outros princípios na Lei Maior, porquanto estariam implícitos no conceito de devido processo legal²³. De igual modo, Nelson Nery Júnior afirma:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário

²¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41-42. In: MARIOTTI, Alexandre. *op. cit.*, p. 15.

²² SOUZA, Wilson Alves de. *op. cit.* p. 85.

²³ *Ibidem*.

para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.²⁴

Por ser a base de outros princípios, destarte, do devido processo legal decorrem todas as consequências jurídicas processuais, as quais objetivam assegurar aos litigantes a concretização de um processo com contraditório, ampla defesa, igualdade substancial, dentre outros princípios, aplicando-se lei prévia por membro legalmente investido na jurisdição, que seja imparcial e independente, de cuja autoridade será proferida sentença.

No que tange à garantia do devido processo legal, Cintra, Grinover e Dinamarco aduzem:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente, considerado, como fato legitimante do exercício da jurisdição.²⁵

Em relação à classificação doutrinária mencionada anteriormente acerca do devido processo legal, da qual a jurisprudência também se utiliza, tem-se que sob o aspecto processual (*procedural due process*) é aquele que permite o efetivo acesso à justiça pelas partes, com os mais amplos meios de deduzir a pretensão ou defesa, isto é, com a garantia do contraditório, da igualdade substancial, do julgamento célere, da proibição de prova ilícita, da gratuidade de justiça quando for o caso, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e da coisa julgada.

De acordo com Vicente Greco Filho²⁶, o aspecto procedimental do devido processo legal implica especialmente a observância do contraditório e da ampla defesa, sendo que estes decorrem da garantia constitucional do princípio da igualdade. Assim, sob o enfoque da teoria processual, o devido processo legal estar-se-á presente se os princípios processuais previstos tiverem sido aplicados em níveis razoáveis no caso concreto.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – 1ºVolume*. Ed. Saraiva. 17ª Edição. 2003, p. 43.

No que concerne à teoria substantiva do devido processo legal, também denominada de dimensão material, o fim almejado é a concretização de justiça em relação aos direitos em si mesmos considerados. Significa dizer, a exemplo do caso norte-americano *Calder v. Bull*, de 1798, que o processo justo deve ser pautado a partir da criação da própria norma legislativa, ou seja, da lei equânime e razoável²⁷, com o fito de que os atos normativos do poder governamental sejam revistos pelo órgão estatal julgador quando ofenderem ou ameaçarem violar direitos fundamentais.

À vista do exposto, frise-se a existência apenas de um princípio do devido processo legal, que se apresenta sob duas dimensões – procedimental e substancial, todavia que possuem a mesma função de concretizar os direitos fundamentais tutelados pela Constituição.

Não se trata, porém, de distinguir duas realidades ou duas categorias jurídicas. Devido processo legal é apenas um único princípio que liga indissociavelmente o processo às garantias outorgadas pela Constituição, em matéria de tutela jurisdicional. A garantia tutelar é sempre realizada por meio de procedimento concebido e aplicado para bem e adequadamente cumprir sua função. É nessa função de realizar efetivamente os direitos materiais que se alcança, por meio do devido processo legal, o que ora se denomina de “justiça”, ora de “acesso à justiça”.²⁸

Assim, no Estado Democrático de Direito, o princípio do devido processo legal possui a função de “atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.”²⁹

2.1 Dimensões substantivas do devido processo legal: razoabilidade e proporcionalidade

Em que pese os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sejam tratados diversas vezes como sinônimos pela jurisprudência pátria e doutrina, uma vez que, de fato, mantêm uma relação de fungibilidade um com o outro, no presente estudo far-se-á uma breve diferenciação existente entre esses dois subprincípios inerentes ao devido processo

²⁷ SOUZA, Wilson Alves de. *op. cit.* Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 86.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 81.

legal, os quais são diferentes desde a origem, sendo a razoabilidade proveniente do direito anglo-saxão e a proporcionalidade do direito germânico.

Em relação à razoabilidade, primeiramente, insta constar que, de acordo com o Ministro Leitão de Abreu, em seu voto no Rp. 930-DF³⁰, no discurso jurídico, “o vocábulo razoável assume, por vezes, feição relativa ou particularizada, consoante as circunstâncias do discurso ou a acepção especial com que é empregado”. Nesse viés, diante dos vários sentidos, contextos e finalidades possíveis, essencial se faz atribuir um sentido objetivo mínimo para o significado de razoabilidade, bem como demonstrar as condições para que seja utilizado, a fim de evitar a sua utilização de forma deveras subjetiva pelo intérprete do direito.

Com efeito, ensina Humberto Ávila³¹ que razoabilidade se trata de uma norma especial denominada de postulado normativo aplicativo, também denominado de metanorma, isto é, uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas. Distinguem-se dos princípios e das regras, os quais atribuem, em relação a um determinado objeto, respectivamente, o dever de promoção de um determinado fim e o dever de adoção de uma determinada conduta, na medida em que a metanorma está situada em um grau acima, servindo como guia a ser observado pelas normas situadas no plano inferior.

Observa-se, assim, que as normas que tratam sobre a aplicação de normas possuem aplicação indireta, uma vez que orientam a correta incidência das normas que se situam no mesmo nível do objeto, não tendo, portanto, aplicação direta à matéria jurídica controvertida. Nesse sentido, se determinado ato ou norma se sobressaiu de forma indevida, no caso concreto, em relação a outra norma ou ato do mesmo grau, tem-se, *prima facie*, uma violação à norma que deixou de ser aplicada adequadamente, e, apenas em segundo plano a ofensa ao princípio da razoabilidade, porquanto entre este sobreprincípio e o objeto de análise do julgado sempre existirão outras normas intermediárias.

Por certo, com base na origem da dimensão substantiva do devido processo legal, cuja aceitação é quase unânime no atual ordenamento jurídico brasileiro, referida vertente daquele princípio diz respeito à elaboração e interpretação das normas jurídicas, de forma a se evitar a atividade legislativa abusiva e irrazoável, ocasião em que deverá o Poder Judiciário, a partir da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, realizar o controle das arbitrariedades do Poder Público. Deve haver, portanto,

³⁰ STF – Rp: 930 DF, Relator: CORDEIRO GUERRA. Data de julgamento: 05/05/1976, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 02-09-1977 PP- 05969 EMENT VOL-01068-01 PP-00009.

³¹ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19/12/06* ed. rev. E atual São Paulo: Saraiva, 2008. In: MARIOTTI, Alexandre. *op. cit.* p. 72.

razoabilidade nas restrições operadas pelo Estado, a fim de que os indivíduos não sejam privados de forma desarrazoada de determinado direito fundamental.

Nesse sentido, de acordo com a decisão proferida na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/DF³², o devido processo legal, em sua dimensão material, impõe limites à criação de atos legislativos imoderados, com conteúdo arbitrário, uma vez que objetiva tutelar os direitos e as liberdades individuais contra a legislação opressiva ou destituída de razoabilidade.

O devido processo legal substancial, como exposto, constitui forma de controle do conteúdo das leis, bem como das decisões judiciais. Afirma o magistério de Elpídio Donizetti que “violará a garantia do devido processo legal substancial a lei formalmente válida, mas que suprima o direito fundamental do contraditório”³³.

Em uma síntese do que foi explicado, tem-se a posição de Virgílio Afonso da Silva³⁴, para quem razoabilidade traduz-se ou na compatibilidade entre meios empregados pelo legislador e os fins almejados, correspondendo ao subelemento adequação da proporcionalidade, ou é um dos tópos dos quais os tribunais se servem, com caráter meramente retórico.

No que se refere à proporcionalidade, que se aproxima do modelo de ponderação de Robert Alexy, tem-se que a referida regra deve ser utilizada para resolver colisões entre direitos fundamentais, realizando-se, no caso concreto, uma restrição ponderada³⁵, isto é, deve-se proteger o núcleo essencial desses citados direitos, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, pois este, na visão da doutrina majoritária, se confunde com o núcleo essencial, de modo que, caso se atinja o núcleo inatingível do direito fundamental, estar-se-ia violando frontalmente à Constituição Federal.

Com efeito, prevê Robert Alexy a subdivisão da proporcionalidade em subelementos, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que para chegar a esse último elemento, deve-se passar antes pelos dois primeiros, havendo uma ordem subsidiária e de prevalência entre esses três componentes.

³² STF, ADI-MC 1.063/DF, Tribunal Pleno, julgado em 18/5/94, DJ 27/4/2001.

³³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002, p. 23-50.

³⁵ LIMA, André Canuto de F. *O modelo de ponderação de Robert Alexy*. 08/2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>.

A adequação refere-se à aptidão do meio escolhido para a promoção de determinado fim, ou seja, revela-se quando a medida estatal faz com que o objetivo seja alcançado ou pelo menos fomentado; a necessidade, por sua vez, diz respeito a um meio mais ameno, aplicando-se um juízo comparativo entre os meios possíveis. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa que a limitação imposta no caso concreto deve guardar relação adequada com o peso e significado dos direitos fundamentais em tensão.

Da mesma forma que a razoabilidade, a proporcionalidade também se reveste da característica de ser metanorma, ou seja, trata-se de norma metódica que dispõe acerca da aplicação de outras normas, sem incidência direta ao objeto a ser julgado. Contudo, diferentemente da razoabilidade, a qual não supõe a observância de determinados elementos para a sua incidência, a proporcionalidade exige a presença de certos critérios, dentre os quais, a existência de uma relação de causalidade no caso em análise, devendo, ainda, o fim a ser promovido ser controlável, de modo que se possa permitir a consideração do meio como causa de sua realização. Nesse contexto, traz-se à baila os ensinamentos de Alexandre Mariotti:

De fato, a aplicação do postulado da proporcionalidade pressupõe, como elementos, a existência de uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, isto é, de uma relação meio/fim. Somente se atendida essa premissa é que assumem pertinência os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando aferir, sucessivamente, se a medida é adequada à promoção do fim, se a medida é a menos restritiva dentre outra que poderiam promover igualmente o fim e se a promoção do fim é de ordem a justificar as restrições de direito que dela decorrem.³⁶

Desse modo, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, tem-se que o processo devido deve ser "regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva"³⁷.

Dessa feita, conclui-se que o princípio do devido processo legal sob o viés substantivo é a exigência da garantia de que as normas e atos emanados do Poder Público em geral, principalmente das decisões do Poder Judiciário e dos atos normativos do Legislativo, sejam razoáveis, adequados, proporcionais e equilibrados, de modo a não se

³⁶ MARIOTTI, Alexandre. *op. cit.*, p. 76.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247 In: DONIZETTI, Elpídio. *op. cit.* p. 84.

restringir indevidamente um direito fundamental. Em caso de violação desse postulado, caberá ao Estado-juiz o controle disso fazendo incidir em níveis razoáveis e proporcionais os direitos fundamentais em eventual conflito.

2.2 Dimensões procedimentais do devido processo legal: ampla defesa e contraditório

Consustanciam-se do princípio do devido processo legal os princípios do contraditório e da ampla defesa, intrínsecos ao primeiro e vinculados entre si. Encontram-se previstos na mesma norma constitucional brasileira, qual seja, no art. 5º, LV, que estabelece “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”.

Inicialmente exposto o aspecto substantivo do princípio maior, passa-se desde já a pormenorizar, no âmbito procedimental, os conceitos de ampla defesa e contraditório, enquanto garantias do acesso pleno à justiça.

Pautando-se na bilateralidade inerente à processualística brasileira, sempre fora tradicional à doutrina a referência ao binômio informação-reação, colocando-o como o conceito clássico de contraditório. De fato, a comunicação dos atos processuais é essencial para que não haja surpresa às partes, possibilitando-as reagir, contrapor, mesmo em matérias nas quais o juiz possa decidir de ofício.

Contemporaneamente ao novo código de processo civil somou-se ao conceito um terceiro elemento: o real poder de influência. De acordo com esse terceiro componente, não é suficiente a informação e a possibilidade de reação para a garantia do contraditório, é necessário que essa reação, de fato, influencie o juiz na formação de seu convencimento. Por certo, leciona Daniel A. A. Neves que “somente por meio de um constante intenso diálogo do juiz com as partes se concretizará o contraditório participativo”³⁸, efetivando-se, assim, o aspecto substancial do contraditório.

Conforme se observa, ainda que não literalmente expresso no texto legal do art. 7º do CPC, o real poder de influência tem guarida no dever do magistrado de zelar pelo efetivo contraditório, contribuindo para que este seja participativo.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 114/123.

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, aprofunda-se em uma visão política do contraditório, na qual o direito de participação no processo, por aqueles que possam ser afetados, é requisito para o exercício legítimo da função jurisdicional do Estado³⁹.

Entretanto, sabe-se comumente que as dinâmicas do contraditório são mutáveis, não sendo este absoluto, conforme as hipóteses excepcionalmente previstas na legislação⁴⁰. Caso a caso, variam-se as feições do contraditório: conforme a maior ou menor disponibilidade do direito material, a fase procedimental ou característica de urgência na tutela jurisdicional (a exemplo do contraditório diferido ou postecipado⁴¹), inclusive modulando-se os efeitos da revelia.

Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco assim pontua:

Há que se afirmar, porém, que em algumas situações o juiz é levado a proferir decisões sem que se ouça antes uma das partes (decisões proferidas inaudita altera parte). Tais decisões se legítimas em razão de terem como pressuposto uma situação de urgência, com risco de dano irreparável (*periculum in mora*). Nesses casos, o contraditório fica postecipado, ou seja, o contraditório se efetivará depois da prolação da decisão. Essa limitação do contraditório é inerente ao próprio princípio constitucional, o qual não pode ser cultuado de tal modo que se permita a imolação de direitos.⁴²

Nesse sentido, a doutrina faz também referência ao chamado contraditório inútil, segundo o qual não haverá sentido de sua incidência nos casos em que a decisão favorecer a parte que não participou do contraditório, o que diferentemente do contraditório diferido, nem sequer se exige a ocorrência. Veja-se, por exemplo, a previsão do art. 9º do CPC: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Em síntese, o contraditório é exigido apenas para as situações em que um possível prejuízo incorra às partes, sendo dispensada a formalidade – a *contrario sensu* – nas hipóteses de decisão favorável àquelas⁴³.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro. Ed.: Lumen Juris, 2004. Vol. 1., p. 53/54.

⁴⁰ Artigos 9º, parágrafo único e 345 (inciso II) do CPC.

⁴¹ Inversão da estrutura tradicional do contraditório: i) pedido; ii) decisão; iii) informação da parte contrária; iv) decisão.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 185. *In*: CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 53/54.

⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, p. 120.

No que concerne à ampla defesa, o entendimento prevalecente é de que esta é consectário do contraditório: efetiva-se com o acesso às partes “aos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei”, segundo Rosemiro Pereira Leal ⁴⁴.

Na visão de Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, a ampla defesa é constituída principalmente pelo poder de influência nas decisões, o respeito aos direitos e interesses das partes e a prestação de assistência jurídica aos que dela necessitarem. Acrescenta: “bem como com a preocupação de assegurar a paridade de armas entre os litigantes na disputa judicial; e com a coisa julgada, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva ” ⁴⁵.

Observa-se, portanto, que a ampla defesa se situa como garantia⁴⁶ fulcral do devido processo legal, inafastável ainda que por convenção das partes:

Pense-se, também, na injustiça e ilegalidade da convenção que modifique o ônus da prova, a ponto de impor prova diabólica a uma das partes, anulando a garantia constitucional de ampla defesa. Claro que em todas essas hipóteses aventadas, e em todas as demais que a elas se assemelhem, o juiz controlará a validade da convenção, impedindo que o procedimento seja subvertido em detrimento das garantias mínimas do devido processo legal⁴⁷.

Todavia, ocorrido eventual cerceamento ao direito à ampla defesa ou ao contraditório, ocorrerá, regra geral, uma nulidade relativa. Em determinados casos, havendo o caráter de reversibilidade ou reaproveitamento do ato praticado, o código prevê expressamente que a falta será suprida se houver prejuízo à parte.

⁴⁴ DONIZETTI, Elpídio. *op. cit.*, p. 92 In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 89.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo código de processo civil anotado*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 71.

⁴⁶ Interessante mencionar que o direito ao contraditório e à ampla defesa são prerrogativas asseguradas inclusive ao Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, quanto às suas pretensões processuais ou materiais (STJ, REsp 805.277/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, jul. 23.09.2008, DJe 08.10.2008).

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 620.

Veja-se, por exemplo, a possibilidade de o magistrado julgar antecipadamente o mérito, caso a matéria de fato seja incontroversa e não haja a necessidade de produção de provas⁴⁸. Não há violação à ampla defesa. Por outro lado, há vedação expressa no código quanto à mitigação da ampla defesa e do contraditório em situações de irreversibilidade⁴⁹.

Ressalte-se que no âmbito recursal, a depender do caso e da maturidade do processo, a afronta à ampla defesa configura ofensa constitucional indireta, possibilitando a interposição de eventual recurso especial ou extraordinário⁵⁰.

Destarte, traduz-se a ampla defesa na possibilidade de as partes se manifestarem sobre todo e qualquer ato ocorrido no processo em todas as suas fases, de forma a contribuírem efetivamente na atividade probatória inerente à demonstração da verdade dos fatos. Constitui-se como um notável direito fundamental processual.

2.3 A coisa julgada como corolário do devido processo legal

Em um sistema jurídico, as normas processuais devem atender a bens jurídicos nem sempre conciliáveis. Se por um viés deve ser garantida a efetivação do direito e da justiça, por outro deve ser garantida a estabilidade das relações jurídicas, a fim de se evitar a instauração da insegurança jurídica.

Nesse contexto, de acordo com Marinoni-Aranhart, tem-se o instituto da coisa julgada, imprescindível para a estabilização das relações jurídicas e para a promessa de inafastabilidade de jurisdição, porquanto o provimento passível de ser modificado sem prazo nem forma procedimental desconsidera a própria razão de ser desse princípio constitucional⁵¹.

Com efeito, a coisa julgada (ou a *res iudicata*), segundo Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, é um dos mais antigos institutos jurídicos, que possui origens anteriores à Lei das XII Tábuas. Resume-se na expressão em latim *bis de eadem re ne sit actio*, que significa: "sobre uma mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei"⁵².

⁴⁸ Arts. 355 e 356 do CPC.

⁴⁹ Art. 300, § 3º, do CPC: "a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão".

⁵⁰ ASSIS, Akaren de. *Manual dos recursos*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 679.

⁵¹ Marinoni-Arenhart, Manual, p. 664. Informativo 379/STJ, 1ª T., REsp 612.937-SP, rel. Francisco Falcão, j. 02.12.2008.

⁵² MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada, Constituição Federal e o novo Código de Processo Civil*. R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 385-388, abr./jun. 2015.

A teoria clássica da *res iudicata* foi originariamente trazida ao Brasil pelo italiano Enrico Tullio Liebman⁵³, e é conceituada, em seu aspecto material, como a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502, CPC/2015).

A coisa julgada material apresenta-se sob as funções negativa e positiva. A primeira diz respeito ao fato de a imutabilidade conferida à decisão impedir a propositura de demanda com objeto idêntico. A função positiva, por sua vez, vincula os juízes dos processos futuros a tomar decisão em eventual questão prejudicial tendo como premissa a decisão que se tornou definitiva e imutável.

Além dessas funções, a coisa julgada é dotada de uma específica eficácia preclusiva, que serve para impedir a propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado. Nesse viés, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes aduz que “a coisa julgada promove a *'incontestabilità di quanto dedotto dalle parti'* e a eficácia preclusiva reforça essa estabilidade, impedindo *'Il riesame della stessa controversia sotto ulteriori e diversi profili'*”⁵⁴.

É comum observar, doutrinariamente, a divisão conceitual em coisa julgada material e coisa julgada formal. O trânsito em julgado da decisão que não analise o mérito da causa, para o entendimento moderno majoritário, denomina-se coisa julgada formal. Entretanto, na visão difundida pelos estudos de Enrico Tullio Liebman:

Discorda-se dessa orientação, como já afirmado, pois coisa julgada como imutabilidade e, conseqüente, indiscutibilidade é somente a substancial, ou seja, a material (aquela que resolve questão de mérito, quer por sentença quer por meio de decisão interlocutória), já que aquilo que se chama de coisa julgada formal não passa de preclusão máxima que estabiliza as decisões com base no trânsito em julgado. Destacadamente, a *res iudicata* só se forma, em verdade, se houver enfrentamento definitivo do mérito da causa posta em juízo, pois decisões processuais realmente não têm o condão de adquirir a

⁵³ THAMAY, Renan. *Coisa Julgada* [livro eletrônico]. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

⁵⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 687. “*Incontestabilità di quanto dedotto dalle parti*”: “Indiscutibilidade do que é deduzido pelas partes”; “*Il riesame della stessa controversia sotto ulteriori e diversi profili*”: “A revisão da mesma controvérsia em perfis adicionais e diferentes” (tradução nossa).

qualidade de coisa julgada, já que apenas transitam em julgado.⁵⁵

Feita a ressalva teórica, a coisa julgada, ao impedir a reavaliação da matéria pelo Poder Judiciário, consubstancia-se em verdadeiro instrumento de segurança jurídica: base do sistema normativo e elemento intrínseco ao devido processo legal. Preceitua o diploma processual que a decisão, que julgar total ou parcialmente o mérito, tem força de lei, nos limites da questão principal expressamente decidida⁵⁶.

O imperativo da coisa julgada, axiológico ao próprio Direito, possui tamanho valor que a Constituição Federal preceitua, no artigo 5º, XXXVI, que nem mesmo a lei prejudicará a coisa julgada. Trata-se de verdadeira garantia constitucional, que limita, inclusive, a atuação legislativa no Estado Democrático de Direito. Entretanto, a característica principal da imutabilidade da coisa julgada, embora emblemática, comporta exceções, a exemplo da relativização que ocorre na Ação Rescisória, prevista no artigo 966 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, utilizando-se da interpretação conforme a Constituição, apregoa a relativização da coisa julgada quando esta obstar institutos constitucionais de mesma hierarquia, notadamente a dignidade da pessoa humana. Origina-se, nesse sentido, movimentos de relativização da coisa julgada que comumente ascendem e permeiam a hermenêutica do instituto, e no que toca a atuação do Supremo Tribunal Federal, ensina a doutrina que se objetiva “adequar o texto constitucional à necessidade real da sociedade pós-moderna”⁵⁷. Nesse sentido:

Ademais, afirme-se que a jurisprudência do STJ tem, de fato, aplicado a teoria da relativização da coisa julgada, mas o tem feito apenas em situações excepcionais, nas quais a segurança jurídica, que é o seu princípio informador, tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como a busca da verdade real (nas ações sobre filiação cujas decisões transitadas em julgado conflitem com resultados de exames de DNA posteriores) (...).⁵⁸

Não obstante, vale destacar que existem posições doutrinárias relevantes acerca da impossibilidade da relativização da coisa julgada, contrapondo-a em relação à denominada

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Art. 503 do CPC.

⁵⁷ THAMAY, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ Ibidem.

coisa julgada inconstitucional. Defendida principalmente por Luiz Guilherme Marinoni e Carlos Henrique Soares, tal corrente define que as únicas hipóteses de revisão da coisa julgada estariam relacionadas com a violação dos princípios processuais do contraditório, ampla defesa e isonomia, desse modo:

Dessa tese da relativização da coisa julgada em relação ao reconhecimento de paternidade, inclusive, Marinoni, teórico contrário à tese da coisa julgada inconstitucional, acaba por concordar, já que aqui a questão é vida e dignidade. O próprio autor Carlos Henrique Soares ressalta que “a jurisprudência dos tribunais é no sentido de zelar pela justiça nas decisões, em detrimento da segurança jurídica”. Isso tudo não resta em novidade, já que a jurisprudência está, diariamente, preocupada com a realidade e, quiçá, com a melhor decisão, pretendendo, sempre que possível, a efetivação da justiça. Esse é o fundamento para a aceitabilidade da relativização da coisa julgada em seus mais diversos campos e formas, que tem sido aceita tanto pelos Tribunais inferiores quanto pelos superiores.

59

Nessa seara, é factível e razoável flexibilizar a coisa julgada, segundo a melhor doutrina. Tem-se, portanto, que a relativização do instituto, excepcionalmente, e em nome dos direitos mais essenciais, está em consonância à Constituição e ao devido processo legal.

2.4 A cognição exauriente como corolário do devido processo legal

A função jurisdicional opera sobre o direito material, garantido pela ordem jurídica, em decorrência da norma constitucional do art. 5º, XXXV, pela qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Seja pelo provimento ou não do direito material pleiteado, ou ainda declarado este inexistente, a tutela jurisdicional restará exercida na sua integralidade, quando apreciadas todas as questões fáticas e probatórias trazidas à lume pelas partes, consolidando-se na coisa julgada.

O desempenho da tutela jurisdicional, entretanto, pode sofrer variações até que se chegue ao provimento final do processo. O ordenamento jurídico prevê, que em determinadas relações jurídicas, a tutela jurisdicional poderá cumprir o seu papel de forma definitiva ou provisória, assim como total ou parcial, produzindo variados efeitos

⁵⁹ Ibidem.

diretamente no plano do direito material. Humberto Theodoro Júnior, nesse diapasão, cita as chamadas *técnicas de sumarização* ou *tutelas diferenciadas*, as quais, segundo o autor:

O manejo dessas técnicas redonda nas tradicionais medidas cautelares, que se limitam a conservar bens ou direitos, cuja preservação se torna indispensável à boa e efetiva prestação final, na justa composição do litígio, por isso, se qualificam tais medidas como conservativas. Dessas técnicas também podem surgir provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais do direito disputado em juízo, motivo pelo qual as medidas provisórias que ostentem tal característica se denominam medidas satisfativas.⁶⁰

Portanto, a marcha processual que presta a tutela definitiva não pode se abster do contraditório, não ocorrendo o mesmo nas hipóteses de tutela provisória, que é fundada em uma cognição sumária. Cita o autor que as tutelas diferenciadas são, invariavelmente, metodologias de regulação provisória⁶¹ da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes. Nesses casos, posterga-se o contraditório para a conservação de bens ou direitos, oportunizando-se o exercício do direito em momento posterior.

Nesse viés, a doutrina de José Aurélio de Araújo ensina que a cognição plena e exaustiva é valor fundamental do processo justo, bem como é constitutiva do devido processo legal nos seus elementos mínimos de garantia. Assim coloca o autor:

Reconhecido o processo como método epistêmico para aquisição de conhecimento, é possível dar um passo à frente e qualificar a cognição adequada como consectário lógico e necessário do contraditório e, portanto, como parte do arcabouço garantístico do processo justo. Se o meio para democratizar o ato jurisdicional é o contraditório, viabilizando o direito da parte de influir na decisão judicial, de participar na construção do conhecimento-julgamento no processo, isso somente vai ocorrer se esse processo tiver estrutura cognitiva capaz para tanto. A cognição é, portanto, uma garantia instrumental do contraditório, que permite a adequação da fisiologia do processo para a eficaz produção de

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 778.

⁶¹ *Ibidem*.

conhecimento.⁶²

Por derradeiro, permite-se questionar se há conflito entre os valores fundamentais do processo ora mencionados e o juízo de probabilidade que ocorre na cognição sumária. Nesse viés, as lições de Luiz Guilherme Marinoni ensinam que somente a tutela de cognição exauriente é caracterizada por produzir coisa julgada material, ao contrário da tutela sumária, na qual o juiz “nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe”⁶³.

Da mesma forma, posiciona-se Luiz Guilherme Marinoni⁶⁴ pela possibilidade da existência da chamada *cognição exauriente não definitiva*, após a fase instrutória, e nos casos de possível dano irreparável ou de difícil reparação. Nessas hipóteses, antecipa-se a tutela, antes da sentença, ou até mesmo concede-se a execução provisória.

Em complemento, a exemplo das ações monitorias, o doutrinador leciona que ocorrerá a técnica da “cognição exauriente por ficção legal conjugada com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*”⁶⁵, por meio das quais o procedimento monitorio objetivará a formação do título executivo, sem as delongas do procedimento de cognição plena e exauriente.

Com efeito, em que pese a cognição exauriente ser constitutiva do devido processo legal, esse princípio, afirma a doutrina, não é uma garantia exclusiva dos demandados, tendo para isso previsto o *codex* mecanismos necessários à efetivação e preservação do direito material dos autores, assegurando-lhes, também, a existência de um processo devido.

Todavia, deve-se frisar que os procedimentos antecipatórios, por não possibilitarem um contraditório denso, e ao mesmo tempo se tratarem de juízos de probabilidade, não possibilitam a convicção judicial plena, afetando-se a coisa julgada em seu aspecto material, ainda que seus efeitos se perdurem no tempo.

3 DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

⁶² ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada* [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela provisória* [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

De origem latina, a palavra tutela possui como significado “tudo que defende ou protege”, de forma que tutela jurisdicional, de acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves⁶⁶, traduz-se no amparo prestado pelo Estado quando provocado, por meio de um processo, por aquele que tenha sofrido lesão ou ameaça de lesão a um direito material.

Essa proteção do Estado a fim de tutelar os direitos das partes, via de regra, como exposto no tópico acima, ocorre por meio da cognição exauriente, que, por sua vez, pressupõe a observância do princípio do devido processo legal em sentido *lato sensu*, permitindo que haja uma ampla discussão do objeto da ação, com o fito de gerar a denominada tutela definitiva.

Consoante a doutrina majoritária, a definitividade é uma das características de jurisdição, de acordo com a qual a solução imposta em litígio judicial a torna definitiva, imutável e incontestável, a fim de ensejar a segurança jurídica a partir da formação da coisa julgada.

Outrossim, o Estado pode tutelar os direitos materiais por meio da tutela provisória, que, originariamente, possui as principais características estudadas por Piero Calamandrei, que as desenvolveu em sua obra intitulada *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, em 1936, quando teorizou acerca do provimento cautelar, considerado provisório – distinguindo-se dos provimentos de conhecimento e execução.

A provisoriedade da tutela consubstancia-se na proteção dada pelo Estado, por meio de uma cognição sumária, que não é destinada a durar para sempre, mas que será necessariamente substituída por algo definitivo. Não se deve confundir o referido conceito de provisório com o de temporário, porquanto este significa simplesmente aquilo que não dura para sempre, que, independentemente da superveniência de outro, tem por si só uma duração limitada⁶⁷.

Assim, os conceitos de temporário e provisório não se confundem na esfera processual. Podendo inclusive se falar em tutela definitiva cautelar, pois são termos que admitem convivência⁶⁸, uma vez que a tutela cautelar visa apenas assegurar o bem jurídico

⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, p. 74. In: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 41.

⁶⁸ A despeito de temporária, a tutela cautelar é, como já visto, definitiva. Os adjetivos podem conviver: definitivo é o oposto de provisório. A tutela cautelar é temporária, mas não é provisória, pois nada virá em seu lugar da mesma natureza – é ela a tutela assecuratória definitiva e inalterável daquele bem da vida. Mas seus efeitos têm duração limitada e, cedo ou tarde, cessarão.” Didier, Sarno e Oliveira (2015, p. 563).

que se acautela sem, contudo, satisfazê-lo antecipadamente para fins de futura substituição definitiva, características estas atinentes à provisoriedade.

Com efeito, como espécies da tutela provisória têm-se as tutelas de urgência e de evidência. Esta tutela, com previsão legal no art. 311, do CPC/2015, é fundada na evidência do direito da parte com considerável grau de probabilidade, independentemente da demonstração de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Por sua vez, de acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves⁶⁹, a tutela de urgência, hodiernamente, possui três espécies, quais sejam: i) a tutela cautelar, genérica para assegurar a utilidade do resultado final; ii) a tutela antecipada, genérica para satisfazer faticamente o direito; e iii) a tutela liminar, específica para satisfazer faticamente o direito, tendo em vista que antes da adoção da tutela antecipada pelo sistema processual brasileiro as liminares eram consideradas espécie de tutela de urgência.

Nesse contexto, necessário esclarecer, de acordo com os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva⁷⁰, que a tutela cautelar não se confunde com a tutela antecipada: ao passo que aquela apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, não tendo por objetivo combater o perigo na demora da prestação jurisdicional nem prestar tutela a outro processo, a tutela antecipada visa desde logo possibilitar a imediata realização do direito, isto é, a fim de evitar o perigo da tardança do provimento jurisdicional, antecipam-se os efeitos práticos que seriam gerados com a concessão da tutela definitiva com a finalidade de garantir um resultado útil ao processo.

Por seu turno, a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, de acordo com o CPC/2015, podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental à propositura da demanda. No que concerne à tutela de urgência antecipada antecedente, objeto do presente estudo, passemos a analisar a sua estrutura, procedimento e estabilização nos tópicos abaixo.

3.1 Da técnica antecipatória no direito brasileiro – Do Regulamento nº 737/1850 ao CPC/2015

O direito a uma tutela jurisdicional adequada, justa, tempestiva e efetiva, que poderá ser prestada ao final do procedimento, por meio da cognição exauriente, ou de forma antecipada, mediante a cognição sumária, importa na instituição de meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos, a fim de que se garanta a

⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, p. 412.

⁷⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil* (1993), 3 ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, vol. 3. In: MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 41.

concretização do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, bem como do devido processo legal.

Nesse sentido, uma das técnicas processuais exigida pela tutela do direito é a técnica antecipatória, que se trata de um meio para prestação de tutela antecipada pelo juiz visando neutralizar os males do tempo no processo e distribuir isonomicamente o ônus temporal entre os litigantes de acordo com as necessidades e particularidades do direito material afirmado em juízo, fazendo prevalecer, a um juízo de cognição superficial, o direito provável em detrimento do direito improvável⁷¹.

Necessário registrar que, do ponto de vista funcional, a técnica antecipatória dá ensejo a uma decisão provisória, visto ser formada pelo crivo da cognição sumária, e do ponto de vista cronológico, trata-se de provimento prolatado necessariamente em momento anterior a outro, não havendo relação de instrumentalidade entre a tutela antecipada e a tutela final.

Uma das primeiras experiências nesse sentido teve início com o Regulamento nº 737, de 1850, proposto inicialmente apenas para a disciplina processual das causas comerciais e logo em seguida estendido igualmente às causas cíveis (art. 1º, Regulamento nº 763, de 1890), regulando os processos preparatórios, preventivos e incidentes, excluindo-se os de execução⁷².

Na sequência, a seara do processo civil foi regida pelas Ordenações Filipinas, consolidadas em 1876, em que a tutela cautelar, mesmo que sem um conceito definido à época, uma vez que o novel da processualística civil era compreendido como simples apêndice do direito material, consubstanciava-se nos institutos do arresto/embargo e sequestro e a proteção judicial às partes demandantes ocorria mediante cognição sumária do direito acautelado⁷³.

Posteriormente, com a assunção da competência dos Estados pela União para legislar sobre o processo civil, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, o qual, segundo à unanimidade da doutrina, foi omisso em relação ao “método e sistema” no trato do “processo cautelar” na referida lei. Além desse fator, a matéria não despertou interesse na doutrina em razão de o tema ter sido regulado, nos dizeres de Daniel Mitidiero,

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.* 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 68.

⁷² *Ibidem*, p. 100.

⁷³ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 100, In: José Rogério Cruz e Luiz Carlos de Azevedo (1932-2011), *Lições de história do processo civil lusitano*, São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 86.

“dispondo apenas de base empírica e do manancial teórico anterior à autonomização conceitual da tutela cautelar”⁷⁴.

Todavia, no CPC/1939, o legislador previu uma série de medidas preventivas cabíveis, além do arresto/embargo e sequestro, para acautelar o interesse das partes, nos arts. 675 a 688, no Título I do Livro V, dedicado aos “processos acessórios”, o que, de certa forma, apresentou um avanço na proteção dada pelo instituto da tutela provisória.

Com efeito, o referido panorama na dogmática processual civil mudaria completamente com o advento do Código de Processo Civil de 1973, também denominado de Código Buzaid, porquanto, ao lado dos livros do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”, fora disciplinado em livro próprio o “processo cautelar”, gozando este de autonomia processual, considerando que poderia prestar tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa.

O processo cautelar, que possuía a finalidade de outorgar a tutela preventiva de forma provisória e em proteção ao processo principal, apesar de ter tido como característica a dependência a este último processo, apresentou, em razão da possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional, prevista nos arts. 273 e 461, §3º, do CPC/1973, uma nova concepção do processo, sendo, a partir da vigência desse novel, um instrumento para realização da adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos materiais.

Por seu turno, o CPC/2015, como principais inovações no âmbito das tutelas provisórias, aboliu a necessidade de existência de um processo apenso que verse acerca da tutela provisória, manteve a distinção entre tutela satisfativa e tutela cautelar e concedeu autonomia à antecipação da tutela ao permitir a sua estabilização.

3.2 A inserção da estabilização da tutela no Brasil

Assim como sempre o fez, o Brasil, na tentativa de implantar a estabilização da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio, buscou inspiração na experiência europeia, especialmente nos sistemas jurídicos da França e Itália. Assim, a fim de compreender de forma mais efetiva o instituto da estabilização da tutela antecipada, cabe breves explicações acerca da experiência da conservação dos efeitos das decisões antecipatórias nos países citados.

A partir do que a doutrina italiana denominou de instrumentalidade atenuada (*strumentalità attenuata*), o arcabouço legislativo da Itália, bem como de outros países de tradição de *Civil Law*, possuem normas jurídicas que não mais condicionam a reafirmação

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 102/103.

de decisões que prestam medidas urgentes a um provimento jurisdicional posterior que tenha de promover a estabilidade da declaração judicial sobre situação jurídica controvertida.

Em outras palavras, o provimento antecipatório tem aptidão para produzir a estabilidade decorrente da coisa julgada material no que se refere ao direito material tutelado pela medida urgente no caso concreto. Todavia, frise-se que não há efetivamente a ocorrência da coisa julgada material, sendo apenas a estabilidade da decisão que concedeu a medida urgente, de modo que há a possibilidade de as partes ajuizarem uma demanda, a ser analisada mediante a cognição exauriente, para que confira a imutabilidade que somente a coisa julgada pode conferir.

Outro ponto importante acerca da estabilização da tutela antecipada na Itália e em outros países de *Civil Law* é a previsão legal da inversão na iniciativa para o ajuizamento de ação que vise à produção da declaração definitiva acerca do direito material que foi outorgado por meio de provimento urgente. \

Nesse viés, tem-se positivado que, após a concessão de uma medida urgente, bem como da ciência pelo réu, caberá a este impugná-la, de forma que, se isso não acontecer, ocorrerá a estabilização da tutela antecipada, sem, todavia, registra-se novamente, a formação da imutabilidade da coisa julgada material.

Outrossim, em experiência semelhante que marca certa autonomia e independência das tutelas de urgência satisfativas, a França positivou a estabilização da tutela antecipada a partir do que foi denominado de *référé*, em que a decisão concessiva de medida urgente, por meio de cognição sumária, produz efeitos sem que seja necessária a sua substituição por um provimento judicial exarado com base em cognição exauriente. Contudo, da mesma forma que a experiência italiana, menciona Edoardo Ricci, que referida decisão urgente não estaria coberta pelos efeitos da coisa julgada material, eis que "os seus efeitos cessarão de produzir se no futuro for prolatada uma decisão contrária"⁷⁵.

Em relação ao *référé* francês, Humberto Theodoro Júnior apregoa que a finalidade principal desse instituto não é solucionar de forma definitiva o conflito, mas sim estabilizar uma situação, interromper uma ilicitude ou paralisar um abuso⁷⁶, e tudo isso de forma sumária, porquanto são situações urgentes e que demandam uma atuação estatal

⁷⁵ ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e tutelas cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 385. In: RICCI, Edoardo. *A evolução da tutela urgente na Itália*.

⁷⁶ CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (coords.). *Temas atuais de tutelas diferenciadas: estudos em homenagem a Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 406 In: THEODORO JR., Humberto. *Tutela Antecipada – Evolução – Visão comparatista – Direito brasileiro e direito europeu*.

tempestiva a fim de satisfazer o direito daquele que demonstrou maior probabilidade em dado momento.

Da mesma forma que a instrumentalidade atenuada prevista na Itália, o *référé* francês, nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, é também provisório, nem temporário nem acessório, cabendo as partes decidir sobre o ajuizamento, ou não, do processo principal após o encerramento do *référé*, caso em que, se as partes mantiverem uma atitude omissiva em relação a essa instauração, a decisão provisória perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo⁷⁷.

Com efeito, pouco tempo após as alterações legislativas nos ordenamentos jurídicos da Itália e França para a implementação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, denominada *strumentalità attenuata* e *référé* nos mencionados países, respectivamente, fora proposta no Brasil o Projeto de Lei nº 186, em 2005, ao Senado Federal, redigido por um Grupo de Trabalho formado no Instituto Brasileiro de Direito Processual cujos integrantes eram Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni. Segundo Ada Grinover, a justificativa para a aprovação da proposta legislativa era:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. (...) O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isto claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a ação de conhecimento (quando a antecipação é concedida no curso do processo de conhecimento), tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão proferida, observados os seus limites.⁷⁸

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo. Vol. 30. n. 121. p. 11-37. São Paulo: Ed. RT, mar, 2005, p. 36.

Afirma a doutrina majoritária que o fato de o Projeto de Lei 186/2005, em redação proposta do art. 273-B, §§1º e 2º, do CPC⁷⁹, ter previsto o prazo de apenas 60 dias para que as partes pudessem propor demanda que julgue de forma exauriente o direito material objeto da tutela antecipada, findo o qual incidiriam os efeitos da coisa julgada no processo analisado mediante cognição sumária, muito certamente fora o motivo da não aprovação do mencionado Projeto de Lei, porquanto, quando em comparação com outros ordenamentos jurídicos que tinham implantado a estabilização da tutela antecipada, não houvera a atribuição de coisa julgada à decisão antecipatória.

Posteriormente, à semelhança do regime já existente no direito processual civil italiano e francês, voltou à pauta no Brasil o Projeto de Lei 166/2010 – aprovado em 16 de março de 2015 e vigente desde 18 de março de 2016, que tratou, na realidade, da elaboração de um Código de Processo Civil inteiro, o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa, no intuito de conferir às partes a autonomia para escolher entre a demanda julgada mediante a cognição plena, representada pelo moroso e complexo processo de conhecimento, ou a efetividade imediata dos provimentos de urgência, sem a obrigatoriedade da instauração de demanda de cognição plena para a manutenção dos efeitos da medida urgente concedida.

Não mais com um prazo sucinto para que os litigantes ajuízem uma demanda a fim de modificar a decisão de mérito antecipatória, o instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa representou, na concepção de Daniel Mitidiero, uma “mudança paradigmática no sentido de se colocar fim a uma espécie de ditadura da coisa julgada material”⁸⁰. Acerca do avanço do ordenamento jurídico brasileiro, afirma, ainda:

O Brasil também pretende dar aquele “passo à frente” para adequação do processo civil às necessidades dos direitos protegidos pelo estado constitucional contemporâneo, principalmente aqueles tidos por fundamentais, como o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988) e, em especial, sob a lente

⁷⁹ Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

- a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
- b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 167.

da tutelas de urgências, da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF/1988).⁸¹

Com a vigência do novo CPC, a instrumentalidade da tutela antecipada satisfativa foi retirada, não mais sendo considerado como processo dependente de uma demanda principal. Todavia, fora mantido o caráter instrumental na tutela cautelar, uma das espécies de tutelas de urgência, uma vez que se exige do autor o ajuizamento de uma ação principal, sob a cominação da perda da eficácia da medida cautelar concedida em caso de não instauração do pedido principal no prazo de trinta dias.

3.3 Estrutura e procedimento da estabilização da tutela antecipada antecedente no CPC/2015

O Código de Processo Civil, dentro do Livro que trata acerca da Tutela Provisória, especificamente no Título II – Da Tutela de Urgência, destina um capítulo ao tratamento do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos artigos 303 e 304.

Antes de adentrar à estrutura e ao procedimento da tutela antecipada antecedente, bem como de sua estabilização, cabe tecer explicação acerca do objeto da antecipação. Como sabido, a tutela antecipada satisfaz o direito da parte no plano fático a fim de garantir um resultado útil ao processo. Essa satisfação do direito material por meio da tutela de urgência antecipada trata-se, na realidade, da antecipação dos efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor, impondo uma regra de comportamento às partes, e não da tutela jurisdicional em si.

Na tutela antecipada antecedente, de acordo com o art. 303, *caput*, do CPC, quando a urgência foi contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Caso seja concedida a tutela antecipada que o autor requereu, nos termos do art. 303, do CPC, deverá aditar a petição inicial com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias, ou em prazo maior que o juiz fixar; o réu deverá ser citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334, do CPC.

Menciona-se que a audiência poderá não se realizar caso o réu, citado, não se insurja contra a antecipação da tutela e o processo seja extinto com a estabilização da tutela

⁸¹ Ibidem.

antecipada. Não havendo autocomposição, o réu terá o prazo de 15 (quinze) dias para contestar, no caso, esse será o prazo para também interpor o recurso de agravo de instrumento em face à concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 1.015, I, do CPC.

Na hipótese de omissão do réu em demonstrar insatisfação em face à decisão antecipatória, prevê o art. 304, caput, que a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303 tornar-se-á estável se não for interposto o respectivo recurso. Apesar de o CPC se utilizar da terminologia “recurso”, a doutrina é pacífica no entendimento de que serve qualquer forma de irresignação do réu para que a tutela antecipada não se estabilize, e não apenas que deva ser somente o recurso de agravo de instrumento.

Todavia, conforme os julgados colacionados abaixo, não há a devida uniformidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porquanto, ao passo que por um viés há o entendimento de que basta a demonstração de inconformismo do demandado, seja por contestação ou por agravo de instrumento, por outro, há o argumento de que a contestação não serve para contestar a tutela provisória deferida, pois demonstra resistência apenas à tutela definitiva, sendo o agravo de instrumento o meio adequado para ser interposto em face à medida provisória concedida.

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. (...) 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória

concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido. (RECURSO ESPECIAL - 1760966 STJ - TERCEIRA TURMA, 04/12/2018, DJE DATA:07/12/2018)

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido.

(VOTO VENCIDO) (MIN. SÉRGIO KUKINA) "[...] pode-se concluir em favor de exegese mais dilargada do art. 304 do novo CPC, facultando-se ao réu oferecer resistência, não apenas por meio de recurso específico (notadamente o agravo de instrumento - art. 1.015, I, do CPC), mas também por meio da apresentação de contestação, tal como se operou no caso concreto. Logo, a oportuna apresentação de peça contestatória, em que registrado o inconformismo da parte demandada, tanto quanto seu inequívoco desejo em prosseguir no debate sobre a pretensão autoral, revela-se, só por si, capaz de afastar o óbice da inércia do réu, enquanto elemento gerador da estabilização da tutela". (RECURSO ESPECIAL - 1797365 STJ

- PRIMEIRA TURMA, 03/10/2019, DJE DATA: 22/10/2019).

Com efeito, como o prazo para o autor aditar a petição inicial é o mesmo para que o réu conteste ou interponha o agravo de instrumento, não haverá como o autor saber se o réu não interporá recurso e, como consequência, que haverá a estabilização da tutela antecipada. Lado outro, mesmo tendo havido a emenda à inicial, não se poderá presumir que com isso o autor desistiu da estabilização da tutela antecipada. Caso o réu realmente não manifeste, de alguma forma, sua irresignação com a decisão antecipatória, o juiz deverá intimar o autor a se manifestar acerca da continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou se já está satisfeito com a tutela antecipada estabilizada e por isso não se opõe à extinção do processo.

Se no caso concreto houver a estabilização da decisão antecipatória, isto é, hipótese em que a tutela antecipada conservará seus efeitos, de acordo com o CPC, qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação que vise rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, sendo que esse direito de revisão se extingue após 2 (dois) anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Resta registrar, por fim, que o CPC, em seu art. 304, §6º, apregoa que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que revir, reforma ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes com essa específica finalidade, no prazo acima exposto. Após o decurso dos dois anos, questiona-se se a estabilidade conferida pela tutela antecipada continuaria a mesma, ou haveria um grau maior de definitividade, ou até mesmo a ocorrência da coisa julgada material, situações que serão analisadas no próximo tópico.

3.4 A estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada

A coisa julgada evidencia-se como um instituto de natureza prática, incidindo seus efeitos sobre toda a tutela prestada na sentença, e não apenas sobre a sentença de caráter declaratória, como afirmam alguns juristas, como Araken de Assis⁸², sendo que qualquer restrição na incidência dos efeitos da coisa julgada deve ser realizada pelo legislador.

Por sua vez, a doutrina que limita os efeitos da coisa julgada à eficácia declaratória da sentença justifica a incidência daquele instituto em outras espécies de sentenças alegando que a impossibilidade de posterior discussão acerca do mérito das eficácias condenatórias, mandamentais, executivas e constitutivas das sentenças seria mera

⁸² ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 131. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.*, p. 686.

decorrência da imutabilidade da declaração, uma vez que toda sentença tem um elemento declaratório⁸³.

Com efeito, a decisão antecipatória concessiva da medida urgente pleiteada e que pode ficar estabilizada, como bem aventado neste trabalho, baseia-se na cognição sumária, na probabilidade de o direito existir, considerando os elementos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Como se faz necessário uma cognição aprofundada na demanda para que seja declarada a existência ou não de um direito da parte, principalmente em relação aos elementos fáticos e probatórios, a decisão antecipatória não declara a existência de um direito, de modo que não se possa atribuir força de coisa julgada à mencionada decisão.

Isso, inclusive, porque o próprio Código de Processo Civil preconiza que a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente não fará coisa julgada e elenca o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação que visa rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, retirando, por consequência lógica, a imutabilidade e definitividade inerentes à coisa julgada material.

Observa-se, assim, que a eficácia preclusiva da coisa julgada, isto é, o impedimento à propositura de ação incompatível com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, ou algum efeito semelhante, não se faz presente na tutela estabilizada.

De igual modo, o atributo da função positiva da coisa julgada se encontra ausente na decisão antecipatória, isto é, não se tem o condão de vincular os juízes de processos futuros na decisão de questões prejudiciais, porquanto aquela função incide sobre a tutela declaratória prestada na sentença, e como na tutela antecipada não há a declaração da existência ou inexistência de um direito, a função positiva da estabilização não deve ser considerada.

De outra forma, a função negativa da coisa julgada, isto é, o impedimento de propositura de demanda idêntica àquela na qual a coisa julgada se formou, se faz presente na tutela antecipada estabilizada, uma vez que não será possível reabrir o processo no qual a decisão antecipatória foi proferida, sendo necessário o ajuizamento de uma ação com o fim específico de revisar, reformar ou invalidar a decisão concessiva da medida urgente.

Da mesma maneira, o fato de a tutela antecipada antecedente, por disposição legal, ser extinta quando estabilizada, e precisar de uma nova demanda para fins de alteração ou invalidação, demonstra a ocorrência da coisa julgada formal, haja vista não ser possível a

⁸³ Ibidem.

modificação da decisão antecipatória no bojo do processo em que fora proferida, pois houve o trânsito em julgado da decisão que extinguiu o processo.

Pelo exposto, tem-se incontestado que não ocorre a formação da coisa julgada material da decisão que concede a tutela provisória antecipada (art. 304, §6º, do CPC), sendo discutível a ocorrência da coisa julgada material após o decurso do lapso temporal de dois anos.

Com efeito, pelos argumentos demonstrados até aqui, há uma corrente doutrinária que compreende não haver a formação da coisa julgada após o decurso dos dois anos, sendo possível o ajuizamento de ação incompatível com a decisão antecipatória estabilizada, ante a ausência de eficácia preclusiva da coisa julgada na tutela antecipada antecedente⁸⁴.

De forma diferente, tem-se o entendimento, adotado por doutrinação minoritária, de que há a formação da coisa julgada material após o decurso do prazo de dois anos, cabendo o ajuizamento de ação rescisória após o término desse lapso temporal, sendo as hipóteses de impugnação da decisão limitadas ao que elenca o art. 966, do CPC. A existência da coisa julgada teria por base o afastamento da relação entre coisa julgada material e a cognição exauriente, não sendo esta última óbice para aquele instituto, uma vez que todo juízo histórico seria apenas de verossimilhança⁸⁵.

Além desse argumento, a partir da redação dada pelo art. 502, do CPC, qual seja, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, a corrente doutrinária mencionada adentra ao significado do conceito de mérito, sendo este “a pretensão trazida pela parte ao demandar (quer no processo de conhecimento, executivo ou monitório, com o pedido de sua satisfação por ato do juiz)”⁸⁶, de modo que, assim como em uma ação em que se requer tutela definitiva tem-se o mérito, no processo antecedente em que se pleiteia apenas uma medida urgente, que eventualmente poderá ser estabilizada, há o mérito também, porém em outra modalidade, que seria *o mérito de urgência*. Desse modo, alega-se que a única diferença

⁸⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.* p. 693.

⁸⁵ GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rudiniki Rogério. *Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódica e a “alienação da coisa litigiosa”*. P. 8.

⁸⁶ O vocábulo mérito provém do verbo *mereo, merere* que, entre outros significados, tem o de ‘pedir, pôr preço’ (...). Daí se entende que mérito é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir (...) etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame. Julgar o mérito é julgar essa exigência, ou a pretensão que o autor traz da vida comum para o processo com o pedido de seu julgamento pelo juiz.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*, p. 186-187. In: GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rudiniki Rogério. *op. cit.*, p. 10.

entre essa decisão e uma sentença do procedimento comum cível seria o contraditório, que teria sido considerado como prescindível pelo réu.⁸⁷

Todavia, um contraponto que se faz a esse entendimento minoritário é o fato de a discussão não precisar passar pela existência ou não da cognição exauriente para que possa haver a formação da coisa julgada. Isso porque cabe ao legislador a opção por impor ou não os efeitos da coisa julgada material no procedimento da tutela antecipada antecedente, tal qual como o fez na ação monitória, que, em mesmo sendo uma tutela de evidência, com o julgamento mediante a cognição não exauriente, tem aptidão para, caso não seja embargada, ser acobertada pela coisa julgada material (art. 701, do CPC). Assim, a tentativa da doutrina em alterar a natureza da estabilização da tutela antecipada para a coisa julgada se constituiria numa forma ilegítima de suprir uma lacuna axiológica.⁸⁸

Tem-se, ainda, a opinião doutrinária de que a limitação de dois anos para a propositura de ação que contenha o mesmo bem da vida que tinha o pedido da tutela antecipada ofende ao processo justo, tendo em vista que essa ação, que tem o objetivo de alcançar a cognição exauriente, possui como limite temporal os prazos previstos no direito material de decadência e prescrição.⁸⁹

Resta consignar, derradeiramente, a doutrina que, a partir de uma interpretação sistemática do código de processual civil no sentido de que a existência de previsão de um prazo para o exercício de um poder para a parte – no caso, o lapso temporal para interpor ação que almeje modificar, invalidar ou revisar a decisão antecipatória – induz à possíveis consequências caso ela não cumpra o que lhe imputado, entende ter havido a criação do fenômeno denominado imutabilidade das eficácias antecipadas.

Segundo esse novel instituto, após o decurso do prazo de dois anos da estabilização da tutela antecipada antecedente, não haveria a formação da coisa julgada material, sendo um nível maior de estabilidade, que se situa entre a estabilização da decisão antecipatória e a eficácia da coisa julgada.

⁸⁷ GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rudiniki Rogério. *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸ A lacuna axiológica consiste em uma regulação de um determinado suporte fático de forma não satisfatória para o intérprete. Não há propriamente lacuna, mas uma discordância da valoração da forma com a qual foi tratada normativamente o tema. (GUASTINI, Riccardo. Problemas de conocimiento del derecho vigente. MORATONES, Carles Cruz; Blanco, Carolina Fernández; BELTRÁN, Jordi Ferrer (ed.). Seguridad jurídica e democracia em iberocameérica. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 24, In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. *op. cit.* p. 700.

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 790/791.

De acordo com o referido entendimento, a eficácia da coisa julgada confere indiscutibilidade em grau máximo ao *dictum* da sentença, de forma que apenas por meio da ação rescisória será possível a rediscussão da matéria objeto da sentença rescindida. Com um grau menor de indiscutibilidade se encontra a tutela antecipada estabilizada após o decurso dos dois anos, que almeja impedir a reversão da eficácia antecipatória de modo forçado a seu beneficiário, mas pode haver o reprocessamento do direito material objeto da tutela antecipada para fins de indenização.⁹⁰

Para elucidar melhor essa questão da discutibilidade relativa da imutabilidade das eficácias antecipadas tem-se o exemplo da parte autora que numa ação anulatória de contrato de compra e venda, pela via do procedimento antecedente do art. 303, CPC, obtém condenação provisória do réu à devolução da coisa, condenação esta que vem a ser executada, de modo que a coisa é entregue ao autor. Estabilizada a decisão antecipatória, transcorre-se o referido prazo de dois anos, não sendo mais possível, diante disso, discutir se o mencionado contrato é válido ou não para, dizendo-o válido, determinar ao autor a restituição da coisa ao réu. É possível, todavia, dizê-lo válido para condenar o autor a ressarcir o réu por todos os prejuízos causados.⁹¹

Pela exposição alhures, observa-se que a omissão do legislador em definir a natureza da estabilidade da decisão antecipatória após o decurso do prazo de dois anos, apesar de permitir ampla discussão no meio jurídico, principalmente no que tange às justificativas para a ocorrência da coisa julgada, pode-se afirmar que, de fato, a coisa julgada material não incide sobre a tutela antecipada estabilizada, mesmo após o esgotamento do prazo decadencial previsto pelo Código de Processo Civil para intentar ação que vise reformá-la, revê-la ou modificá-la.

3.5 Estabilização da tutela antecipada em confronto com a coisa julgada e a cognição exauriente: possível mitigação do princípio do devido processo legal

Ao estudar o instituto da antecipação da tutela analisam-se, sob a perspectiva do devido processo constitucional, os princípios da segurança jurídica e da efetividade de jurisdição. Este princípio – que também se denomina, genericamente, de direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, se traduz na obrigação de o Estado propiciar às partes uma decisão justa que permita a concretização fática do direito com a devida celeridade que o caso requer. Sobre essa temática, afirma Teori Zavascki:

⁹⁰ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada* publicado no Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.

⁹¹ Ibidem.

O direito fundamental à efetividade do processo (...) compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.⁹²

De outro viés, ao analisar o princípio da segurança jurídica, tem-se que decorre da previsão constitucional do artigo 5º, LIV, segundo a qual aos litigantes devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Nesse sentido, até que se esgote o devido processo legal, os bens em geral das partes devem permanecer à disposição de quem os detém e deles se considere titular.

Com efeito, em regra, o direito fundamental da segurança jurídica desdobra-se na denominada cognição exauriente, ou seja, a que submete as soluções definitivas dos conflitos à incidência em níveis razoáveis dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que ocasionará a formação da coisa julgada material. Nesse mesmo viés apregoa Teori Zavascki que “o essencial para garantir o direito à cognição exauriente é que (...) a sentença definitiva de mérito só se torne imutável após serem viabilizados amplos meios de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz, segundo o artigo 5º, LV, da Constituição.”⁹³

Assim, observa-se que os direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica apresentam-se como valores conflitantes em sede processual, o que requer concordância prática, uma vez que de nada adiantará um processo rigidamente seguro se não for alcançada a efetiva tutela dos direitos. De outra parte, processo efetivo não pode ser sinônimo de processo inseguro, que não possibilite a mínima oportunidade de reação por parte do demandado. Tem-se, portanto, de acordo com o devido processo constitucional, que o processo deve, em algum momento, prever fases para realizar os dois mencionados direitos fundamentais.

A ideia de que a tutela jurisdicional é efetivamente prestada pela declaração emanada da sentença, com a finalidade primordial de eliminar a incerteza jurídica, constitui um dos pilares do processo civil clássico. De acordo com Giuseppe Chiovenda, a produção da certeza jurídica é a produção mais autônoma do processo, proporcionando um bem

⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*. Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, jul./set. 1995, p. 15- 32.

⁹³ Ibidem.

que não se pode obter de outra forma, sendo, para ele, a função mais elevada do processo civil⁹⁴.

Nesse viés, registre-se que, inclusive, não se permitia a concessão de tutela jurisdicional fundada em juízo de verossimilhança, exigindo sempre juízo de certeza para a satisfação do direito, o que somente poderia ocorrer após o trâmite do denominado procedimento padrão, a fim de que o processo fosse dotado do instrumental necessário para permitir ao juiz prolatar sua decisão representada pela coisa julgada.

Na outorga da tutela jurisdicional que visa dirimir as possíveis incertezas jurídicas, a coisa julgada, entendida como a qualidade que torna indiscutível a declaração ou o efeito declaratório contido na sentença, assume papel relevante, tendo em vista que para a produção da coisa julgada material, consoante a doutrina majoritária, a sentença deve ser capaz de declarar a existência ou inexistência de um direito⁹⁵:

Se um procedimento não outorga às partes adequada oportunidade de alegação e produção de prova, ou melhor, do exercício do contraditório, jamais se poderá chegar a um juízo capaz de permitir a "declaração do direito", mas apenas a um juízo idôneo a autorizar uma "declaração sumária", que, por sua própria natureza e origem, não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada.⁹⁶

Nesse contexto, tem-se que os princípios corolários do direito processual civil, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal estão associados à coisa julgada, eis que, pela exposição alhures, se aos litigantes não for permitida a ampla participação no processo, com todos os direitos e garantias fundamentais, não será possível que a decisão judicial produza a imutabilidade conferida pela coisa julgada.

Na concepção moderna de jurisdição, afirma Luiz Guilherme Marinoni ser a coisa julgada elemento essencial do discurso jurídico contemporâneo, devendo a atividade jurisdicional de conflito não apenas resolver os litígios, mas também se impor, tornando imutável e indiscutível a solução dada no processo. Apregoa o mencionado doutrinador que, em razão da necessidade de se atribuir caráter definitivo às decisões judiciais que solucionam conflitos, reconhece-se a importância da coisa julgada material no

⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. 28. ed. Milano: Giuffrè, 1993. Volume Terzo, p. 52-53. In: TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 2, p. 184.

⁹⁶ *Ibidem*.

ordenamento jurídico, sendo, inclusive, considerada como corolário do direito fundamental à tutela efetiva e um pilar do Estado Democrático de Direito.⁹⁷

À vista do exposto, tem-se, assim, que a coisa julgada material, por exigência constitucional diretamente relacionada à definitividade que ela confere às decisões judiciais – o que também é desdobramento da formação do processo civil clássico – está ligada à obrigatoriedade de ser produzida em razão de um procedimento que outorgue às partes todas as garantias e que a decisão derive de um diálogo efetivo entre os sujeitos processuais, sobretudo as partes e o juiz.

Com efeito, como resultado da obrigatoriedade acima mencionada, conforme afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva, tem-se “a necessidade de que a coisa julgada material somente seja atributo de decisões judiciais proferidas com o que se convencionou chamar de cognição exauriente.”⁹⁸

Ocorre, todavia, que diante do abarrotamento de processos no atual cenário jurisdicional brasileiro, o procedimento da cognição plenária, a fim de que seja obtida a imutabilidade que a coisa julgada proporciona, impõe que a decisão judicial somente seja outorgada ao final de um longo e demorado processo, exigindo que haja a citação, as fases de saneamento, de instrução probatória e recursal.

Nesse contexto é que os provimentos de urgência, como a tutela antecipada, exercem um papel fundamental para a entrega da tutela jurisdicional como remédio contra o lento e penoso procedimento comum, em especial quando o direito da parte está sujeito a uma situação de perigo da demora (ou perigo de dano quando se tratar da tutela cautelar), em que existe a imperiosa necessidade da satisfação antecipada do direito da parte pelo risco de sua absoluta não efetividade se ela for outorgada somente ao final do procedimento padrão.

Dessa forma, resta evidente que as medidas urgentes não devem exigir a cognição exauriente para serem concedidas, devendo ser determinadas somente com um juízo de aparência, isto é, sob a ótica da cognição sumária.

Antes do instituto da estabilização da tutela antecipada, consoante o CPC/73, a definitividade da tutela jurisdicional prestada mediante a cognição sumária era sempre condicionada a um pronunciamento judicial posterior produzido sob a cognição

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 136/138.

⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 157.

exauriente. Todavia, o novo CPC, em consonância com a moderna doutrina, há o entendimento de que a tutela jurisdicional, para ser efetivamente prestada, não precisa necessariamente da formação da coisa julgada material, o que o faz por meio da tutela antecipada antecedente.

Na conformação da função jurisdicional no estado constitucional contemporâneo, que deve se preocupar em verdade com a tutela dos direitos e em especial dos direitos fundamentais, não parece mais necessário exigir-se que a tutela jurisdicional sempre tenha que desembocar ao final em uma decisão judicial definitiva que traga contorno imutáveis à declaração contida no provimento decisório.⁹⁹

Do mesmo modo, na esteira de que a tutela de direitos é a finalidade do processo civil no Estado Constitucional, Luiz Guilherme Marinoni preconiza:

Quem desvia os olhos do procedimento ordinário e passa a se preocupar com a “tutela dos direitos” rompe com a relação existente entre satisfatividade e coisa julgada material, e mesmo com a ligação entre esta última e a executividade, já que a efetividade da tutela de um direito nada tem a ver com a coisa julgada material. Não é essa que satisfaz, mas sim a tutela jurisdicional, que para ser efetiva, em alguns casos, terá de ser prestada com base na cognição sumária.¹⁰⁰

Ao considerar superficialmente a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni, poder-se-ia entender que a efetividade da tutela estaria se sobressaindo, de modo desproporcional, sobre o instituto da coisa julgada, isto é, sobre o direito fundamental da segurança jurídica. Todavia, há de se considerar que a atual legislação processualista civil prevê o decurso do prazo de 2 (dois) anos para que qualquer das partes requeira a revisão, reforma ou invalidação da decisão antecipatória estabilizada, de forma que ao réu, assim como à parte autora, fora concedida tempo razoável para que pudessem exercer o direito do contraditório, por meio da ampla produção probatória, diálogo constante com o juiz e à proferição de uma decisão com base na cognição exauriente. Consigna-se, novamente, que o direito ao contraditório resta evidenciado com a oportunidade conferida ao réu para reagir, e não necessariamente com a reação.

Acrescente-se, nesse contexto, que mesmo após o decurso do lapso temporal de 2 (dois) anos, conforme exposto no tópico acima, tem-se o entendimento de que não há

⁹⁹ TESSER, André Luiz Bäuml. *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10.ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 127.

formação da coisa julgada material, de forma que é possível a propositura de uma nova demanda com o mesmo objeto, sendo vedado apenas o enfrentamento da decisão antecipatória, uma vez que o prazo para rever, modificar ou invalidar referida decisão fora ultrapassado.

À guisa de Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Araújo Baptista da Silva entende não haver uma verdade no processo, mas versões, da mesma forma como Hannah Arendt apregoa existir significados, isto é, na construção do raciocínio jurídico há a reintrodução de juízos de valor, “admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência sim, no sentido de clarificação do texto legal, mas igualmente é construída por um ato criador de direito, portanto, um ato também de vontade”¹⁰¹.

Com efeito, obtida a tutela antecipatória, portanto, de certa forma, a tutela jurisdicional teria atingido o seu objetivo ao tutelar os direitos das partes, consoante as lições de Remo Caponi, segundo o qual “em alguns casos, a definitividade da declaração judicial não é necessária para que a jurisdição atinja sua finalidade”¹⁰², de maneira que seria uma faculdade conferida aos litigantes a opção pela imutabilidade, que é concedida por meio da cognição exauriente e a coisa julgada.

Referido autor menciona, ainda, que a característica principal da jurisdição não se encontra na coisa julgada, mas sim na substituição da vontade das partes pela aplicação jurisdicional do direito, com autoridade, ou seja, que não poderá ser objeto de controle, ressalvado por outro órgão jurisdicional, por meio de recurso.¹⁰³

3.5.1 A coisa julgada como uma escolha político-ideológica

Além da discussão retro acerca da obrigatoriedade da formação da coisa julgada nos provimentos judiciais, tem-se o questionamento a respeito de a coisa julgada ser uma escolha político-ideológica de um determinado modelo de tutela jurisdicional, isso em razão dos fundamentos abaixo deduzidos.

Como já explanado, a coisa julgada parte da premissa de que a declaração judicial sobre uma determinada situação jurídica controvertida é prestada com cognição exauriente, ou seja, o juiz produziu o seu pronunciamento com base em um juízo de

¹⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *op. cit.*, p. 195.

¹⁰² CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. Revista de Processo. Vol. 36. n. 192. p. 397-415. São Paulo: Ed. RT, fev. 2011.

¹⁰³ *Ibidem*.

certeza. Assim, a certificação da situação controversa somente pode ser definitiva porque o juiz assim o faz com convicção.

Contudo, na realidade, toda e qualquer manifestação do juiz no processo é feita com base, sempre, em um juízo de verossimilhança, e jamais com juízo de certeza verdadeiramente, eis que impossível saber, com certeza, a verdade sobre algum fato, conforme mostra as lições de Sérgio Cruz Arenhart, a seguir transcritas:

Tem-se, assim, ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como o mesmo se passou, mas nunca a certeza da obtenção de verdade. E isto se torna ainda mais difícil no processo. Aqui se está diante de uma controvérsia. Os litigantes, ambos, acreditam ter razão e suas versões sobre a realidade dos fatos são, normalmente, diametralmente antagônicas. Sua contribuição para a pesquisa da realidade dos fatos é parcial e tendenciosa. O juiz deve, portanto, optar por uma das versões dos fatos apresentadas, o que nem sempre é fácil e (o que é pior) demonstra a fragilidade da operação de descoberta da verdade realidade.¹⁰⁴

Assim, Sérgio Cruz Arenhart aduz ser impossível a ocorrência de uma reconstrução precisa dos fatos, afirmando que:

Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito)¹⁰⁵.

Um segundo fundamento no que concerne a coisa julgada ser uma escolha político-ideológica diz respeito à doutrina dos juristas Alchourrón e Bulygin, que ao tratarem da denominada "Ilusão racionalista" afirmaram que "o postulado da plenitude hermética do direito é uma ficção tendente a ocultar o fato de que as exigências expressadas nos

¹⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL.

¹⁰⁵ Ibidem.

princípios de (...) justificação e legalidade são conjuntamente inconsistentes, já que impõem aos juízes obrigações impossíveis de cumprir”¹⁰⁶.

Com base na citada lição, concluiu André Tesser que a coisa julgada deve ser revista como um “ideal racional”, “porquanto a certeza que advém do julgamento definitivo de uma situação jurídica controvertida não é real, mas apenas um ideal, que é racionalmente justificável para a obtenção da segurança jurídica, que é valor imprescindível no Estado de Direito.”¹⁰⁷

A partir dos fundamentos expostos neste tópico 3.5, ao considerar a relativização existente no fato de que em um processo não há a reconstrução de verdades, bem como que as decisões judiciais não são proferidas com base em um juízo de certeza, pode-se concluir que a coisa julgada é uma opção para determinados julgamentos, aos quais se pretenda conferir estabilidade e definitividade como medida de segurança jurídica, tendo em vista que esta é pilar do Estado Constitucional, de modo que o instituto em questão se torna tão importante quanto outros institutos e técnicas no processo civil, tal qual a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, para fins de uma efetiva tutela de direitos.

É preciso ter em mente que a coisa julgada continua tendo relevância na pacificação dos conflitos, todavia, esse instituto não precisa estar obrigatoriamente presente em todas as formas de prestação de tutela jurisdicional, porquanto, não raras as vezes em que, em prol da celeridade e efetividade da justiça, bem como em razão da exigência do direito material no plano fático e da vontade das partes, a definitividade representada pela solução judicial imposta em uma lide poderá ser dispensada.

Para ilustrar melhor o exposto, pode-se imaginar uma ação em que um indivíduo busque o fornecimento de medicamento gratuito pelo Estado, de forma urgente, cujo remédio é o único capaz de propiciar à parte a tutela efetiva de seu direito à saúde e à vida. O longo prazo pelo qual percorre o processo de conhecimento com o fito de obter uma decisão imutável e definitiva, muito certamente, causaria prejuízo ao demandante, uma vez que se faz presente o perigo do dano. Assim, a fim de tutelar o direito do autor, por meio de uma cognição sumária, poderá o juiz conceder uma medida urgente declarando o direito do cidadão ao remédio.

Nesse caso, se houver a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, bem como a extinção do prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação que vise rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada sem que haja a respectiva

¹⁰⁶ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 3. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 235-238 In: TESSER, André Luiz Bäuml. *op. cit.*, p. 176.

¹⁰⁷ TESSER, André Luiz Bäuml. *op. cit.*, p. 176/177.

propositura, o jurisdicionado será protegido pela tutela estatal, mesmo que o processo não tenha sido julgado mediante a cognição exauriente e tenha o atributo da coisa julgada material.

Portanto, a tutela jurisdicional determinada sob a cognição sumária possui o mesmo grau de importância na concretização dos direitos dos indivíduos que a tutela jurisdicional prestada mediante a cognição exauriente, uma vez que ambas as tutelas originam-se de autoridade estatal e são destinadas à finalidade de jurisdição, isto é, a tutela dos direitos, devendo esta, como exposto, ser entendida da forma mais ampla possível, de acordo com o princípio *pro homine* que norteia a interpretação da Constituição Federal.

Por fim, diante do sustentado, é possível assegurar que as decisões liminares de antecipação de tutela satisfativa não precisam, necessariamente, ser substituídas por decisões definitivas de mérito, e os efeitos estabilizados da tutela antecipatória, se no curso do processo de tutela de urgência fora dada às partes a devida oportunidade para exercerem o contraditório e ampla defesa, não representa como uma mitigação ao princípio do devido processo legal.

4 CONCLUSÃO

A inserção da tutela antecipada na processualística civil brasileira representou um imenso avanço na proteção dada pelo ordenamento jurídico à sociedade, pois permitiu que, diante de situações em que estivessem presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ao direito material do indivíduo, a parte, ao provocar o Poder Judiciário, tivesse a sua demanda imediatamente analisada, sem a comum demora dos procedimentos comuns, os quais, até então, eram a única forma de se obter uma tutela jurisdicional.

Apesar desse notório avanço, a legislação referente ao processo civil era arraigada na noção de coisa julgada material, objetivando que a demanda fosse analisada mediante a cognição exauriente, com ampla participação das partes no processo, conferindo definitividade e imutabilidade ao caso litigioso, o que levaria à demora na análise do bem da vida requerido, bem como, muito certamente, ao perecimento do direito caso se trate de uma tutela urgente.

Todavia, a inovação da estabilização da tutela antecipada antecedente trazida ao ordenamento jurídico no ano de 2015 intensificou a discussão de que os juristas devem voltar sua atenção, diante do caso concreto, à efetiva tutela de direitos, e não à coisa julgada material, uma vez que a tutela jurisdicional, para ser efetiva, primeiramente, deve satisfazer faticamente o conflito, e não apenas de forma jurídica.

Com efeito, a tutela jurisdicional, para ser efetiva, em alguns casos terá que ser prestada mediante a cognição sumária, como é o caso da tutela antecipada antecedente,

podendo haver a estabilização dos seus efeitos caso o réu não manifeste forma alguma de objeção à decisão concessiva, ocasião em que o princípio do devido processo legal – sob as perspectivas do contraditório e da ampla defesa, incidiria em menor grau, porquanto não haveria ampla discussão acerca dos fatos e provas entre as partes e o juiz.

Embora não haja o aprofundamento da cognição na instrução e julgamento de uma tutela urgente, a estabilização da tutela antecedente revela-se como um instrumento que permite a satisfatividade da tutela jurisdicional, satisfação esta que deve ter sua análise dissociada como sendo exclusivo da coisa julgada material, uma vez que a efetividade da tutela de um direito nada tem a ver a imutabilidade e definitividade conferida por este último instituto, já que não é a coisa julgada que satisfaz, mas sim a tutela jurisdicional, que, para ser efetiva, em alguns casos, terá de ser prestada mediante a cognição sumária.

Por certo, à vista do exposto no presente estudo monográfico, pode-se afirmar que o CPC/2015, que possui o escopo de compreender o processo como um instrumento para realização da adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos, teve grande contribuição para a evolução da dogmática processualística civil ao autonomizar a antecipação da tutela, possibilitando a sua estabilização, uma vez que a principal importância da tutela jurisdicional reside no resultado que é proporcionado pelo processo no aspecto do direito material, de modo que os procedimentos civis devam estar voltados para a verdadeira finalidade do processo, ficando em segundo plano a técnica pelo qual o direito processual civil se utiliza.

Portanto, ao se ter como finalidade a efetiva tutela de direitos, bem como considerando que, ao serem estabilizados os efeitos de uma tutela antecipada o réu terá direito, por um período de tempo razoável, para requerer a revisão, reforma ou invalidação a referida tutela, é possível renunciar a definitividade e imutabilidade representada pela cognição exauriente e a coisa julgada material sobre uma situação controvertida em homenagem à celeridade e efetividade da justiça civil quando a situação de direito material assim o exigir e as partes assim optarem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, cognição exaustiva e coisa julgada** [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ARENAHRT, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em:http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143283/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em: 05/10/2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil: 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: 15/08/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15/08/2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. vol. 1.

CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas.** Revista de Processo. Vol. 36. n. 192. p. 397-415. São Paulo: Ed. RT, fev. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rudiniki Rogério. **Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódica e a “alienação da coisa litigiosa”**

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada,** publicado no Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro – 1ºVolume.** Ed. Saraiva. 17ªEdição. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização.** Revista de Processo. vol. 121, p. 11-37, ano 30. São Paulo: Ed. RT, mar. 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17ª Edição, 2013, Ed. Saraiva.

LIMA, André Canuto de F. **O modelo de Ponderação de Robert Alexy**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>>. Acesso em 23/10/2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1.

_____. **Tutela Provisória** [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 2.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada, Constituição Federal e o novo Código de Processo Civil**. R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 385-388, abr./jun. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2ª Ed., 2011, Juruá.

RICCI, Edoardo. **A evolução da tutela urgente na Itália**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Alexandre Antônio Bruno; SILVEIRA, Whenry Hawlysson Araújo Robert. **O epílogo da teoria dos direitos fundamentais em Robert Alexy.** Revista Jurídica – CCJ ISSN 1982-4858 v. 18, nº. 37, set./dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável.** Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: [<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>]. Acesso em 12/12/2019.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à Justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011.

TESSER, André Luiz Bäuml. **Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THAMAY, Renan. **Coisa Julgada** [livro eletrônico]. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu.** Revista de processo, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 129-146, mar. 2008.

THEODORO JÚNIOR., Humberto; ANDRADE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC.** Revista de Processo. vol. 206, ano 37. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012. p. 13-59

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais.** Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

AQUISIÇÃO DA POSSE E PORTE DE ARMAS NO BRASIL, CONSEQUÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

SAMUEL RAMOS DA SILVA:

Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹⁰⁸.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente projeto pretende abordar as discussões relacionadas a aquisição de armas de fogo no Brasil, transmitindo as narrativas de quem defende com veemência a falcilitação para adquirir o porte ou a posse da arma de fogo e, por outro lado, os que defendem uma legislação mais rígida em relação a essa aquisição. Apresentar também argumentos a respeito da situação de segurança pública no Brasil e logo vincular com a necessidade ou não, da utilização de arma de fogo para defesa pessoal e segurança familiar. Neste contexto, pretendemos buscar dados de países onde se tem uma legislação rígida para aquisição de arma de fogo, contrapondo dados de países onde a legislação que trata do direito de possuir arma de fogo é mais branda. Assim tentar da maneira mais coerente desenvolver uma justificativa mais plausível e aceitável, dentro do determinado tema ao qual nos foi conferido e sabendo que tais discussões não se encerraram no momento.

Palavras-chave: arma de fogo, segurança pública, Brasil, legislação branda, legislação rígida.

1 INTRODUÇÃO

A violência no Brasil é um dos principais problemas enfrentados pela população na qual surgem alguns questionamentos a respeito da maneira na qual tratamos segurança pública.

No ano de 2005 o Referendo do Desarmamento (autorizado pelo Decreto Legislativo nº 780/2005) não proibiu o cidadão “comum” (que não é membro das forças de segurança pública, nem colecionador, caçador ou atirador desportista) de possuir armas de fogo para defesa pessoal.

108 E-mail: samuelbapr@gmail.com

O Referendo de 2005 (com votação obrigatória) possuía por finalidade consultar os brasileiros exclusivamente sobre a possível vedação do comércio de armas de fogo e munições em território nacional, prevista no art. 35 do “Estatuto do Desarmamento”.

A seguinte pergunta foi objeto da consulta popular: “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. O resultado foi que 63,94% dos votantes responderam “Não”, impedindo o dispositivo de entrar em vigor.

Ou seja, as leis de comercialização de arma de fogo no Brasil em regra deveria ser mais branda, já que a população decidiu por não proibir a vedação do uso de arma de fogo, porém não é o que vemos.

O número de violência no Brasil tem aumentado drasticamente de 2005 pra frente, ano da então consulta popular (que não foi obedecido a decisão de 63,94% da população), demonstrando que o problema da segurança no Brasil não foi resolvido após as legislações aplicadas.

Segundo o Instituto Atlas Ipea Brasil o aumento de 10% de 2005 a 2015 é a variação que engloba o país como um todo. Mas, entre os estados, a diferença é bastante significativa. Em dez anos, apenas oito estados mais o DF tiveram queda na taxa de homicídios – Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia e São Paulo.

Enquanto isso, em outros 6 estados a violência mais que dobrou, sendo todos das regiões Norte e Nordeste. Os estados que tiveram aumento de mais de 100% na taxa de homicídios foram Amazonas, Ceará, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Tocantins.

A piora mais intensa foi registrada no Rio Grande do Norte, por exemplo, onde o aumento na taxa de homicídios em 10 anos foi de 232%).

Contraopondo essa ideia, segundo a especialista Melina Risso, uma das diretoras do Instituto Igarapé (ONG dedicada à segurança pública e aos direitos humanos), a segurança pública no Brasil está relacionada a desigualdade social, de modo que a posse de armas não solucionaria este problema.

2 OBJETIVO (S)

2.1 OBJETIVO GERAL

Descrever as narrativas a respeito da aquisição de armas de fogo no Brasil segundo o contexto da nossa realidade atual.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Fazer uma análise contextual no que diz respeito a garantia deste direito constitucional.

Citar os diferentes tipos de ideias defendidas por especialistas, os quais tentam chegar no senso comum.

Abordar a problemática da violência no Brasil vivenciada há anos, demonstrando a ineficiência estado.

3 PROBLEMA DE PESQUISA

A violência no Brasil pode ser combatida com a legalização das armas de fogo?

Qual é o impacto da legislação sobre a aquisição da posse e porte de armas no Brasil, considerando as consequências sociais, de segurança e de saúde pública, e quais são as principais divergências existentes em relação a esse tema?

Esse problema de pesquisa busca explorar os efeitos da legislação de armas no país, levando em conta diferentes aspectos, como a segurança pública, a criminalidade, os acidentes, os casos emblemáticos, a saúde mental, entre outros. Além disso, a pesquisa busca identificar as principais divergências de opiniões e perspectivas existentes na sociedade brasileira em relação à posse e porte de armas.

Ao abordar esse problema de pesquisa de forma abrangente, o trabalho poderá contribuir para uma compreensão mais aprofundada do tema, fornecendo subsídios para a formulação de políticas públicas mais embasadas e para o enriquecimento do debate sobre a aquisição da posse e porte de armas no Brasil.

4 HIPÓTESES

Hipótese 1: Restrições mais rigorosas à aquisição da posse e porte de armas reduzem a incidência de crimes violentos no Brasil.

Essa hipótese pressupõe que um maior controle sobre as armas de fogo pode resultar em uma diminuição da criminalidade violenta, com base em estudos e evidências de países que adotaram políticas mais restritivas.

Hipótese 2: A flexibilização das leis de aquisição da posse e porte de armas pode contribuir para a autodefesa dos cidadãos e, conseqüentemente, para a segurança individual e coletiva.

Essa hipótese sugere que a posse e o porte de armas podem ter um efeito dissuasório sobre potenciais criminosos, permitindo que os cidadãos se protejam em situações de ameaça iminente.

Hipótese 3: O acesso facilitado a armas de fogo aumenta o risco de acidentes, suicídios e violência doméstica.

Essa hipótese parte do pressuposto de que o fácil acesso às armas de fogo pode resultar em conseqüências negativas, como um maior número de acidentes, aumento das taxas de suicídio e um potencial aumento da violência doméstica.

Hipótese 4: A cultura da violência e a falta de investimentos em segurança pública são os principais fatores que influenciam a criminalidade no Brasil, independentemente das leis de controle de armas.

Essa hipótese considera que a legislação de armas, por si só, não é suficiente para reduzir a criminalidade, e que fatores como desigualdade social, falta de investimentos em segurança e a cultura da violência são os principais impulsionadores dos altos índices de criminalidade no país.

Diante da atual incapacidade e ineficiência do Estado em fiscalizar, de modo geral, poderíamos aumentar a violência se a aquisição de armas de fogo fosse facilitada. Ou existindo mais cidadãos armados, ajudaria no combate a violência, partindo do princípio que uma pessoa pensaria duas vezes em roubar um cidadão que está armado.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEORICA

Exemplos de casos e situações emblemáticas.

Caso da Chacina de Realengo (2011):

Em abril de 2011, um ex-aluno invadiu a Escola Municipal Tasso da Silveira, no bairro de Realengo, no Rio de Janeiro, e realizou uma chacina, resultando na morte de 12 estudantes e no ferimento de diversos outros. Esse caso chocou o país e trouxe à tona discussões sobre a facilidade de acesso a armas de fogo por pessoas com histórico de problemas mentais.

Caso do Massacre de Suzano (2019):

Em março de 2019, dois ex-alunos atacaram a Escola Estadual Raul Brasil, em Suzano, São Paulo, causando a morte de oito pessoas, incluindo estudantes e funcionários. Esse evento reforçou os debates sobre a segurança nas escolas e a necessidade de controlar o acesso a armas de fogo.

Caso do Estudante Socorrista (2017):

Em 2017, um estudante de medicina em Porto Alegre, que também era socorrista do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), reagiu a uma tentativa de assalto e acabou matando um dos assaltantes. Esse caso gerou discussões sobre o direito à autodefesa e o uso legítimo de armas por profissionais de segurança.

Caso da Vereadora Marielle Franco (2018):

Em março de 2018, a vereadora Marielle Franco, defensora dos direitos humanos e crítica da violência policial, foi assassinada a tiros no Rio de Janeiro. Esse caso levantou questionamentos sobre o controle de armas e o uso de armamento por agentes de segurança, além de suscitar debates sobre o combate à violência política.

Caso da Violência no Campo:

No Brasil, conflitos relacionados à posse de terras e questões agrárias são frequentes, e muitos deles envolvem o uso de armas de fogo. A ocorrência de assassinatos e confrontos armados em áreas rurais e indígenas levanta questões sobre a regulamentação do porte de armas nessas regiões e a segurança dos envolvidos.

Caso do Assalto ao Banco Central (2005):

Em 2005, ocorreu o maior assalto a banco da história do Brasil, em Fortaleza, Ceará. O grupo criminoso envolvido utilizou armas de grosso calibre para roubar aproximadamente R\$ 164 milhões. Esse caso evidenciou a capacidade de organizações criminosas de obterem armamento sofisticado e a necessidade de medidas efetivas de controle e combate ao crime.

Esses exemplos representam apenas uma pequena amostra das diversas situações emblemáticas que permeiam o debate sobre a aquisição da posse e porte de armas no Brasil. Cada caso traz consigo diferentes perspectivas e consequências, ilustrando a complexidade desse tema e a necessidade de uma análise aprofundada.

5.1 POSSUIR ARMAS DE FOGO AJUDA NO COMBATE A VIOLÊNCIA

A violência é uma das grandes mazelas do Brasil. A edição do Mapa da Violência de 2015, que consolidou os dados até 2012, apresenta um quadro estarrecedor: houve 56 mil assassinatos naquele ano, dos quais 40 mil com uso de armas de fogo (MADEIRO, 2015). Sob a égide da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o chamado “Estatuto do Desarmamento”, o acesso a armas de fogo no Brasil por parte do cidadão ficou, na prática, bastante restrito. No entanto, os índices de violência continuaram aumentando no país. Por conseguinte, muito se tem discutido acerca da eficácia da citada norma na redução dos índices de homicídios com armas de fogo no Brasil.

O debate sobre o direito de possuir armas é antigo. Ao contrário dos Estados Unidos, onde este direito foi conquistado ao mesmo tempo que o país fazia sua independência, o porte e a posse de armas não foi facilitado ao cidadão comum no Brasil.

Um cidadão armado torna-se um potencial ajudante das forças de segurança da sua região. Se muitos possuem uma arma, o criminoso pensaria duas vezes antes de atacar alguém, pois suas chances de sair ileso diminuem.

Igualmente, a necessidade de defesa pessoal. Por isso, qualquer um pode ter uma arma a fim de defender a si mesmo, sua propriedade ou sua família.

O Estado pode restringir ou não aos seus cidadãos, por este lado, ao negar a posse de arma, o Estado estaria negando um direito do consumidor, pois as armas são produtos de consumos como qualquer outro.

Uma população armada estaria mais capacitada para defender-se de um ataque cometido por um exército. Por fim, ao facilitar o acesso às armas de fogo, o povo armado poderia ser um obstáculo para os governantes que pensam em se perpetuar no poder. Afinal, de posse de armas, o próprio povo impediria que isso acontecesse.

5.2 CONSEQUÊNCIAS DA POSSE DE ARMAS

A ampliação do porte e posse de armas de fogo poderia aumentar os riscos para as mulheres e impactar os índices de feminicídio, segundo especialistas ouvidas pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados. O feminicídio é a morte da mulher por conta de seu gênero. Em 2003, foi sancionado o Estado do Desarmamento que dificultava ainda mais a aquisição de armas de fogo por parte da população civil. Dois anos depois, o artigo 35 sobre a liberação de compras de armas, foi levado a plebiscito e a proposta foi rejeitada. Especialistas alegam que a violência decorre da profunda desigualdade social no Brasil, assim a posse de armas não solucionaria este problema.

Além disso, o despreparo ao manusear uma arma pode ser mais letal do que não possuí-la, pois a falsa sensação de segurança que dá uma arma é perigosa.

De igual maneira, muitos alegam que o Brasil não teria condições de aplicar e fiscalizar um possível aumento de cidadãos que possuam armas de fogo, por falta de profissionais especializados.

Ademais, trata-se de uma medida impopular, pois segundo pesquisa realizada pelo Datafolha, em dezembro de 2018, 61% dos entrevistados se declararam contra a liberação do porte de armas.

5.3 LEGISLAÇÃO ATUAL

A Lei 10.826, de 22 de Dezembro de 2003, rege o controle de armas de fogo em mãos de civis em todo o Brasil. Na lei e em seus regulamentos, bem como em muitas matérias o termo posse está diretamente relacionado à aquisição de uma arma de fogo. A posse de arma de fogo significa ter sob seu domínio direto ou indireto uma arma, acessório ou munição, sendo que o tipo penal do artigo 12º complementa o conceito, determinando que a posse só ocorre no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. No § V do art. 5º, a lei especifica que a posse se aplica em toda a extensão do imóvel rural. A redação do art. 4º, feita de acordo com o disposto no art. 35º, previa diversas exigências leoninas para a aquisição de armas de fogo de uso permitido, entre as quais a DECLARAÇÃO da efetiva necessidade, e comprovação de diversos requisitos objetivos. Com a revogação do art. 35º, toda a leitura, aplicação e interpretação do disposto no art. 4º deveria ser mitigada, sob pena de termos a violação direta do resultado do Referendo de 2005. E isto aconteceu, em termos, após a edição dos decretos 9.845, 9.846, 9.847 de 25 de Junho de 2019, e 10.030, de 30 de Setembro de 2019.

5.4 POSICIONAMENTOS DIVERGENTES EM ALGUNS ASPECTOS

As divergências de opiniões em relação à aquisição da posse e porte de armas no Brasil têm implicações significativas em vários aspectos da sociedade. A compreensão dessas divergências e a análise de suas implicações são essenciais para promover um debate construtivo e embasar decisões políticas fundamentadas. A seguir, algumas reflexões sobre as implicações dos posicionamentos divergentes:

Segurança Pública:

A favor: Argumenta-se que a posse e o porte de armas podem proporcionar uma maior sensação de segurança para os indivíduos, permitindo que eles se protejam em situações de ameaça iminente.

Contra: Acredita-se que a ampla posse e o porte de armas podem aumentar o risco de confrontos violentos, contribuindo para um cenário de maior insegurança pública.

Prevenção da Violência:

A favor: Alguns defendem que a posse e o porte de armas pelos cidadãos podem dissuadir criminosos e reduzir a criminalidade, pois potenciais infratores estariam menos inclinados a atacar alguém que possa estar armado.

Contra: Argumenta-se que o aumento da disponibilidade de armas de fogo pode facilitar o acesso de criminosos e contribuir para um ambiente mais violento, uma vez que confrontos armados podem ocorrer com maior frequência.

Saúde Pública:

A favor: Algumas opiniões destacam que a posse de armas permite que os indivíduos exerçam seu direito à autodefesa, promovendo um senso de empoderamento e proteção pessoal.

Contra: É apontado que o fácil acesso a armas de fogo pode aumentar a incidência de suicídios, acidentes domésticos envolvendo armas e violência interpessoal, representando uma ameaça à saúde pública.

Controle de Armas:

A favor: Argumenta-se que uma legislação mais restritiva e um controle rigoroso de armas de fogo são necessários para reduzir a circulação ilegal de armamentos, coibir o tráfico de armas e diminuir os índices de criminalidade.

Contra: Alguns defendem que restrições excessivas à posse e ao porte de armas podem violar os direitos individuais e dificultar a autodefesa dos cidadãos, sem atingir os objetivos de redução da criminalidade.

Aspectos Sociais e Culturais:

A favor: Algumas perspectivas ressaltam que a cultura brasileira possui uma relação complexa com as armas, sendo importante levar em consideração a tradição de posse e uso de armamentos para a segurança e a atividade esportiva.

Contra: Argumenta-se que a cultura da violência e da arma de fogo no Brasil precisa ser enfrentada e que políticas mais restritivas são necessárias para mudar essa dinâmica.

A complexidade do debate destacam a importância de abordar a questão da aquisição da posse e porte de armas no Brasil de forma abrangente, considerando as implicações sociais, de segurança e de saúde pública. A promoção de um diálogo respeitoso, embasado em evidências e análises aprofundadas, é fundamental para buscar soluções que equilibrem os direitos individuais e coletivos, visando à construção de uma sociedade mais segura e justa.

6 SÍNTESE DE CONCLUSÃO

No decorrer do TCC sobre a aquisição da posse e porte de armas no Brasil, suas consequências e divergências, foram explorados diversos casos emblemáticos e situações que evidenciam os argumentos favoráveis e contrários a essa prática. A análise desses casos permitiu uma compreensão mais abrangente dos impactos da legislação de armas no país.

Foi observado que o tema desperta paixões e opiniões divergentes na sociedade brasileira. As discussões envolvem questões como segurança pública, prevenção da violência, saúde pública, controle de armas e aspectos culturais e sociais. As diferentes perspectivas trazem consigo implicações significativas para a sociedade como um todo.

Os casos emblemáticos analisados revelaram que a facilidade de acesso a armas de fogo pode resultar em tragédias, como massacres em escolas e homicídios, que abalam a segurança e a confiança da população. Por outro lado, há argumentos que defendem o direito à autodefesa e a sensação de segurança proporcionada pela posse e porte de armas.

Também foi observado que restrições mais rigorosas à aquisição da posse e porte de armas podem contribuir para a redução da violência e da criminalidade, enquanto flexibilizações nas leis podem trazer o benefício da autodefesa. Contudo, tais medidas também apresentam desafios, como a garantia dos direitos individuais e a efetividade do controle sobre o tráfico e a circulação ilegal de armas.

A saúde pública também é uma questão relevante, pois o fácil acesso a armas de fogo está associado a um aumento no número de suicídios, acidentes domésticos e violência interpessoal. Esses aspectos ressaltam a importância de medidas que considerem os impactos sociais e de saúde ao discutir a legislação de armas.

As divergências de opiniões presentes na sociedade brasileira evidenciam a complexidade do tema e a necessidade de um debate amplo e embasado em evidências. É fundamental promover um diálogo respeitoso, onde diferentes perspectivas sejam consideradas, a fim de buscar soluções que equilibrem os direitos individuais com a

segurança coletiva. No momento em que vivemos no Brasil, levando em consideração a situação política, econômica, social e cultural, percebemos o dinamismo brasileiro em todos os aspectos.

Na política por exemplo: existe um populismo elencado entre duas figuras partidárias, o que torna o nosso país restrito de divergências no campo intelectual das ideias governamentais. Sabendo disso, onde suas opiniões oficiais já declaradas a respeito do tema deste trabalho se divergem, podemos dizer que quem estiver sobre o comando governamental do país irá impor seus conceitos.

No atual cenário brasileiro não dá para equalizar uma regra geral com eficácia em todo o território, quanto a regulamentação do uso de arma de fogo, pois dentre as cinco regiões geográficas do país, a violência tem raízes distintas em cada uma delas. Ou seja, com tamanho multiculturalismo no Brasil, a regra não tem resultados iguais para todos.

Levando em consideração que no ordenamento jurídico brasileiro não se admite que estados (unidades federativas) legisle sobre essa matéria de maneira total e, por conseguinte, o princípio da igualdade na constituição brasileira veda que nossas leis devam ser tratadas com divergências de povos e regiões, não devemos no momento facilitar o acesso para adquirir arma de fogo, já que a eficácia seria desproporcional.

Lembrando que as teses defendidas pela facilitação em adquirir arma de fogo são de totais valia e concretude pois são embasadas de argumentos válidos e sólidos, embora no Brasil não possam ser aplicadas no momento pelos fatos já citados.

REFERÊNCIAS

Serviços e Informações do Brasil. Justiça e Segurança. Adquirir Arma de Fogo. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/adquirir-arma-de-fogo>. Acesso em 02/11/2022.

MIRANDA, Fátima. Passo a passo para o cidadão "comum" que deseja adquirir uma arma de fogo para defesa pessoal. Considerações Legais e Administrativas. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/249964506/passo-a-passo-para-o-cidadao-comum-que-deseja-adquirir-uma-arma-de-fogo-para-defesa-pessoal>. Acesso em 02/11/2022.

Por que é importante ter uma arma em casa? Invictus Tactical & Outdoor. 2022. Disponível em: <https://blog.invictus.com.br/2022/04/28/home-defense-por-que-e-importante-ter-uma-arma-em-casa/>. Acesso em: 02/11/2022.

BEZERRA, Juliana. Porte de Arma. TodaMatéria. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/porte-de-arma/>. Acesso em: 05/11/2022.

Contador de Homicídios no Brasil. IPEA. Atlas da Violência. 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em: 05/11/2022.

WESTIN, Ricardo. Especialistas veem perigo em armar cidadãos. Atiradores esperam mais incentivos do governo. Agência Senado. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/especialistas-veem-perigo-em-armar-cidadaos-e-atiradores-esperam-mais-incentivos-do-governo>. Acesso em 10/11/2022.

LANGANI, Bruno. Arma de Fogo no Brasil: Gatilho da Violência. Diário do Porto. 2022. Disponível em: <https://diariodoporto.com.br/arma-de-fogo-no-brasil-gatilho-da-violencia/>. Acesso em: 10/11/2022.

ADASZ, Arnaldo. Breve Estudo da Legislação Atual de Armas de Fogo. Jus.com.br. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99775/breve-estudo-da-legislacao-atual-de-armas-de-fogo>. Acesso em: 10/11/2022.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

JULIO MANOEL COURA MOREIRA:

graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹⁰⁹

RESUMO: O objetivo deste artigo é mostrar o impacto que pandemia da COVID-19 no aumento significativo contra violência doméstica nas mulheres, o poder legislativo estabeleceu leis para proteção em prol as mulheres como Lei Maria da Penha e a Lei Femicídio. Com a pandemia as agressões aumentaram significativamente o motivo o convívio entre homem e mulher. Enfim o artigo demonstra de que forma o Estado agiu para conter a violência doméstica e de que formas as leis protegem a mulher brasileira em âmbito familiar. O trabalho tem como propósito mostrar qual a assistência o Estado a essas mulheres vítimas de violência doméstica.

Palavras-chave: Violência Doméstica; Lei Maria da Penha; Pandemia;

ABSTRACT: The purpose of this article is to show the impact of the COVID-19 pandemic on the significant increase in domestic violence against women, the legislative branch established laws to protect women, such as the Maria da Penha Law and the Femicide Law. With the pandemic, aggression significantly increased the reason for living between men and women. Finally, the article demonstrates how the State acted to contain domestic violence and how the laws protect Brazilian women in the family context. The purpose of this work is to show how the State assists these women who are victims of domestic violence.

Keywords: Domestic Violence; Maria da Penha Law; Pandemic;

1 INTRODUÇÃO

O artigo falará sobre a violência doméstica em âmbito familiar, o convívio forçado por causa do isolamento fizera as agressões aumentarem de forma significativa. O trabalho irá abranger de qual forma a importância da mulher na história e de que forma foi surgido o gênero masculino sobre o feminino.

Tradicionalmente a sociedade já estabeleceu a hierarquia entre homens e mulheres, ou seja, o papel feminino de submissão.

109 E-mail: julim_moreira7@hotmail.com

Há vários tipos de violências doméstica e são fatos que ocorrem diariamente que muitas das vezes acaba em morte. A violência não atinge somente o físico como também o psíquico como o menosprezo, autoestima e até mesmo a dignidade.

O período de pandemia forçou o isolamento social e influenciou diretamente nas agressões em âmbito familiar pelo fato de estresse, uso excessivo de álcool, crise financeiras e outros motivos.

A primeira evolução de lei contra violência doméstica foi a Lei Maria da Pena sancionada em 07 de agosto de 2006 nº 11.340/06, que recebeu esse nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu agressões físicas e psicológicas que levou ela ficar paraplégica.

Mesmo com a criação da Lei Maria Da Penhas as agressões contra mulher em âmbito familiar ainda eram alarmantes. O Estado resolveu agir criando em 2015 a Lei do Femicídio que inseriu sendo crime hediondo e é um crime misógino.

2. METODOLOGIA

Essa pesquisa teve como objetivo principal analisar a incidência da Violência Doméstica e durante a Pandemia da COVID-19, em contexto de Pandemia da Covid-19.

3 DESENVOLVIMENTO

Para a realização desta pesquisa, a ajuda do professor doutor Alex foi fundamental para efetuação deste artigo e buscando matérias também no Google acadêmico.

4 A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

As leis evoluíram em relação a proteção a mulher, mas ainda é comum âmbito familiar e sempre estará ligado ao machismo. Para o machismo a mulher sempre será inferior ao homem em todos os cenários possíveis. As agressões não são apenas físicas mais também psicológica, patrimonial, moral e as consequências são danos à saúde e a integridade desta mulher.

À mulher brasileira é uma das que mais sofrem com a violência doméstica em todo o mundo, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), o Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de Femicídio: O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), o Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de Femicídio.

No Brasil e no mundo é alarmante a prática do feminicídio. Várias mulheres são assassinadas ou violentadas diariamente e, embora o tema sobre a violência contra a mulher muitas vezes pregue punição do agressor, a repressão desses crimes mostra que a punição não é suficiente, sendo necessário uma maior conscientização sobre o tema.

O crime é considerado um assassinato qualificado, incluído no Código Penal em 2015, e visando trazer mais segurança jurídica para as mulheres e familiares ao tipificar com penas mais severas quem comete feminicídio. Mesmo assim, o número de mortes desse tipo aumenta a cada ano.

Atualmente, o Brasil ocupa o 5.º lugar no ranking mundial de Feminicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). O país só perde para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia em número de casos de assassinato de mulheres. Em comparação com países desenvolvidos, aqui se mata 48 vezes mais mulheres que o Reino Unido, 24 vezes mais que a Dinamarca e 16 vezes mais que o Japão ou a Escócia.

Diante desses dados alarmantes muito precisa ser feito para dar um basta a essa triste realidade. Para tanto, está sendo proposto um Dia Municipal de Combate ao Feminicídio, que será incluído no calendário oficial da cidade, para ser a data em que se promovam diversas ações educativas e preventivas relacionadas ao tema. O dia foi escolhido por ser a mesma data internacionalmente instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) como o Dia Internacional da não violência contra a Mulher.

5 AUMENTO DE VIÔLENCIA CONTRA MULHER DURANTE A PANDEMIA

A violência doméstica é um episódio mundial, o isolamento social apenas trouxe à tona a triste realidade de várias mulheres brasileiras. Organizações relatam os dados preocupantes do convívio forçado por conta da pandemia, o isolamento de certa forma potencializou as agressões. A Ouvidoria Nacional dos direitos humanos alerta os dados preocupantes no Brasil no período de março:

No Brasil, segundo a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), entre os dias 1º e 25 de março, mês da mulher, houve crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelos

serviços Disque 100 e Ligue 180⁸. No país, o necessário isolamento social para o enfrentamento à pandemia escancara uma dura realidade: apesar de chefiarem 28,9 milhões⁶ de famílias, as mulheres brasileiras não estão seguras nem mesmo em suas casas.

Dos 3.739 homicídios de mulheres em 2019 no Brasil, 1.314 (35%) foram categorizados como feminicídios. Isso equivale a dizer que, a cada sete horas, uma mulher é morta pelo fato de ser mulher. Ao analisar o aspecto vínculo com o autor, revela-se que 88,8% dos feminicídios foram praticados por companheiros ou ex-companheiros⁷. Assim, é comum que as mulheres estejam expostas ao perigo enquanto são obrigadas a se recolherem ao ambiente doméstico.

No isolamento social as mulheres se sentiram dominadas pois eram impedidas de conversar com amigos e familiares, ocorrendo assim as agressões psicológicas e cárcere onde o companheiro ameaça e manipulava a vítima.

De acordo com **Baggenstoss, Li e Bordon (2020)**, mediante a grave crise gerada pela pandemia, é dever do Estado garantir proteção social à população mais vulnerável e desenvolver políticas públicas

voltadas ao enfrentamento da violência doméstica, visando a promoção, proteção e defesa dos direitos humanos das mulheres em situação de violação de direitos.

No dia 26 de março de 2020, o MMFDH aconselhou-os Organismos Governamentais de Políticas para Mulheres a formação de uma delegação para enfrentar as agressões em âmbito familiar contra as mulheres devido a covid-19 nos estados e nos municípios. Com isso Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos criou um canal de comunicação com as vítimas:

Com o apoio de políticas públicas por meio da Lei n. 1.267/2020, que visa ampliar durante a pandemia a divulgação do Disque 180 nas redes sociais e nas mídias, foi criado um aplicativo para atendimento da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos

(ONDH), o canal de denúncia Disque 100 e Ligue 180 do governo federal, que também podem ser acessados no site disque100.mdh.gov.br e ligue180.mdh.gov.br (**Brasil, 2020c**).

O canal Disque 100 e Ligue 180 foi criado para permitir que as vítimas denunciem a violência de forma segura e com absoluto sigilo. As redes virtuais são importantes ferramentas de suporte e de apoio, mas não são suficientes para resolver um problema social tão complexo (**Vieira; Garcia; Maciel, 2020**, p. 4).

Considerando o aumento da violência doméstica, é necessário discutir a responsabilidade que o Estado tem em garantir a vida e a proteção dessas vítimas de violência doméstica e dever de o Estado diminuir os números absurdos de feminicídio no nosso país. O Estado como tutela deveria cumprir sua função que é proteger as vítimas e ampara-las de forma correta e punir o agressor de forma mais rígida, ou seja, é dever do Estado proteger a integridade física e psíquica de mulheres que são vítimas em âmbito familiar.

O ditado popular “em briga de marido e mulher, não se mete a colher” fizera que milhares várias vítimas durante a pandemia, mesmo que os vizinhos escutassem algo a maioria das vezes não faziam as denuncia pelo fato que a violência contra mulher virou natural em época de pandemia. Moraes declara:

A omissão das notificações provoca sérias desvantagens ao combate da violência doméstica, pois impede que o problema se torne visível, o que se torna um entrave tanto para a implementação de políticas de prevenção quanto para o oferecimento de serviços de assistência à vítima (**Moraes; Ferreira, 2020; Saliba et al., 2007**).

Vale destacar que não a justificativa da violência contra a mulher no âmbito doméstico a violência contra a mulher é cultural. Com o isolamento a dificuldade fazer a denúncia ficou ainda maior a vitima acabava vivendo muito das vezes em cárcere com o seu agressor por isso o aumento significativo em violência doméstica.

A rede de apoio à mulher, prestada através dos serviços de assistência, saúde e segurança são sempre acionados quando a mesma busca por ajuda e a limitação e diminuição de acesso a esses serviços, veio pelo medo do contágio pela Covid19, assim como a priorização maior dos sistemas de saúde para os casos relacionados ao vírus, demonstram em uma procura menor por suporte das mulheres vítimas de violência (DE BARROS LIMA *et al.*, 2020)

Os dados de violência contra mulheres em âmbito familiar foram preocupantes no contexto de pandemia da Covid-19, o Fórum Brasileiro De Segurança expõe que:

O que se nota acerca dos primeiros dados que foram coletados é de que há uma diminuição no número de denúncias, o que não quer dizer que a taxa de violência sofreu uma diminuição. Sendo possível observar também uma correlata diminuição das medidas protetivas concedidas, mas o aumento dos atendimentos através de ligações para o serviço 190. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). Outro aspecto que aumenta as tensões que o agressor e a vítima neste período é a instabilidade financeira, com um enfoque maior para as famílias de baixa renda, que não possuem uma renda fixa e o perigo da doença gera incertezas sobre o amanhã é dito como mais um agravante para a prática da violência. Observa-se que o período de isolamento social trouxe mais dispêndios financeiros e muitas mulheres se viram reféns financeiramente do seu companheiro. O desemprego repentino, a dificuldade de prover o seu sustento e dos filhos e a subordinação financeira e emocional se transformam em obstáculos que dificultam para que a vítima consiga se desvencilhar da relação violenta na qual está inserida. Outro ponto facilitador, é o consumo de bebidas alcoólicas ou substâncias ilícitas no ambiente doméstico, uma vez que tais substâncias afloram a impulsividade, ou seja, a pessoa tornasse mais agressivo e violento e tende a violentar às mulheres (DE BARROS LIMA, *et al.*, 2020).

Apesar de a mídia expõe que a violência em período de pandemia aumentara o Estado dispõe que os dados oficiais notaram uma diminuição em violência contra mulher. Podemos notar que:

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), que produziu uma nota técnica Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid19, o que demonstrou uma redução nos registros de lesão corporal dolosa em todas as unidades da federação entre março e maio de 2020 em comparação ao mesmo período do ano de 2019. Observase uma redução de 27, 2%, onde as maiores reduções foram nos estados do Maranhão com 84,6%, Rio de Janeiro com 40,2% e Ceará com 26% (FBSP, 2020, p. 3)

6 LEI MARIA DA PENHA

A lei Maria da Penha foi criada em homenagem a Maria da Penha que sofreu agressões físicas e psicológicas de seu marido a deixando paraplégica. A lei é federal

brasileira com o intuito de estipular uma punição apropriada e coibir atos de violência contra mulher em âmbito familiar. Decretada em 7 de agosto de 2006 pelo então presidente Lula Inácio da Silva entrando em vigor dia 22 de setembro de 2006.

A lei Maria da Penha foi destaque mundial está entre as três melhores legislação do mundo que coibi a violência contra as mulheres. A lei colaborou com a diminuição de 10% das agressões contra mulher em âmbito familiar. A emenda diz:

Cria mudança para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Destaca-se que a violência doméstica não tem que ocorrer somente no âmbito familiar a lei se enquadra a violência em qualquer lugar basta a vítima ter uma relação de convivência familiar ou afeto entre o agressor e a vítima. A lei Maria da Penha é classificada nas seguintes categorias:

- Violência patrimonial: entendida como qualquer comportamento que configure controle forçado, destruição ou subtração de bens materiais, documentos e instrumentos de trabalho;
- Violência sexual: engloba os atos que forcem ou constrangem a mulher a presenciar, continuar ou participar de relações sexuais não desejadas, com intervenção de força física ou ameaça;
- Violência física: compreende maneiras de agir que violam os preceitos a integridade ou a saúde da mulher;
- Violência moral: entendida como qualquer conduta que represente calúnia, difamação e/ou injúria;
- Violência psicológica: entendida como qualquer comportamento que causa à mulher um dano emocional, visitou sua autoestima, causando constrangimentos e humilhações

A Lei Maria da Penha tem como proteção e ampara a mulher que sofreu violência doméstica.

7 LEI FEMINICIDIO

A Lei do Femicídio no Brasil foi publicada no dia 9 de março de 2015 trazendo para o Código Penal uma inovação de homicídio qualificado, o feminicídio. No seu artigo 121, inciso VI, o feminicídio acontece quando é cometido contra mulher por razões das condições de sexo feminino e em seu paragrafo segundo há razões de condição de sexo feminino quando o crime é:

I - violência doméstica e familiar (o art. 5º da Lei nº 11.340/06 enumera o que é considerado pela lei violência doméstica);^[3]

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Destaca-se que o feminicídio tem como intenção coibir a consequência de uma violência machista e na desigualdade entre os gêneros, então podemos diferenciar dois delitos do homicídio contra mulher

- **Violência doméstica e familiar:** ao recorrer-se ao ordenamento jurídico brasileiro, encontramos na Lei Maria da Penha a definição de violência doméstica e familiar em seu artigo 5º, qual seja, “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Além disso, deve acontecer no âmbito da unidade doméstica, da família, ou em qualquer relação íntima de afeto, como é colocado nos incisos I a III do artigo anteriormente citado.
- **Menosprezo ou discriminação da mulher:** nesta segunda forma de feminicídio, encontra-se presente no crime o menosprezo pela condição de mulher, além de formas de discriminação que foram conceituadas na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, da qual o Brasil é Estado signatário, da seguinte forma:

Arte. 1º: Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.. (NR)

CONCLUSÃO

Após os estudos e os dados levantados é exposto no trabalho presente, ficou claro que a violência doméstica durante o convívio forçado devido a pandemia da Covid-19 mostra a importância da Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio para amparar as vítimas de violência doméstica.

O Estado no que diz respeito a violência contra as mulheres tem sido alvo de críticas e de que ele não estaria agindo de forma coerente e segura para amparar as vítimas durante a pandemia e que durante esse episódio de isolamento ele estava totalmente desorganizado e falho quando deveria proteger as vítimas que já estavam em situação vulnerável por estar convivendo no mesmo âmbito com o agressor.

Nota-se com análise dos dados Fórum Brasileiro de Segurança Pública que o duro acesso para realizar denúncias e a dificuldade para buscar os serviços de proteção fizeram que os boletins de ocorrência caíssem de forma significativa e também pelo fato que várias mulheres que sofreram essas agressões chegaram a óbito.

Por fim o Estado é responsável por não zelar das vítimas durante este período de pandemia a ineficácia das medidas e a falta de acesso para denunciar as agressões foram as maiores falhas, o Estado não permitiu a facilidade para que as vítimas conseguissem sair daquela situação.

Conclui assim que as leis são importantes para dar o devido amparo às vítimas e deve-se criar redes de apoio e punir de forma correta os agressores mais também se faz necessário a vítima ter coragem de denunciar seu agressor para que esses índices realmente descaiam.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Alethea Maria Carolina Sales; RAMOS, Edson Marcos Leal Soares; ALMEIDA, Sílvia dos Santos. Caracterização da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Belém-Pará. In: Katiane da Costa Cunha; Karine Freitas Sousa; Leonardo Naves Reis; Leila Chagas de Souza Costa; Maria Riziane Prates. (Org.). Segurança Pública: Mulheres. 23^a ed., v.1, p. 235-246, Cabo Verde: Uni-CV, 2019.

Bourdieu P. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2002.¹¹

Brasil. Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena [Internet]. Brasil: Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ODNH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH); 2020 [acessado em 28 mar. 2020]. Disponível em: Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>

» <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>

Euronews. Domestic violence cases jump 30% during lockdown in France. Euronews [Internet] 2020 [acessado em 28 mar. 2020]. Disponível em: Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>

» <https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>

FBSP. (2020). Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Decode Pulse*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf> [Links]

Federici S. O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. São Paulo: Elefante; 2019.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (IPEA), & Forum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). (2019). Atlas da Violência 2019. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf [Links]

Kottasová I. Women are using code words at pharmacies to escape domestic violence during lockdown. CNN [Internet] 2020 [acessado em 6 abr. 2020]. Disponível em: Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/04/02/europe/domestic-violence-coronavirus-lockdown-intl/index.html>

» <https://edition.cnn.com/2020/04/02/europe/domestic-violence-coronavirus-lockdown-intl/index.html>

La Provincia. Coronavirus: casi di violenza sulle donne raddoppiati in emergenza. La Provincia [Internet] 2020 [acessado em 28 mar. 2020]. Disponível em: Disponível em: <https://www.laprovinciacr.it/news/italia-e-mondo/244892/coronavirus-casi-di-violenza-sulle-donne-raddoppiati-in-emergenza.html>

» <https://www.laprovinciacr.it/news/italia-e-mondo/244892/coronavirus-casi-di-violenza-sulle-donne-raddoppiati-in-emergenza.html>

Marques, E. S., Moraes, C. L., Hasselmann, M. H., Deslandes, S. F., & Reichenheim, M. E. (2020). Violence Against Women, Children, and Adolescents During the COVID-19 Pandemic: Overview, Contributing Factors, and Mitigating Measures. *Cadernos de saude publica*, 36(4). [Links]

NETTO, Leônidas de Albuquerque; MOURA, Maria Aparecida Vasconcelos; QUEIROZ, Ana Beatriz Azevedo; TYRRELL, Maria Antonieta Rubio; BRAVO, Maria del Mar Pastor. Violência contra a mulher e suas consequências. Acta paulista de enfermagem, v. 27, n. 5, p. 458-464, 2014.

NIDA. (2020). COVID-19: Potential Implications for Individuals with Substance Use Disorders. Disponível em: <https://www.drugabuse.gov/about-nida/noras-blog/2020/04/covid-19-potential-implications-individuals-substance-use-disorders#:~:text=Because%20it%20attacks%20the%20lungs,on%20respiratory%20and%20pulmonary%20health.> [Links]

OMS (Organização Mundial da Saúde). Prevenção da violência contra a mulher. Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2019 (On-line). Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/312261/WHO-RHR-18.19-eng.pdf?ua=1>..Acesso em: 10.06.2019

OMS (Organização Mundial da Saúde). Relatório mundial sobre violência e saúde. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002. (On-line). Disponível em: <https://www.who.int/publications/en/> Acesso em: 20.03.2020.

Peterman A, Potts A, O'Donnell M, Thompson K, Shah N, Oertelt-Prigione S, et al. Pandemics and Violence Against Women and Children [Internet]. Center For Global Development; 2020 [acessado em 28 mar. 2020]. Disponível em: <https://www.cgdev.org/sites/default/files/pandemics-and-violence-against-women-and-girls.pdf>
» <https://www.cgdev.org/sites/default/files/pandemics-and-violence-against-women-and-girls.pdf>

Reuters. Calls to Spain's Gender Violence Helpline Sharply During Lockdown. The New York Times [Internet] 2020 [acessado em 1º abr. 2020]. Disponível em: <https://www.nytimes.com/reuters/2020/04/01/world/europe/01reuters-health-coronavirus-spain-domestic-violence.html>
» <https://www.nytimes.com/reuters/2020/04/01/world/europe/01reuters-health-coronavirus-spain-domestic-violence.html>

Rios, A. M. F. M., Magalhães, P. V. S., & Telles, L. B. (2019). Violência contra mulheres: feminicídio. *Revista Debates em Psiquiatria*, 9(2), 4. [Links]

Suíça. Global Rapid Gender Analysis for Covid-19 [Internet]. Care International / International Rescue Committee; 2020 [acessado em 5 abr. 2020]. Disponível em: https://www.care-international.org/files/files/Global_RGA_COVID_RDM_3_31_20_FINAL.pdf

» [https://www.care-international.org/files/files/Global RGA COVID RDM 3 31 20 FINAL.pdf](https://www.care-international.org/files/files/Global_RGA_COVID_RDM_3_31_20_FINAL.pdf)

Wanqing Z. Domestic Violence Cases Surger During COVID-19 Epidemic. Sixth Tone [Internet] 2020 [acessado em 28 mar. 2020]. Disponível em: Disponível em: <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19epidemic>

» <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19epidemic>

PSICOPATIA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

DANIELLE ANDREA DE OLIVEIRA FREITAS:

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Conhecido como um transtorno de personalidade, a psicopatia está ligada a uma anomalia no funcionamento do córtex orbitofrontal, responsável por transmitir emoções. Com isso, são pessoas incapazes de discernir emoções e sentimentos, sendo propensas a práticas ilícitas ou cometerem crimes graves à sociedade, o que muitas vezes não possuem leis específicas e são tratados como pessoas “normais” ou portadoras de deficiência mental, não tendo um diagnóstico correto, fazendo com que sejam inseridos em sociedade novamente. Posto isto, este presente artigo tem como objetivo analisar a psicopatia e qual a sua relação com o direito penal. Também será apresentado como o Poder Judiciário Brasileiro se posiciona em casos de crimes praticados por pessoas que possuem tais distúrbios psicológicos e como os condenados são tratados de acordo com as normas brasileiras. Pretende-se ainda, abordar a capacidade dos agentes que possuem a psicopatia de responderem por seus crimes ou se são casos de inimputabilidade penal.

Palavras-chave: Psicopatia; Direito Penal; Crime; Inimputabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A princípio, pessoas que apresentavam transtornos psicológicos eram consideradas como possuídas por demônios, e que somente os religiosos seriam capazes de curar tais indivíduos (GARDENAL; COIMBRA, 2018). Ao decorrer do tempo, com as inovações tecnológicas, foi possível analisar que pessoas que possuíam transtornos psicológicos não se tratava de possessão demoníaca, mas sim de doenças mentais.

Com isso, foi através de estudos que o termo psicopatia surgiu no século XIX dentro da Medicina Legal, onde todos os indivíduos que apresentavam qualquer doença mental eram classificados como sendo psicopatas (GARDENAL; COIMBRA, 2018).

Também conhecida como um transtorno de personalidade, a psicopatia é um distúrbio que se caracteriza pela falta de empatia, culpa e remorso em relação a terceiros, além disso, também são pessoas muito racionais e possuem a total consciência de seus atos (GARDENAL; COIMBRA, 2018). O conceito para esse transtorno se deu através de estudos médicos que analisaram que muitos criminosos apresentavam clássicos sinais de insanidade e falta de remorso.

Por se tratar de uma doença de alta complexidade e os portadores deste transtorno apresentarem um intelecto acima do normal, o conceito para a psicopatia está em constante mudança, o que dificulta ainda mais o seu diagnóstico.

Deste modo, a pessoa considerada psicopata está mais propensa a cometer crimes tanto no âmbito civil tanto na área penal, sendo mais comuns praticarem crimes como pedofilia, estelionato ou serem assassinos em série.

Tais crimes praticados por psicopatas não possuem leis específicas que determinam suas penas ou tratamentos, ou seja, são tratados como pessoas que possuem doenças mentais e acabam sendo reinseridos em sociedade, o que ocasiona novamente a prática dos crimes.

2 A PSICOPATIA

Estando entre os distúrbios mentais mais difíceis de identificar, a psicopatia é marcada pela falta de empatia e consciência. O psicopata vê o mundo sem emoção ou consideração por terceiros, visando apenas a sua diversão e prazer, fazendo com que sejam manipuladores ao extremo, o que na maioria das vezes o leva a ser um criminoso com maior periculosidade em relação aos outros considerados “normais”.

Ao contrário do que muitos pensam, os atos criminosos dos psicopatas não derivam de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista com uma incapacidade de ter empatia pelo próximo ou de tratar como seres humanos com sentimentos. (SILVA, 2014, p. 32).

Além dos vários conceitos acerca desse assunto, de acordo com a Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional- SBIE – (Fonseca, 2016), o psicopata pensa completamente diferente de uma pessoa normal, sendo pessoas frias e egoístas, onde apenas consideram o seu bem-estar como o mais importante, na maioria das vezes praticando crimes para a sua satisfação. Estes indivíduos são mestres em mentir e manipular, tendo o hábito de se utilizar dessas artimanhas para benefício próprio e conseguir seus objetivos, já que pela ausência de seu emocional e o lado racional predominante, não apresentam quaisquer reações quando estão mentindo.

Ademais, ainda segundo o SBIE – (Fonseca, 2016) por não sentirem culpa, vergonha ou remorso e não sentirem emoções, os psicopatas sentem prazer no sofrimento do outro e na tortura física, psicológica e emocional de suas vítimas ou pessoas próximas a ele.

Este transtorno é caracterizado pela incapacidade de reconhecer a humanidade e o sentimento do próximo e até mesmo seus próprios sentimentos.

O psicopata olha para o humano de forma desfigurada, como algo que pode beneficiá-lo ou não, proporcionar-lhe prazer ou não. Essa seria a frieza dele, o não reconhecimento da humanidade no outro e até mesmo o não reconhecimento de sua própria humanidade (COSTA, 2014, p. 14).

Embora seja um distúrbio com várias características que auxiliam em sua identificação, ainda sim é muito difícil o seu diagnóstico, havendo vários estudos acerca desse assunto.

No ano de 1991, um psicólogo canadense chamado Robert Hare criou a famosa Escala de Hare, feita especialmente para identificar um psicopata; a escala é composta por 20 questões, dentre elas estão: boa lábia; ego inflado; reação estourada; sede por adrenalina; impulsividade; falta de culpa; sentimentos superficiais; comportamento antissocial; falta de empatia; má conduta na infância e irresponsabilidade, diagnóstico que só pode ser feita por profissionais na área (BRANDAO, 2023).

3 DOS TRATAMENTOS

Como se sabe, pessoas portadoras da psicopatia não apresentam algum sentimento de culpa ou baixa autoestima, portanto, são incapazes de terem sofrimentos emocionais, tais como, depressão ou ansiedade. Além disso, não esboçam nenhum desejo de mudança.

Os psicopatas, além de achar que não tem problemas, não esboçam nenhum desejo de mudança para se ajustarem a um padrão socialmente aceito. Julgam -se autossuficiente, são egocêntricos, e suas ações são absolutamente satisfatórias e recompensadoras para eles mesmos. (SILVA, 2014, p. 239).

Portanto, não há meios de tratamentos para os portadores da psicopatia, visto que não possuem ou demonstram emoções, assim, é impossível tratar algum sofrimento inexistente.

4 DAS PENAS

No nosso ordenamento jurídico, está presente a inimputabilidade penal, da qual o agente é incapaz de responder por sua conduta delituosa devido à presença de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Como previsto no artigo 26 do Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da

ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Brasil, 1984).

Para esses casos, em que o agente é considerado inimputável ou semi-imputável, é aplicado as medidas de segurança, assim como prevê no Código Penal, em seu art. 96 e 97:

Art. 96. As medidas de segurança são:

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

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (BRASIL, 1984)

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

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (BRASIL, 1984).

As medidas de segurança são usadas principalmente como uma forma de tratamento ou cura aos agentes portadores de alguma enfermidade mental. Além disso, outra de suas finalidades é a preventiva especial, em que o Estado espera que o indivíduo não volte à prática de atos delituosos e evita seu contato com a sociedade enquanto perdurar seus tratamentos.

Considerando tais normas, pode-se notar que as penas aplicadas aos criminosos diagnosticados com a psicopatia, estes são tratados como doentes mentais, e são aplicadas as medidas de segurança aos agentes, acreditando que algum tratamento seja capaz de curá-los, o que os levam a ser inseridos novamente em sociedade, tendo uma reincidência na prática dos crimes.

Segundo a Dra. Ana Beatriz Barbosa de Lima em seu livro *Mentes Perigosas; O psicopata mora ao lado* (2014), é notável a diferença de reincidência criminal dos psicopatas em relação aos demais criminosos, sendo essa duas vezes maior. O que nos leva a pensar que um dos motivos para tal é a falta de posicionamento do judiciário em relação aos crimes praticados por psicopatas.

Assim, muitas das vezes o réu é submetido a medidas de segurança, como por exemplo, a internação do acusado por tempo determinado e após o cumprimento do prazo, o agente é novamente reinserido em sociedade, voltando a prática dos crimes, podendo ser altamente perigoso.

Desta forma, ao analisar as leis vigentes em nosso ordenamento jurídico, é certo dizer que não possui leis específicas que caracterizam a psicopatia ou como os diagnosticados com tal distúrbio serão tratados ao cometerem algum crime em solo brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar as questões apresentadas, pode-se concluir que a Psicopatia não é uma deficiência mental, mas sim, um transtorno de personalidade, da qual o indivíduo portador desta anomalia vê o mundo sem qualquer tipo de consciência, emoção ou sentimentos.

No entanto, em nosso ordenamento jurídico, não há leis que tipifiquem crimes praticados por psicopatas e tampouco formas de punição para tais agentes. Nota-se que, indivíduos portadores desta anomalia são tratados como se fossem pessoas consideradas "normais", ou que possuem alguma deficiência mental, sendo classificados como inimputáveis e são submetidos a medidas de segurança, da qual são novamente reinseridos em sociedade, ocasionando a reincidência em alguns crimes.

Dito isto, resta evidente a necessidade de criação de leis próprias para tais crimes e suas formas de punição, já que, a psicopatia não se enquadra em nenhuma das tipificações previstas em lei, devendo ser um tema com mais estudos para a melhor adequação em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no âmbito penal.

REFERÊNCIAS

BRANDAO, R. **Psicopatia e suas principais características**. ZenKlub, 2023. Disponível em: <https://zenklub.com.br/blog/para-voce/psicopatia/#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20psicopatia%3F,e%20desprezo%20pe las%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20sociais>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL, Código Penal – Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte Geral - V.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

CARVALHO, S. D. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

COSTA, C. **Se o Mal Tivesse um Nome**. Manaus, Vales, 2014. E-book.

FONSECA, R. **Conheça as características de um psicopata e como identificar quando vê-lo**. SBIE, 2016. Disponível em: <https://www.sbie.com.br/conheca-as-caracteristicas-de-um-psicopata-e-como-identificar-quando-ve-lo/>. Acesso em: 4 mai. 2023.

GARDENAL, I. B.; COIMBRA, M. **Evolução Histórica do Psicopata na Sociedade**. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/evolucao-historica-do-psicopata-na-sociedade/604499552#:~:text=O%20conceito%20de%20psicopatia%2C%20origin%C3%A1rio,apresentavam%20nenhum%20tipo%20de%20loucura%2C>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PIMENTA, T. **Psicopatia: como identificar um comportamento psicopata**. Vittude, 2019. Disponível em: <https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psicopata/#:~:text=Os%20psicopatas%20s%C3%A3o%20muito%20manipuladores,educados%20e%20mant%C3%AAm%20empregos%20est%C3%A1veis>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SILVA, A. B. B. **Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado**. O Globo, São Paulo, 2014. E-book.

Silva, K. R. **Mentes perigosas: a psicopata mora ao lado, de Ana Beatriz Barbosa - uma reflexão sobre psicopatia, direito penal e direito fundamental.** UNIVEM, Marília/SP, v. 12, n 1, p. 189 – 206, 2019. Disponível em: [file:///C:/Users/Advocacia/Downloads/3120-85-6567-1-10-20200317%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Advocacia/Downloads/3120-85-6567-1-10-20200317%20(3).pdf). Acesso em: 29 abr. 2023.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ESTUDO COMPARATIVO NA LEGISLAÇÃO PENAL APLICADA E SUA EFICÁCIA

EMANUELLE LEONE SANAIOTTI:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹⁰.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(orientador)

RESUMO: O Direito Constitucional Brasileiro, expresso na Constituição Federal, em seu artigo 5º, resguarda o direito à vida, e implicitamente, a proteção máxima e soberana sobre a sua manutenção. Diante disso, pode-se dizer que este é um direito inerente a todos os seres humanos, e que juntamente com ele, estão o direito a saúde, ao respeito, a educação, e também o princípio da dignidade humana, norteador, para a convivência em sociedade, protegendo o indivíduo de forma ampla sobre o exercício dos seus direitos. Haja vista dessa disposição, quando se trata da seara em que envolve as crianças e adolescentes, sabe-se que esses possuem proteção especial pela legislação, devido a uma maior vulnerabilidade perante os demais, amparo expresso pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em razão dessa circunstância, esse trabalho tem por foco principal o estudo e análise aprofundado dos casos de violência doméstica, visando entender os principais motivos que causam essa problemática, além dos reflexos dessa violência no crescimento pessoal dessas vítimas. Como foco desse tema, e da recente atualização legislativa, o presente artigo, analisará a Lei 14.344/2022, chamada de Henry Borel, como forma de repúdio ao caso, e também de demonstrar que a sociedade está disposta a enfrentar esse tema como mais rigor, cobrando medidas eficazes do Legislativo. Com a finalidade de esclarecer todos esses tópicos, será utilizado como metodologia, a pesquisa bibliográfica em sites eletrônicos, e livros sobre o tema proposto, a fim de elucidar o assunto de forma clara e objetiva.

Palavra-chave: Violência doméstica; Lei Henry Borel, Crianças e adolescentes.

ABSTRACT: The Brazilian Constitutional Law, expressed in the Federal Constitution, in its article 5, safeguards the right to life, and implicitly, the maximum and sovereign protection over its maintenance. In view of this, it can be said that this is a right inherent to all human beings, and that together with it, are the right to health, respect, education, and also the principle of human dignity, guiding, for coexistence in society, broadly protecting the

¹¹⁰E-mail: manuleone.direito@gmail.com

individual on the exercise of their rights. In view of this provision, when it comes to the area involving children and adolescents, it is known that they have special protection by law, due to their greater vulnerability to others, support expressed by the Statute of Children and Adolescents. Due to this circumstance, this work is mainly focused on the study and in-depth analysis of cases of domestic violence, aiming to understand the main reasons that cause this problem, in addition to the effects of this violence on the personal growth of these victims. As a focus of this theme, and of the recent legislative update, this article will analyze Law 14.344/2022, called Henry Borel, as a way of repudiating the case, and also to demonstrate that society is willing to face this theme with more rigor, demanding effective measures from the Legislature. In order to clarify all these topics, it will be used as a methodology, bibliographical research on electronic sites, and books on the proposed topic, in order to elucidate the subject in a clear and objective way.

Keywords: Domestic violence; Lei Henry Borel, Children and adolescents.

1. INTRODUÇÃO

Em 2002, a Organização Mundial da Saúde (OMS), definiu como violência, “o uso intencional da força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo, outra pessoa ou grupo ou comunidade, que ocasiona ou tem grandes probabilidades de ocasionar lesão, morte, dano psíquico, alterações de desenvolvimento ou privações”.

Este trabalho tem como objetivo aprofundar o tema sobre a violência doméstica contra crianças e adolescente no âmbito familiar, demonstrando e buscando entender de que formas a violência no ambiente doméstico ocorre, afim de evidenciar como a identificação e interrupção precoce podem ser fundamentais, para que não se tenha um resultado tão gravoso, como o da morte dessas crianças e adolescentes.

Brevemente tratar das consequências que a violência causa na vida da criança e do adolescente, os reflexos que são carregados por todo o desenvolvimento, traumas, na sua maioria irreparáveis. E por fim, comentar sobre a mais nova legislação a Lei Henry Borel, afim de entender o que de fato alterou-se na Lei penal sobre o tema, com o intuito de diminuir o índice de incidências dos casos.

Conceituando a violência doméstica contra crianças e adolescentes pode-se dizer, conforme entendimento de Azevedo e Guerra, como:

todo ato e/ou omissão praticado(s) por pais, parentes ou responsável em relação à criança e/ou adolescente que – sendo capaz de causar dor ou dano de natureza física, sexual e/ou psicológica à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma “coisificação” da infância, isto é, uma negação

do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (Azevedo & Guerra, 1995, p. 36)

Atualmente, é possível notar uma crescente, nos casos de violência doméstica, em que figuram como vítimas as crianças e adolescentes, em diversos cenários, e com finais muito parecidos. A título de exemplo, podemos citar casos famosos, que geraram grande repercussão, como o da menina Isabella Nardoni, em 2008, e do menino Henry Borel, em 2022, um dos mais recentes, que gerou tanta revolta na sociedade, a ponto de fazer com que finalmente o Legislativo tomasse uma providência, resultando na promulgação da Lei Henry Borel.

Diante do exposto, a temática deste presente trabalho, mostra-se de grande importância, a fim de que se esclareça os principais motivos que levam a prática dessa violência por esses agentes. Elucidar por meio de alguns casos, como se inicia essas práticas violentas, as razões pelas quais acontecesse, e como elas se desenvolvem até alcançar o ápice. E, por fim, como o Judiciário e o Legislativo estão se comportando mediante a prevenção e punição para o combate a esse cenário.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A violência contra crianças e adolescentes não é uma problemática recente, durante a evolução da sociedade, ela sempre esteve presente, de formas diferentes, até o momento atual. Os primeiros registros dessa ação, na esfera religiosa, estão no Alcorão e na Bíblia Sagrada, documentos que pregavam a criança como forma de oferenda e sacrifício para o agrado dos Deuses.

Ainda, nas civilizações mais antigas, era comum que os bebês que nascessem com alguma deformidade física, fossem mortos, privados do direito à vida. Além de que, naqueles tempos, os pais tinham o poder de decisão sobre a permanência de vida dos seus filhos, podendo a qualquer tempo, serem mortos, por razões religiosas, equilíbrio de sexos ou ainda por não terem resistência o suficiente para aguentarem atividades físicas.

No mesmo sentido, no século XVI, criaram-se os chamados “colégios”, responsáveis por acolher e hospedar jovens estudantes de baixa renda, carentes de família, e rejeitados pela sociedade, mas que ao invés de oferecem apoio, submetiam seus internos a situações humilhantes e de maus-tratos severos. Ainda, no século seguinte, com a teologia cristã, o nascimento da criança passou a ser entendido como uma força do mal, gerando-se um ser imperfeito.

Atravessando um pouco o período histórico, no século XIX, as crianças e adolescentes, começaram a ser exploradas economicamente, obrigadas a trabalharem em fábricas, desde os 4 anos e em minas de carvão, a partir dos 8 anos, com jornadas exaustivas, chegando ao tempo de 16 horas por dia, sem direito a descanso ou à mínimas condições de salubridade, a fim de resguardar sua saúde.

Com o passar dos tempos, o poder familiar foi expandido para a violência contra os filhos, revestidos pela justificativa de educação, aceitável e plausível para a sociedade, provado com o advento do Código Penal Brasileiro de 1940, o qual somente proíbe os castigos físicos desmedidos, aceitando, portanto, um certo limite de tolerância para a violência.

É certo ainda que, na sociedade atual, algumas famílias, mesmo que pela Lei vigente, a violência, ainda que a título de educação, é totalmente inaceitável, não se desprenderam de certos costumes, e ainda se utilizam de castigos físicos para corrigir os filhos. Medida essa que, agride violentamente valores e direitos universais, como o direito à vida.

Apesar de todo o aparato estatal, que não deixa de ser atualizado, é possível notar, que com o passar do tempo, ainda não conseguiu se extinguir, e de forma primordial, a violência doméstica, em que figuram como agressores, aqueles que de forma fundamental, deveriam promover a proteção, o respeito, a saúde e o amor. Casos, e mais casos, são expostos na mídia, diariamente, com situação de crianças e adolescentes vítimas de seus pais, avós, padrastos ou madrastas, e que por muitas vezes perdem suas vidas.

3.DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Ao tratarmos da violência doméstica, resta esclarecer brevemente sobre o instituto família, uma vez que o principal contexto da violência é o âmbito familiar. Nesse sentido, é possível dizer que todos, de uma forma ou de outra, já tiveram a experiência de uma família, de estar em um ambiente, no qual busca-se refúgio, amparo, amor e proteção entre as pessoas.

Todavia, de um outro lado, esse ambiente, pode trazer consequências para a vida dessas pessoas entrelaçadas por esse ciclo, irreparáveis, por situações vividas, e uma delas, podemos dizer, que é a violência doméstica contra a criança e ao adolescente.

No tocante, as crianças em formação, é um assunto muito delicado, uma vez que, o seu crescimento está intimamente ligado as suas experiências vividas até atingir a vida adulta. Assim, se durante sua formação, passou por situações problemáticas, as chances de ter consequências prejudiciais em suas relações pessoais e profissionais são quase que certas.

Nesse sentido, pode se extrair do exposto, que a família é o norte, ou seja, o elo principal para o desenvolvimento daquele ser humano. E que, a violência dentro desse contexto, reduz a criança e ao adolescente a simples objetos de maus-tratos, causando seríssimos danos psíquicos e físicos na formação de pessoa.

Infelizmente, a violência tratada neste trabalho, por muitas vezes é negada pela sociedade em um contexto geral, que prefere se esquivar, do que enfrentar a natureza e a realidade tão desprezível desse cenário. Os números de casos de violência só aumentam no País, conforme mostra essa pesquisa publicada no site do Governo Federal em 2021, que segundo um dos canais da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (ONDH/MMFDH):

“A violência contra crianças e adolescentes atingiu o número de 50.098 denúncias no primeiro semestre de 2021. Desse total, 40.822 (81%) ocorreram dentro da casa da vítima. A maioria das violações é praticada por pessoas próximas ao convívio familiar. A mãe aparece como a principal violadora, com 15.285 denúncias; seguido pelo pai, com 5.861; padrasto/madrasta, com 2.664; e outros familiares, com 1.636 registros. (Governo Federal,2021)

Como já dito, no contexto familiar e doméstico, a violência geralmente parte dos pais ou responsáveis pelo menor, sendo muito comum o uso de objetos domésticos para realizar as agressões, além de violência manual, como chutes e socos, e até mesmo arremesso contra parede.

No âmbito do direito é possível dizer que essa conduta, afronta diretamente os princípios da liberdade, convivência familiar, saúde, entre outros direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988. Especialmente quando se trata da proteção a vida de crianças e adolescentes, o tema é amparado pelo Artigo 227, do mesmo dispositivo, *in verbis*;

“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. (Constituição Federal, 1988)

Com vistas ao artigo supramencionado, pode-se dizer que ao Estado compete a chamada proteção integral da criança e do adolescente. Bem como, é dever da família e

da sociedade. O Estatuto da Criança e do Adolescente promulgado em 1990, foi um marco muito importante no que tange ao assunto. Todavia, já não se mostra tão eficiente para o contexto atual.

Na doutrina e diante da lei, existe uma classificação para os tipos de violência. Elas podem se apresentar em 5 formas:

- a) **Violência Física:** é a mais conhecida, por deixar marcas visíveis. O agressor utiliza-se de força física contra a vítima, de forma intencional, com objetivo de causar sofrimento.
- b) **Violência Psicológica:** essa forma não deixa marcas aparentes, mas compromete gravemente o desenvolvimento psíquico e emocional da vítima.
- c) **Violência Sexual:** resta deixar claro, que não é necessário que a vítima ativamente participe da conduta, para caracterizar essa violência, ela pode apenas presenciar a conjunção carnal ou o ato libidinoso.
- d) **Violência Institucional:** nesse caso, é cometida por organizações públicas que tem o papel de acolher e proteger as vítimas vulneráveis, mas que acabam por revitimizá-las.
- e) **Negligência e Abandono:** é a omissão quanto aos cuidados e proteção perante aquela criança ou adolescente.

Sucintamente, essas são as formas em que a violência no contexto familiar contra crianças e adolescentes pode se manifestar.

Em suma, sabe-se que a família é a base de formação do caráter do ser humano, e que todas as experiências refletem ao longo de sua vida. A violência, quando da criança ou adolescente, é uma problemática de caráter relevante, visto que, é um dos principais causadores, para os problemas na vida adulta daquele ser.

4.DO ADVENTO DA LEI HENRY BOREL (LEI Nº 14.344/2022):

O advento dessa lei foi de fato um marco muito importante para integrar o sistema de proteção no tocante a violência contra crianças e adolescentes, no âmbito familiar. Basicamente, ela espelhou as medidas da Lei Maria da Penha, ampliando o campo de atuação, para os menores de idade, em situação de violência no contexto doméstico e familiar. Quanto ao seu surgimento, pode-se dizer que foi uma resposta do Judiciário e Legislativo em face dos inúmeros casos de violência contra crianças e adolescentes.

Em síntese, quando se trata das legislações de proteção à criança e ao adolescente, em primeiro momento refere-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente, norma específica, que amplamente preza pela proteção, e pune aqueles que transgridam os direitos ali tutelados. É o que dispõe o artigo 5º, do referido Estatuto, in verbis: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Ressaltando-se que a punição é tanto para aquele que comete a ação, bem como para aquele que se omite diante do dever de proteção. Além disso, o artigo 18, do mesmo dispositivo, cita que, in verbis “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Posto isto, cabe salientar, que dentre os dispositivos legais, é possível encontrar também respaldo de forma analógica, para devida punição e proteção. Todavia, como já citado, ainda faltava medidas mais eficazes e atualizadas com o presente contexto social, mediante a tantos casos concretos, daí o porque a promulgação da lei.

Nesse sentido, a Lei Henry Borel, estendeu o sistema existente na aplicação da Lei Maria da Penha, seguindo analogamente o rito para a aplicação de medidas protetivas urgentes. Portanto, com o advento do dispositivo, sempre quando a criança ou adolescente estiver em situação que se verifique a ocorrência de uma ação ou omissão de ameaça ou prática de violência no contexto doméstico ou familiar, com intuito de assegurar risco a sua integridade física, poderá ser utilizada medida protetiva para afastar o agressor da convivência com o ofendido.

É de suma importância frisar que o rol de medidas protetivas não é taxativo, por força expressa do artigo 20, §1º e artigo 21, §2º da Lei 14.344/2022, deste modo, a intenção do Legislador é ampliar ao máximo o modo de proteção, realizando uma integração do sistema de medidas protetivas, como por exemplo, utilizando-se tanto das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, bem como as medidas cautelares do artigo 319, do Código de Processo Penal.

Além disso, as medidas protetivas trazidas pela Lei Henry Borel, não somente preza pelo afastamento do agressor do lar, mas também pelo acompanhamento a ser feito com o ofendido pelos órgãos competentes, além de tratamento psicossocial. O intuito dessas medidas é minimizar ao máximo os efeitos futuros naquela criança ou adolescente, evitando que carregue durante a sua vida problemas psicológicos decorrentes da violência doméstica ou familiar.

Ademais, a Lei já mencionada, criou uma nova modalidade de homicídio qualificado e também hediondo, aquele qual for praticado contra menores de 14 anos, previsto no artigo 121, §2º, inciso IX. E também, acrescentou duas causas especiais de aumento de pena para o homicídio, conforme dispõe o artigo 121, §2º-B, do Código Penal, in verbis:

“§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.” (Código Penal, 1940)

Esta modificação trazida pela Lei Henry Borel traz um tratamento penal mais rigoroso ao apenado, exigindo, por exemplo, maior tempo de cumprimento de pena para progredir do regime em que se encontra. Contudo, é importante salientar, que pelas normas gerais do direito, as medidas e inovações citadas, somente se aplicarão aos casos de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes posteriores a sua existência e vigência, não retroagindo a fatos anteriores a sua vigência.

Por fim, o que se pode pensar sobre o advento desta Lei, é que em linhas gerais trouxe pontos muito assertivos, com a possibilidade de medidas protetivas para cessar de pronto a violência, evitando que atinja resultados mais gravosos, e no que tange ao âmbito penalizador, trouxe consequências mais gravosas ao apenado. Contudo, apesar de já estar em vigência, no que pese em pouco tempo, pouco se sabe sobre a real eficácia quanto sua aplicabilidade, não podendo se estender muito sobre se de fato a Lei Henry Borel vai agregar ou somente será mais uma criação legislativa

5. ASPECTOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NA VIDA DO OFENDIDO:

As fases do crescimento, são de importância essencial para a formação do indivíduo, em vista disso, sabe-se que as crianças e adolescentes que passaram por violência no seio familiar, sem as referências e os valores, de proteção, afeto, cuidado, acabam por ter problemas na vida adulta, seja no âmbito profissional, em relacionamentos, ou até mesmo na construção de sua família.

A violência não se exaure com o fim do ato praticado, os seus reflexos são levados pelo ser humano, por toda a sua vida, podendo desenvolver doenças psicológicas, como síndromes do pânico, ansiedade, medo constante, irritabilidade, entre outros. Além desse aspecto, muitos casos de violência, que começam de forma verbal, depois evoluem para a

psicológica, até chegar na física, tendo por resultado final, e só nesse momento cessada, com a perda da vida daquele indivíduo.

Por isso, é de extrema relevância que a violência seja o quanto antes interrompida, e que se ofereça tratamento adequado para essa vítima, principalmente quando se fala de crianças e adolescentes que se encontraram em formação.

Ainda, busca-se entender qual é a motivação para o início da violência doméstica e familiar, o estopim que leva uma pessoa tão próxima a vítima causar um mal tão grande. Uma dessas justificativas, baseia-se falta de comunicação entre pais separados, que constituem nova família, com novos parceiros, que não aceitam os filhos advindos de outro casamento, e descontam sua revolta de forma violenta nessas crianças e adolescentes, a exemplo do caso do menino Henry Borel.

No obstante a isso, ainda se encontra enraizado no pensamento de muitos pais e responsáveis que a maneira correta de educar é através de palmadas, gritos e com rispidez, ou seja utilizando-se de violência “com moderação”, como é visto por eles. Medidas essas ultrapassadas diante dos tempos atuais, que nos prosperam resultados positivos com o passar do tempo, causando, muitas vezes, abalos psicológicos no decorrer da vida adulta.

Por isso é tão importante chegar até a raiz do problema, para ali efetuar os reparos necessários, para que o todo se normalize. É preciso que se efetue um trabalho conjunto, entre sociedade, estado e família, afim de detectar possíveis indícios de violência, e assim tratar da maneira correta a partir daquele ponto. De acordo com Weiss:

“aspectos emocionais estariam ligados ao desenvolvimento afetivo e sua relação com a construção do conhecimento a expressão deste através da produção escolar (...). O não aprender pode, por exemplo, expressar uma dificuldade na relação da criança com sua família; será o sintoma de que algo vai mal nessa dinâmica” (WEISS, 2004, p.23)

Outro ponto relevante para diagnosticar esse problema é ouvir e confiar mais nas vítimas, muitas vezes por serem crianças ou adolescentes as suas versões sobre os fatos não são levadas a sério, por pensarem que pela pouca idade não sabem o que dizem, o que é uma grande bobagem.

Por fim, o que se buscou expor neste capítulo é sobre a necessidade de diagnosticar o a violência doméstica e familiar o quanto antes, afim de trazer os menores transtornos para a vida daquele ofendido, sejam eles psíquicos ou sociais. E o meio para isso, é que os 3 pilares de proteção estejam unidos para agir quando necessário, observando o

comportamento da criança ou adolescente, uma vez que é através dele que surgem os primeiros sinais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se mediante a todo o exposto, que a violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes ainda é um tema muito delicado, por envolver o principal elo de ligação entre pessoas, a família. Por isso, o que acontece na maioria dos casos é o sigilo dentro daquele lar, a omissão de quem tinha o papel de proteger.

Por isso, cabe a sociedade e ao Estado, juntamente com a família, exercer o papel de proteção, de acompanhamento das crianças e adolescentes, para que precocemente tome medidas cabíveis no combate à violência.

Além disso, trazer novas medidas, que sejam mais eficazes no combate à violência doméstica, com caráter informativo, a fim de indicar, quando os primeiros sinais surgem, como os pais ou responsáveis podem agir diante da situação, e como se utilizarem das medidas legais para a proteção dessas crianças e adolescentes.

Ainda não sabemos, como a Lei Henry Borel se comportará no que tange a sua aplicabilidade, pois como foi exposto, inicialmente traz medidas muito importantes no trabalho contra a violência, com medidas protetivas de urgência, e tratamento penal mais rigoroso para o ofensor.

O que se pode afirmar com clareza é a relevância quanto a proteção aos direitos fundamentais e constitucionais desses ofendidos, que devem ser priorizados e amplamente protegidos, afim de resguardar suas vidas de qualquer forma de violência, opressão ou crueldade, os oferecendo dignidade enquanto seres humanos, salvaguardando de abalos psicológicos e sociais.

Em suma, pode-se notar que ainda há certa carência quanto a proteção desses direitos, precisando primeiramente que se chegue a raiz do problema, ou seja, o âmbito familiar, para que a partir dessa correção, todo o contexto posterior sofra mudanças positivas.

REFERÊNCIAS

Azevedo, M. A. & Guerra, V. (1995). **Violência doméstica na infância e na adolescência**. São Paulo: Robe Editorial.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Comentários à Lei Henry Borel Lei 14.344/22**. Leme: Mizuno, 2022. 109 p.

CARVIELLI, Carolina Carvalho. **Lei Henry Borel e as medidas protetivas conferidas às crianças em situação de violência doméstica e familiar.** Disponível em: <https://www.nossodireito.com.br/2022/06/13/lei-henry-borel-e-as-medidas-protetivas-conferidas-as-criancas-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar/#:~:text=Ainda%2C%20al%C3%A9m%20de%20poder%20afastar,reeduca%C3%A7%C3%A3o%2C%20junto%20com%20acompanhamento%20psicossocial>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

CÓDIGO PENAL. Disponível <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Ano 1940.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Ano 1988.

FREITAS, Danielli Xavier. **Um monstro esconde-se em casa. A violência doméstica contra crianças e adolescentes.** 2014. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/139169447/um-monstro-esconde-se-em-casa-a-violencia-domestica-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 25 set. 2022.

LEI 14.344 DE 24 DE MAIO DE 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm. Ano: 2022.

MARTIN, Christine Baccarat de Godoy *et al.* **Maus-tratos infantis: um resgate da história e das políticas de proteção.** 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ape/a/nchdTGMYGvGJJSKhhvkJWMyq>. Acesso em: 20 set. 2022.

ROSAS, Fabiane Klazura; CIONEK, Maria Inês Gonçalves Dias. **O impacto da violência doméstica contra crianças e adolescentes na vida e na aprendizagem.** Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 2, n. 1, p. 10-15, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/impacto.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2023

SACRAMENTO, Livia de Tartari e; REZENDE, Manuel Morgado. **Violências: lembrando alguns conceitos. Aletheia,** Canoas, n. 24, p. 95-104, dez. 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942006000300009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 out. 2022.

VELASCO, Clara. **Casos de maus-tratos contra crianças e adolescentes crescem 21% no Brasil em 2021.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao->

paulo/noticia/2022/06/28/casos-de-maus-tratos-contracrianças-e-adolescentes-crescem-21percent-no-brasil-em-2021-mostra-anuario.ghtml. Acesso em: 15 set. 2022.

WEISS, Maria Lúcia L. **Psicopedagogia Clínica: uma visão diagnóstica dos problemas de aprendizagem**. 10ª edição. Rio de Janeiro: editora DP&A, 2004.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS

EDUARDO VIEIRA BARBOZA JÚNIOR:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis¹¹¹.

MARIA PAULA BRANQUINHO PINI

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho analisa o tema alimentos gravídicos e as ações pertinentes, observando-se os desfechos dessas ações especiais e a repercussão jurídica e social do assunto. Tem por finalidade contextualizar teoricamente o tema e identificar a existência de informação voltada às mulheres gestantes, a forma como o Judiciário interpreta os indícios de paternidade e os consequentes julgamentos dos processos analisados. Utilizando-se pesquisa empírica, qualitativa e quantitativa, com análise de ações de alimentos gravídicos no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entrevista com advogado especialista, além estudos de jurisprudência, livros e artigos publicados na internet. Destaca-se a importância dos alimentos gravídicos e o papel fundamental no apoio à dignidade do nascituro e da mulher gestante. Conclui-se, no âmbito da pesquisa, que há necessidade de mais informações para a gestantes. Com relação aos processos judiciais, não houve ações aventureiras ou temerárias e os pais se mostraram dispostos a realizar acordo com a gestante nas audiências de conciliação, o que garantiu a subsistência do nascituro e bem-estar da gestante.

Palavras-chave: Alimentos Gravídicos, Dignidade à Vida Humana, Nascituro.

ABSTRACT: The present work deals with the topic of pregnancy food actions, to which the outcomes of these special actions and the development of this topic will be addressed. It aims to analyze the main aspects that relate the knowledge of pregnant women to this right, in addition to the problematics of the indications of paternity presented and to analyse the judgments of these cases. Using the methods of empirical, qualitative and quantitative research, with analysis of actions of pregnancy food within the Court of Justice of the State of São Paulo, interview with expert lawyer, as well as studies of jurisprudence, books and articles published on the Internet. It is highlighted the importance of these pregnancy foods and the fundamental role in supporting the development of the baby and the well-being of the pregnant woman. It is concluded through the research that parents

111 E-mail: eduardo_jrvb@hotmail.com

tend to recognize their paternity by making an agreement with the pregnant woman in the conciliation hearings.

Keywords: Pregnant food, Dignity to human life, Child.

INTRODUÇÃO

O trabalho em tela visa refletir e esclarecer sobre a existência e o uso da ação de alimentos gravídicos, prevista na Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008, e os seus efeitos diretos relacionados às famílias e ao sistema de justiça.

O interesse na pesquisa surgiu diante da experiência de estágio no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde foi permitido o acesso aos processos relacionados ao direito de família.

Nesse sentido, será abordado o tema da alimentação gravídica, seus objetivos e consequências. Para tanto, será analisado o conceito jurídico de alimento, além das regras processuais e o acesso à ordem jurídica justa.

Serão abordados os principais aspectos jurídicos relacionados aos alimentos gravídicos, tais como seus requisitos, procedimento para a sua concessão, consequência processual, bem como a sua importância para a proteção dos direitos fundamentais da gestante e do nascituro.

Será feita breve análise empírica, quantitativa e qualitativa, de processos no site do Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo, com foco nas sentenças prolatadas, extraindo-se possíveis observações sobre o regramento e sua utilização em concreto.

Será realizada também entrevista com advogado e servidor público da Saúde Municipal de Ouroeste, que fornecerá dados relevantes da Secretaria da Saúde do município, buscando responder indagações sobre o acesso informacional das gestantes e consequências da ação de alimentos gravídicos na sociedade.

1. ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A palavra “alimentos” nos remete à “alimentação”, ocorre que essa nomenclatura é mais ampla, não se limitando à nutrição alimentar, haja vista que os alimentos, na acepção jurídica, referem-se à manutenção devida para uma vida digna do indivíduo.

Há diversos tipos de alimentos, tais como os alimentos legais, voluntários e indenizatório, todos são causas jurídicas que dizem respeito ao motivo pelo qual o alimentante deve pagar ao alimentado.

São classificados os alimentos como: legais, derivados de direito civil (obrigacional ou de família) e convencionais ou voluntários, decorrentes da autonomia da vontade.

Os alimentos legais derivados de direito de família decorrem de relações parentais ou de relação conjugal, seja casamento ou união estável. Os alimentos legais derivados de direito obrigacional, decorrem da responsabilidade civil, cuja inadimplência não acarreta prisão.

Os alimentos convencionais ou voluntários, derivados da vontade das partes, consistem em prestação voluntária contratada, assumindo-se caráter alimentar ou obrigacional, conforme o caso concreto.

Os alimentos disciplinados pelo direito de família, de maneira geral, derivam de relações de parentesco ou de relações conjugais, como expressão do princípio constitucional da solidariedade.

Nesse sentido:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

CF Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

A legislação infraconstitucional especifica a obrigação alimentícia e os limites a serem observados para sua quantificação. Os artigos 1.694 e seguintes do Código Civil Brasileiro, dispõem da seguinte forma:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos **descendentes**, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos **irmãos**, assim germanos como unilaterais.

Em análise aos artigos supracitados, são pressupostos essenciais da obrigação alimentar: vínculo de parentesco entre alimentado e alimentante (ascendente, descendente, irmãos), ou vínculo matrimonial ou de companheirismo.

Além disso, a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade de quem oferece a prestação alimentar é o binômio que garante a proporcionalidade. É importante analisar a situação econômica do reclamado e a necessidade do alimentado, de forma a garantir o equilíbrio da relação familiar.

O art. 1.695 do Código Civil Brasileiro, dispõe:

“Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à

própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”

A fixação de alimentos não é uma punição ao devedor alimentante, muito menos um “prêmio” para o credor alimentado, mas sim a composição entre a necessidade de quem pede e o recurso de quem paga.

No caso dos alimentos para o nascituro a obrigação decorre do vínculo de parentesco (pai e filho) e especificamente da expectativa do exercício do poder familiar, em virtude da concepção de um filho que eventualmente poderá nascer com vida.

O presente trabalho destaca a obrigação relativa aos alimentos gravídicos, que consiste no dever de o suposto pai em contribuir com o pagamento de despesas decorrentes de assistência à gravidez, tais como, assistência médico hospitalar, psicológica, exames complementares e despesas decorrentes da gestação.

O fundamento é o poder familiar, não é a relação conjugal, que pode servir de prova indiciária da relação que ensejou a gravidez. Os alimentos gravídicos se justificam em decorrência da relação parental entre o requerido da ação e o nascituro, em favor da autora gestante.

Instituído pela Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008, os alimentos gravídicos foram criados objetivando a proteção e a garantia dos direitos do nascituro. Tal proteção deve ser entendida como assistência e cuidados necessários para o nascituro e a mulher gestante, por meio de uma prestação alimentar.

Sobre o tema, escreveu BERENICE DIAS:

“Apesar das imprecisões, dúvidas e equívocos, os alimentos gravídicos vêm referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna.”

Com a possibilidade de ser pleiteado pela gestante ao suposto pai, os alimentos gravídicos constituem garantia de assistência durante a gestação até o parto, por meio de ação judicial.

Não há distinção, tanto o pai, quanto a mãe gestante podem ajuizar esta ação, o primeiro para oferecer e a segunda para exigir alimentos, haja vista que tem como objetivo garantir a saúde e desenvolvimento do feto, bem como o bem-estar da mãe. A ação de alimentos gravídicos busca recursos suficientes para a gestante arcar com os custos adicionais durante a gravidez, tais como a alimentação especial, cuidados médicos e

vestimenta. Garante o custeio da fase pré-natal para que haja uma gravidez saudável e sem riscos para o nascituro.

1.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Carta Magna de 1988 dispõe no art. 6º da seguinte maneira:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade** e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

A Constituição prevê a assistência aos necessitados e proteção à maternidade, como direito social.

A jurisprudência e a doutrina especializadas já vinham reconhecendo esse tipo de alimento, haja vista a evidente necessidade de proteção e amparo da mulher para o regular desenvolvimento da gestação até o parto; o fazia, entretanto, com fundamento no Código Civil, regras gerais a respeito de prestação alimentar e responsabilidade familiar.

Em decorrência das dificuldades de se identificar a suficiência de provas quanto aos vínculos parentais ou os indícios de paternidade, o ordenamento jurídico brasileiro não tinha padrão na abordagem desse tema, gerando decisões diversas que por vezes desamparava o nascituro e até mesmo afrontava princípios constitucionais.

O exame de DNA, método para se chegar à conclusão da paternidade, é procedimento considerado invasivo e perigoso durante a gestação, no entanto, era costumeiramente solicitado como condição para obtenção da procedência do pedido de alimentos.

Assim, a Lei nº 11.804/08 foi promulgada para abordar de forma clara e certa a possibilidade do pleito de tais alimentos, distribuindo o ônus da prova de forma adequada, sem colocar em risco a vida do nascituro.

Com o objetivo de providenciar uma gestação apropriada e o bem-estar do nascituro desde a concepção, o legislativo brasileiro editou a Lei nº 11.804/2008, que regula os alimentos gravídicos, baseando-se nos princípios do dever familiar, da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A Lei regulamentada em questão, teve origem como projeto de Lei pelo ex-senador Federal Rodolpho Tourinho, na data de 28 de julho de 2006, o projeto de Lei de nº 7.376.

O projeto foi devidamente aprovado de forma unânime na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), no dia 26 de julho de 2007 e na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado no dia 15 de julho de 2008, passando por todo procedimento legal sem qualquer divergência. A referida Lei de nº 11.804/08 foi devidamente promulgada em 05 de novembro de 2008.

Os alimentos gravídicos consistem no custeio de todo o período gestacional, como por exemplo, despesas médicas pré-natal, exames, enxoval, tratamento psicológico e etc. – objetivando uma gestação segura para a genitora e para o nascituro.

Conforme a redação do art. 2º da referida Lei, prevê:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

A Lei conceitua os alimentos a serem pagos para a mulher grávida e disciplina a forma como deve ser exercido o direito.

1.1 DO DIREITO PROCESSUAL

A ação de alimentos é pertinente quando o autor necessita da fixação judicial de pensão alimentícia. Na maioria dos casos os autores são crianças e mulheres e os requeridos são os genitores e ex-cônjuge/companheiro.

Trata-se de procedimento especial, em que na petição inicial a parte autora expõe suas necessidades e ao fim requer a fixação dos alimentos, com fundamento no vínculo familiar.

Quanto a citação, a parte requerida será também intimada para que compareça na audiência de conciliação, instrução e julgamento. E, caso haja fixação dos alimentos provisórios antes da audiência, o réu também será intimado para que efetue o pagamento.

Quanto à audiência de conciliação, instrução e julgamento, as partes deverão comparecer à audiência acompanhadas de suas testemunhas arroladas nos autos.

Com o comparecimento das partes, haverá a tentativa de conciliação e se resultar frutífera, o juiz homologará o acordo. Caso não obtenha acordo entre as partes, o magistrado colherá o depoimento pessoal das partes, ouvirá as testemunhas e o Ministério Público. Ao fim será proferida decisão judicial.

A ação de alimentos gravídicos segue as normas processuais da ação tradicional, com algumas diferenciações.

A presente ação deve tramitar de forma célere, haja vista que a demora pode trazer consequências irreversíveis ao nascituro e à gestante.

Um diferencial da ação de alimentos gravídicos para a ação de alimentos tradicional (Lei 5.478/68) é a não exigência de comprovação da paternidade, bastando apenas a comprovação dos indícios da paternidade.

Na ação de alimentos tradicional a paternidade é comprovada por certidão de nascimento ou por meio de exame de DNA, em caso de dúvida quanto à paternidade. O exame genético durante a gestação pode causar riscos ao nascituro, por esse motivo, a legislação especial permitiu a prova da paternidade por meio de indícios.

Além do mais, na ação de alimentos tradicional, o destinatário da prestação é o necessitado, por exemplo, o filho menor, enquanto na ação de alimentos gravídicos é a mulher gestante, que recebe os alimentos em virtude da situação em que se encontra.

Tem legitimidade ativa a mulher grávida, haja vista que o ordenamento jurídico em vigor que prevê a obrigação alimentar em favor da gestante, e não do nascituro, que ainda não detém personalidade, nem legitimidade processual.

Já no polo passivo, o provável pai biológico da criança é letigitimado, circunstância demonstrada por meio de provas da existência do relacionamento amoroso ou sexual entre a gestante e o suposto pai.

Bastam os indícios da paternidade para o convencimento do magistrado, fixando-se os alimentos, que terá duração até o nascimento da criança, conforme o art. 6º, *caput*, da Lei de Alimentos gravídicos que dispõe:

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

A Lei prevê a manutenção dos alimentos após o nascimento do bebê com vida, a pensão gravídica se converte automaticamente em alimentos em favor do filho, até que

haja razão para proceder a revisão do valor ou até mesmo o questionamento quanto à paternidade.

Com a conversão dos alimentos, dispensa-se o ajuizamento de nova ação. Além disso, oferece estabilidade financeira, responsabilização paterna e proteção da gestante e do nascituro, assegurando de forma contínua o sustento do nascituro e o desenvolvimento da criança.

O intuito da lei foi garantir a preservação do melhor interesse do menor, mantendo a pensão alimentícia já concedida na gestação, enquanto se discute a paternidade em eventual ação investigatória.

2. ENTREVISTA COM ESPECIALISTA – ADVOGADO

Foi realizada entrevista com profissional advogado da área do Direito de Família, com experiência em ações dessa natureza, com intenção de contribuir para a reflexão prática sobre o tema.

O entrevistado, é advogado atuante na região de Ouroeste/SP. Além de advogado, é servidor público desse município, onde já exerceu o cargo de chefe de setor da Secretaria da Saúde, laborando com atendimento assistencial especializado a gestantes.

A pesquisa gerou alguns dados importantes e vem ao encontro com o tema do trabalho. As perguntas foram elaboradas, especificamente sobre as ações de alimentos gravídicos que foram distribuídas e ajuizadas no período de 2018 a 2023.

O advogado representou seis grávidas nesse período, em ações de alimentos ajuizadas na comarca de Ouroeste, que, sem exceção, todos os legitimados passivos eram verdadeiramente os pais biológicos.

Além disso, informou que em todos os seis processos, houve a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do filho.

O advogado destacou situação importante, qual seja, o desconhecimento das gestantes ao direito de ajuizar a ação de alimentos gravídicos. Esclareceu o entrevistado que, em seu serviço público na área da saúde, verificou que a maioria das mulheres desconhece a existência desse tipo de ação, conhecendo somente as ações de alimentos pós nascimento.

Contou ainda o advogado que, no ano de 2018, realizou palestra com as gestantes da Secretaria da Saúde de Ouroeste, com o tema "Direito das Gestantes", e nesse evento percebeu que grande parte delas desconhecia a ação de alimentos gravídicos.

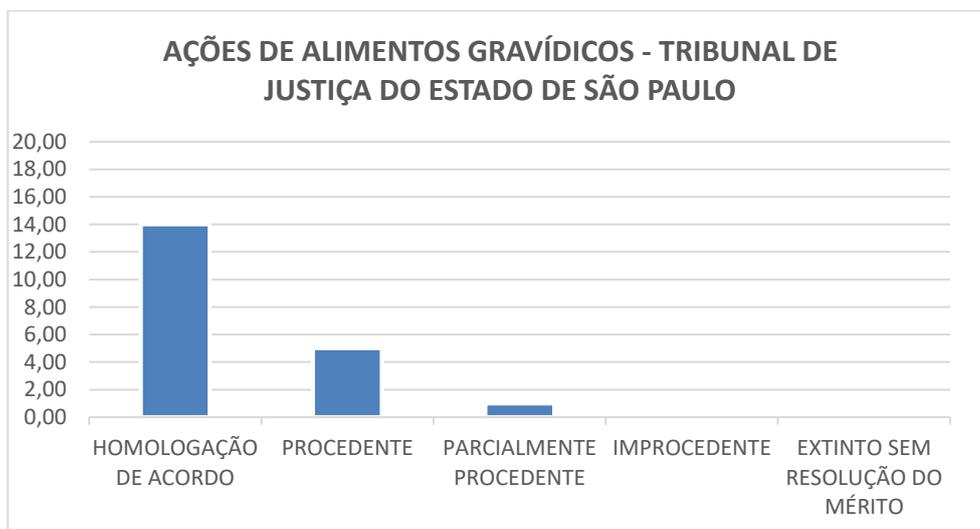
2.1 PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com o objetivo de coletar dados e informações, com aprofundamento do tema “alimentos gravídicos”, foi realizada pesquisa quantitativa e qualitativa no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, portal de serviços on-line, consultas de 1º grau, banco de sentença.

Banco de sentença é um banco público de dados, destinado ao armazenamento de conteúdos e decisões prolatadas nas ações ajuizadas perante o Tribunal em questão.

Analysaram-se vinte sentenças mais recentes, obtidas após a pesquisa livre com os vocábulos “alimentos gravídicos”. Os processos são de comarcas diversas dentro do estado de São Paulo.

Das vinte sentenças analisadas, quatorze tiveram homologação de acordo feito entre as partes, cinco foram julgadas procedentes, uma parcialmente procedente. Nenhuma sentença de improcedência foi encontrada entre as selecionadas.



Quanto às ações julgadas procedentes, é importante mencionar que o magistrado levou em consideração os indícios da paternidade. Além disso, das cinco ações procedentes, apenas uma ação teve apresentação de contestação, configurada a revelia quanto aos demais processos.

Quanto às sentenças homologatórias, a maioria dos requeridos reconheceu também a paternidade nas audiências de conciliação e assumiram a obrigação de pagamento de alimentos gravídicos, firmando acordo homologado pelo Juiz.

Dentre as ações analisadas, não houve ação de alimentos gravídicos julgada improcedente e não houve extinção sem resolução de mérito, indicando que grande parte das ações resultam no cumprimento da obrigação paterna ao pagamento dos alimentos.

Assim, parece que a dúvida quanto à paternidade não é a maior dificuldade encontrada pelas gestantes, haja vista que a maior parte das ações verificadas terminou com o convencimento da paternidade ou o próprio reconhecimento paternal da parte requerida.

3. CONSIDERAÇÃO FINAIS

Apresenta-se o desfecho da pesquisa em relação ao tema e propostas para conferir à legislação pertinente maior efetividade e aplicação prática.

A Lei nº 11.804/08 mostra a importância dos alimentos gravídicos para a saúde e desenvolvimento do nascituro, dispensando prova inequívoca de vínculo parental, gerando maior acesso ao sistema de justiça.

O presente trabalho indicou que as gestantes parecem não encontrar dificuldade na apresentação dos indícios de paternidade exigidos e ainda os requeridos demonstraram tendência em assumir a paternidade durante o processo.

A entrevista ensejou a reflexão a respeito da informação à gestante, indicando que grande parte das mulheres desconhecem do direito aos alimentos gravídicos.

Importante também salientar que a ação de alimentos gravídicos pode evitar novas ações de alimentos, haja vista que as ações de alimentos gravídicos são convertidas em pensão alimentícia ao filho automaticamente, garantindo o melhor interesse da criança, sem onerar o Judiciário.

Quanto à pesquisa ao banco de sentenças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontou-se que há certa tendência de solução consensual de conflitos, o que se mostra benéfico para as partes e para o Judiciário.

Na ausência de acordo, os demais pedidos foram acolhidos pelo julgador, em virtude dos indícios de paternidade apresentados. Desse modo, parece não haver dificuldade quanto à prova indiciária exigida por lei.

Deve-se, por outro lado, ter maior atenção com relação à informação da gestante sobre seus direitos e ao acesso à ordem jurídica justa, promovendo-se programas de informações na área da saúde, integrado ao sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O Direito do Nascituro a Alimentos**. 1ª ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

BRASIL. **Alimentos Gravídicos**: Decreto-lei n.11.804, de 5 de novembro de 2008. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: mai.2023.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (1990). Vade Mecum, 34ª ed., São Paulo. Saraiva, 2023.

CARVALHO, D. M. D. **Direito das Famílias, 4ª Edição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos?** Disponível em: <https://berenedias.com.br/alimentos-gravidicos/>. Acesso em: mai.2023.

Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos e a Lei 11.804/08 - Primeiros**

Reflexos. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Douglas%20Phillips%20Freitas>. Acesso em: mai.2023

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil - Famílias**. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

EDUCAÇÃO SEXUAL INFANTIL E O IMPACTO DA SUA IMPLEMENTAÇÃO NAS ESCOLAS

FERNANDA LEOPOLDINO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹².

DÉBORA JAQUELINE GIMENEZ FERNANDES FORTUNATO
(orientadora)

Resumo: O artigo em questão aborda um tema que atualmente, ainda, de certa forma, é encarado e tratado como um nó na garganta de muitos. A educação sexual infantil segue sendo um tabu que precisamos urgente trazer à tona. E não há lugar mais apropriado para se tratar de aludido assunto do que uma escola, onde a disseminação de informação é o principal objetivo. Precisamos encarar que não se trata apenas de gravidez na adolescência, a questão aqui é a saúde pública, é o índice de pobreza aumentando cada dia mais, é o número de jovens mortas decorrentes de tentativas clandestinas de aborto. Mostraremos como a implementação da educação sexual nas escolas funcionaria no Brasil.

Palavras-chave: Educação sexual. Escola. Infância. Abusos. Gravidez. Aborto.

Abstract: The article in question addresses a topic that currently, still, in a way, is seen and treated as a knot in the throat of many. Children's sex education continues to be a taboo that we urgently need to bring to light. And there is no more appropriate place to deal with the aforementioned subject than a school, where the dissemination of information is the main objective. We need to face up to the fact that it is not just a question of teenage pregnancy, the issue here is public health, the poverty rate is increasing every day, the number of young people dying as a result of clandestine attempts at abortion. We will show how the implementation of sex education in schools worked in different parts of the world, as a way of showing that it would also work in Brazil.

Keywords: Sex education. School. Infancy. Abuse. Pregnancy. Abortion

Sumário: 1. Introdução. 2. Problemática da educação sexual na base curricular das escolas. 2.1. A importância da educação para a sexualidade. 3. Gravidez na adolescência. 3.1. Aborto. 4. Conclusão e Referências.

112 E-mail: fernanda_leopoldino@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apontará os malefícios da carência de informação sexual e despontará maneiras de se implementar apurado tema nas escolas, com o intuito de diminuir o índice de abusos, gravidez na adolescência e abortos clandestinos.

De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde, de 2014:

Em todo o mundo, 41% das 208 milhões de gravidezes anuais não são intencionais. Dessas, metade termina em aborto. Mais de 16 mil crianças morrem, todos os dias, como consequência desse descuido com o planejamento familiar. (OMS, 2014)

Os números assustam e mudam a lógica da gravidez, pois o que seria um sinônimo de vida, ganha desfechos fatais.

A educação para a sexualidade fora inserida nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN), pelo Ministério da Educação, por volta de 1995 a 1998. Mas, é evidente que mais de duas décadas após, ainda vemos uma lacuna no sistema educacional brasileiro, em relação a esse tipo de conteúdo.

E na contramão do que muitos pensam, a educação sexual não é responsabilidade exclusiva da família. Até porque, muitas dessas famílias são conservadoras e acabam jogando esse tema para baixo do tapete.

O que para muitos ainda é um tabu, para outros é sinônimo de evolução e até mesmo, vitória. Pois, uma vez que se explica a uma criança sobre a sexualidade, não estamos instigando-a a vida sexual, mas sim prevenindo, além da gravidez e doenças sexualmente transmissíveis (DST's), deixando-as em estado de alerta para abusos, tanto no âmbito familiar como em outros locais, por elas, frequentados. Tendo em vista que os números de crianças e adolescentes que são abusados em casa é altíssimo. E milhares não expõem tal situação, por muitas das vezes nem saberem que se trata de um abuso.

Não nos aprofundaremos sobre a legalização ou não do aborto, mas o avaliaremos a medida em que for necessário para a conclusão do referido artigo.

2. PROBLEMÁTICA DA EDUCAÇÃO SEXUAL NA BASE CURRICULAR DAS ESCOLAS.

De acordo com a Unesco, em uma publicação de 2018:

Educação para sexualidade desempenha um papel central na preparação de jovens para uma vida segura, produtiva e satisfatória em um mundo onde HIV e AIDS, infecções sexualmente

transmissíveis (ISTs), gravidez indesejada, violência baseada em gênero (VBG) e a desigualdade de gênero ainda representa sérios riscos ao seu bem-estar e, compreende e assegura a proteção de seus direitos ao longo de suas vidas (UNESCO, 2018, p.12).

Com base na atualidade, podemos evidenciar que a sexualidade faz parte do desenvolvimento humano, seja em famílias mais conservadoras, por meio da observação de afeto, carinho e companheirismo entre os genitores, ou seja por meio das televisões, nos desenhos, novelas e até mesmo nas ruas, onde podemos nos deparar com casais apaixonados a todo momento.

Por tanto, é certo que a sexualidade é inerente ao ser humano, sendo algo normal da natureza de todos os seres. Devendo ser tratada com mais naturalidade.

E nesse sentido, a escola se faz um ambiente oportuno, além de ser uma rede de proteção e de ajuda das crianças, é onde a disseminação de informação é o principal objetivo, contando também com o possível esclarecimento de dúvidas, pois contam com a sabedoria de quem os leciona.

Porém, para a maioria dos docentes, abordar tal tema ainda é um desafio. Além de não estarem preparados para essa abordagem, visto que não possuem formação adequada para o tema, há muitas questões religiosas e culturais que cada criança traz de sua casa para dentro da sala de aula, o que torna um tanto quanto mais difícil o trabalho dos professores. Faz-se fundamental que as escolas disponibilizem cursos de capacitação para seus profissionais, para que tenham condições de realizar esse trabalho.

Mesmo após os Parâmetros Curriculares Nacionais lançarem as bases para que a educação sexual fosse implementada nas escolas, não houve por parte dos órgãos governamentais investimentos na formação de professores.

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) tentou, cerca de três vezes implementar tal temática nas escolas brasileiras, até chegarem a quarta e última versão da inserção do tema. No entanto, com uma breve análise das tentativas passadas, podemos perceber a série de retrocessos no sistema, principalmente quando comparamos com as diretrizes preconizadas pelos PCN.

2.1. A importância da educação para a sexualidade.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a educação sexual está relacionada ao direito que toda pessoa tem à saúde, educação, informação e não descriminalização.

Sendo a Educação Sexual escolar um avanço que o Brasil carece, pois, implantando-a, combateremos por tabela as DST's, gravidez precoce, e abusos infantis. O qual, é exatamente a intenção do progresso. Referido tema tem o intuito de esclarecer e informar sobre qualquer coisa relacionada ao corpo e sexo de forma natural.

Muitos encaram a Educação Sexual Escolar como forma de incentivar jovens e crianças a praticar relações sexuais, mas não veem que a sexualidade para a criança é diferente da do adulto, onde o foco é apenas reprodutivo. Na educação infantil, o foco é fazer com que eles conheçam o próprio corpo. Ajuda-os a entenderem que existem toques em lugares que não são permitidos e são desconfortáveis.

Um país que se recusa a reconhecer a acuidade da educação sexual, é um país que interdita que todas as pessoas aprendam a prevenir doenças, abusos e gravidezes indesejadas.

A grande relevância em se tratar desse tema nas escolas vem dos dados do 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, onde revelam mais de 66 mil estupros no país no ano de 2021. Sendo que 61,3% das vítimas de violência sexual tinham até 13 anos e em 79,6% dos casos o autor era conhecido ou parente próximo da vítima, e na maioria das vezes o crime fora cometido em ambiente familiar. Ou seja, resta evidenciado que a maior parte dos abusos sexuais são praticados por entes familiares.

Não podemos deixar de citar o recente caso da menina de 10 anos que sofria violência sexual desde os seus 6 anos de idade, e o fato só fora descoberto por que a criança engravidou. Questionada, informou que era abusada pelo seu próprio tio, no mesmo ambiente onde deveria se sentir segura e acolhida, restou espaço apenas para terror psicológico, assédio, abuso e estupro.

Muitas dessas crianças padecem da falta de conhecimento, o mínimo que seja, para compreenderem que estão sofrendo algum tipo de abuso. A Educação Sexual escolar fará com que eles entendam determinadas situações e falem sobre o assunto, além de permitir ao professor identificar casos e encaminhá-los, de maneira respeitosa e humana, aos órgãos responsáveis.

3. GRAVIDEZ NA ADOLESCÊNCIA.

É importante lembrarmos que, com ou sem educação sexual nas escolas, adolescentes fazem sexo. E nesta idade, na puberdade, com mudanças corpóreas e com os hormônios a flor da pele, começam a explorar o próprio corpo, sentem desejos e, muitas vezes, não sabem como lidar com ele.

Além de proteger contra abusos, a educação sexual escolar ajuda a evitar casos de gravidez precoce e doenças sexualmente transmissíveis.

Quando uma adolescente engravida nesse período de transição corpórea ela pode sofrer diversos problemas de saúde, como anemia, parto prematuro, infecções, depressão pós-parto, eclampsia, convulsões e até mesmo a morte, pois o corpo ainda está em processo de amadurecimento e não é o momento para uma sobrecarga, qual seja, gerar um bebê. Os problemas psicológicos são um tanto quanto maiores do que os fisiológicos, pois a mudança de vida rápida exige grande adaptação, o que acaba por gerar conflitos resultantes da grande etapa da vida que fora pulada.

De acordo com a revista Galileu, no texto de Leticia Rodrigues, em uma publicação de 2020:

Só no Brasil, a OMS estima que 13 milhões de garotas tenham engravidado na adolescência nas últimas duas décadas. (O Globo, 2020)

E dados da OMS, de 2014 apontam:

A taxa de gestação na adolescência no Brasil está entre as mais altas do mundo, com 400 mil casos por ano. E em relação a faixa etária, nasceram 28.244 filhos de meninas entre 10 e 14 anos e mais de 500 mil bebês são de mães com idade entre 15 e 17 anos. (Organização Mundial da Saúde, 2014)

Entre os diversos fatores que influenciam na gestação precoce, como principal está a desinformação sobre a sexualidade, inclusive a falta de acesso à proteção e ao sistema de saúde, englobando o uso inadequado de contraceptivos.

Em uma publicação do jornal Made for Minds (DW), de 2018, destaca-se:

Na Alemanha, a responsabilidade de ensinar as crianças sobre a vida sexual não é um papel exclusivo da família, mas um dever do Estado. Por lei, os 16 estados federias alemães são obrigados a promover a educação sexual escolar, em parceria com instituições de aconselhamento familiar, com base num currículo nacional. (DW, 2018)

Além dos aspectos biológicos dos órgãos sexuais, os professores alemães também abordam temas relacionados a igualdade de gênero e valores sociais da sexualidade. O incentivo ao uso da pílula anticoncepcional é alto entre as jovens alemãs, assim como o uso da camisinha, o que contribuiu para os baixos índices de gravidez precoce no país.

No Brasil é possível que os adolescentes possam saber, de forma generalizada, questões sobre educação sexual, porém como a comunicação sobre o assunto na escola é quase nula e, na maioria das vezes, em casa, com seus responsáveis, é mínima, torna-se compreensível que a instrução sobre esse assunto acabe vindo da internet, de lugares não tão confiáveis, que podem trazer informações errôneas.

3.1. Aborto na adolescência.

Em decorrência da falta de instrução, nos deparamos com milhares de adolescentes grávidas, de forma pouco saudável, que na grande maioria das vezes, mais especificamente cerca de 80% dos casos, não possuem parceiro conjugal.

E com receio de assumirem que já iniciaram a vida sexual, sem acolhimento familiar e difícil acesso aos serviços de saúde, essas jovens acabam decidindo ir pelo caminho mais doloroso, o aborto ilegal. Estudos da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA 2021) apontam que mais de 50% das mulheres realizam o primeiro aborto na adolescência.

Sabe-se que a legislação proibitiva, mesmo possuindo pena de detenção de um a três anos, é ineficaz no sentido de evitar os abortos provocados. No entanto, os métodos de implementação da Educação Sexual escolar e o amplo acesso a métodos contraceptivos são estratégia de qualidade e efetividade comprovada para redução de abortos. Quanto maior a percentagem de mulheres em idade contraceptiva usando métodos contraceptivos, menores as taxas de abortos provocados.

Embora o fenômeno atinja todas as classes sociais, é mais frequente nas mais vulneráveis. São as comunidades carentes que sofrem o maior impacto, locais com menor apoio governamental, carecendo de serviços de saúde com qualidade.

As jovens de maior poder aquisitivo, recorrem as clínicas, clandestinas, especializadas e têm acesso à assistência qualificada. Enquanto, na maioria das vezes, as adolescentes pobres não possuem condições de comprar os medicamentos necessários para tal procedimento, e buscam pessoas não habilitadas e métodos abortivos rudimentares, os quais resultam em graves complicações, até mesmo a morte.

Muitas dessas meninas, vivem em situações de extrema pobreza se veem sem ter outra escolha a não ser arriscar a interrupção da gestação de maneira clandestina, em algumas das vezes, até mesmo, com a ajuda de familiares.

4. CONCLUSÃO

A conscientização e prevenção ao uso ou dependência das drogas antes mesmo de começar nas escolas, começa em casa por intermédio dos pais ou responsáveis. O mesmo deveria acontecer com relação a educação sexual.

Após discorrermos sobre o fato de que a educação sexual escolar NÃO incentiva as crianças e adolescentes a iniciarem as relações sexuais precocemente, mas, sim, incentiva-as a conhecerem sobre o seu próprio corpo, de maneira ampla, biológica e higiênica.

Onde o principal objetivo é fazer com que os jovens possuam conhecimento sobre a vida sexual ativa saudável, que conheçam as maneiras de se protegerem de doenças sexualmente transmissíveis e gravidezes indesejadas.

E, não menos importante, fazer com que as crianças entendam o que é um abuso sexual. Ensinar que existem limites que não devem ser ultrapassados, nem mesmo por mães ou pais.

No mais, restou claro que a educação sempre será o melhor caminho para se preparar alguém para a vida adulta. A referida matéria faz parte dos Parâmetros Curriculares Nacionais, mas é reprimida.

A escolha da educação sexual como objeto de estudo no presente artigo deve-se ao fato da quantidade exorbitante de crianças e jovens que se tornam mães precocemente, decorrente de apenas um ato ou até mesmo na primeira relação canal de suas vidas, antes mesmo de se completar 15 anos de idade.

Os adolescentes têm direito de acesso a informação e a educação sexual, para ajudá-los a lidarem com a sua sexualidade de forma positiva e responsável, incentivando comportamentos de autocuidado.

Segundo a UOL, um estudo realizado pela Uneso na Estônia e publicado em 2011 estima que o programa de educação sexual evitou, entre 2001 e 2009, 4.280 gestações indesejadas.

Na Holanda, a aplicação do programa de educação sexual é compulsória em todo o país, e foca na construção de respeito pelo corpo e sexualidade, incluindo lições sobre consento, IST's e prazer. O resultado disso, é o país ter a taxa de gravidez na adolescência mais baixa do mundo, algo totalmente diferente do Brasil.

Porquanto, fica evidenciado o quão necessária é a implementação obrigatória do assunto nas escolas brasileiras, a partir de certa idade intelectual das crianças, qual seja, a indicada por especialistas, a idade de 4 anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal. 1940. Parte especial. Dos crimes contra a vida.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 maio de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular.** Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/>. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

DOUGLAS, Alessandro. **A importância sexual no Brasil.** UNICAP. 2020. Disponível em: <http://www.unicap.br/catedradomhelder/?p=4393>. Acesso em: 02 maio de 2021.

GOMES, Karina. **Educação é lei nas escolas alemãs.** Made for Minds, 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/educa%C3%A7%C3%A3o-sexual-%C3%A9-lei-nas-escolas-alem%C3%A3s/a-46136026>. Acesso em: 8 de novembro de 2022.

MORAES, Isabela. **Educação Sexual: o que é e como funciona em outros países?.** Politize, 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/educacao-sexual-o-que-e-e-como-funciona-em-outros-paises/>. Acesso em 20 de abril de 2023.

RODRIGUES, Leticia. **Por que a educação sexual é tão importante para crianças e adolescentes?** Globo.com 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/04/por-que-educacao-sexual-e-tao-importante-para-criancas-e-adolescentes.html>. Acesso em: 02 maio de 2021.

SAÚDE – **Educação sexual é o caminho para diminuir gravidez na adolescência.** Ministério Público do Paraná, 2015. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Noticia/SAUDE-Educacao-sexual-e-o-caminho-para-diminuir-gravidez-na-adolescencia>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência. Biblioteca Virtual em Saúde/ Ministério da Saúde, 2023. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/noticias/?q=gravidez>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

SOUZA, Marcelle. **Educação sexual deve estar no currículo, mas não substitui papel da família.** UOL. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/12/10/educacao-sexual-deve-estar-no-curriculo-mas-nao-substitui-papel-da-familia.htm>. Acesso em: 02 maio de 2021.

AS DIVERGÊNCIAS DE ENTENDIMENTO ACERCA DA ESTIPULAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO DE IMÓVEIS CONSTRUÍDOS EM REGIME DE MULTIPROPRIEDADE DENTRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SAMIR PEREIRA DA SILVA:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP – UNIFUNEC¹¹³

EDUARDO CURY

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar uma abordagem objetiva e detalhada dos distintos entendimentos vigentes no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em relação ao cálculo adequado da indenização por fruição nos casos de rescisão contratual imotivada de promessa de compra e venda de imóveis construídos em regime de multipropriedade. Ainda, o artigo discute os riscos decorrentes dessa divergência para o setor imobiliário, que está em franca expansão, como essa situação tem dificultado as negociações entre as partes envolvidas, bem como o planejamento financeiro familiar e empresarial. A divergência de entendimentos em relação ao cálculo da indenização por fruição traz insegurança jurídica para o negócio, já que os magistrados acabam descumprindo a legislação vigente. Para abordar essa questão, o artigo analisa os conceitos, os contextos históricos e legislativos relacionados ao sistema de construção em multipropriedade e incorporação imobiliária, assim como a indenização por fruição. Também são analisadas as decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, examinando seu mérito e fundamentação. A metodologia adotada para a realização deste trabalho baseou-se em revisões de literatura especializada, bem como em pesquisas realizadas em plataformas online que discutem específica temática.

Palavras chaves: Multipropriedade. Incorporação Imobiliária. Fruição. Divergência jurisprudencial. Tribunal de Justiça de São Paulo.

ABSTRACT: This article aims to carry out an objective and detailed approach to the different understandings in force in the Court of Justice of the State of São Paulo in relation to the adequate calculation of the indemnity for fruition in cases of contractual termination without cause of promise to buy and sell real estate built in a multi-ownership regime. Still, the article discusses the risks arising from this divergence for the real estate sector, which is booming, as this situation has hindered negotiations between the parties involved, as

113 E-mail: samirpereira@outlook.com

well as family and business financial planning. The divergence of understandings in relation to the calculation of the indemnity for fruition brings legal uncertainty to the business, since the magistrates end up not complying with the current legislation. To address this issue, the article analyzes the concepts, historical and legislative contexts related to the multi-ownership construction system and real estate development, as well as the compensation for fruition. Judicial decisions handed down by the Court of Justice of the State of São Paulo are also analyzed, examining their merits and reasoning. The methodology adopted to carry out this work was based on reviews of specialized literature, as well as research carried out on online platforms that discuss a specific topic.

Keywords: Timeshare. Real Estate Incorporation. Fruition. Jurisprudential divergence. São Paulo Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo expor as divergências de entendimento dentro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da forma de se calcular a devida indenização por fruição em casos de rescisão contratual imotivada de promessa de compra e venda, de imóvel construído em regime de multipropriedade, por parte do Proeminente Comprador.

A necessidade de se indenizar o Incorporador pelo período em que o imóvel esteve em posse do Proeminente Comprador ao se rescindir a promessa de compra e venda já é tema pacificado nos tribunais e reforçado pela lei 13.786/18, entretanto, o que vem gerando discussão e divergências de entendimentos é a forma como se deve calcular esta indenização quando este imóvel é construído no formato de multipropriedade.

Atualmente existem ao menos três tipos de entendimento vigentes dentro do TJ-SP, completamente distintos entre si, o que traz enorme insegurança jurídica a um setor em constante expansão, com crescimento anual de 17% (dezessete por cento), responsável por girar dezenas de bilhões de reais anualmente. Referidos casos se tornarão cada vez mais corriqueiros, sendo necessário assim um entendimento único sobre o tema, para que seja viável uma projeção segura de lucros e perdas por parte da Incorporadora.

A primeira corrente de entendimento sustenta que a indenização por fruição deve ser calculada com base na totalidade do valor do contrato assinado, entretanto apenas sobre os dias em que o Proeminente Comprador efetivamente utilizou o empreendimento.

A segunda corrente defende que a indenização deve ser calculada também com base do valor do contrato assinado, entretanto, com base em todo o período em que o imóvel esteve sob posse do proeminente comprador, pois considera que o valor do contrato assinado já é proporcional ao período de utilização do imóvel por deste.

A terceira corrente sugere que a indenização deve levar em conta o valor da diária da unidade hoteleira onde o empreendimento se encontra, ignorando o valor do contrato.

Essas divergências de entendimento têm causado incerteza e insegurança tanto para os Proeminentes Compradores quanto para os Incorporadores. A falta de uma posição consolidada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo gera a necessidade de análise casuística e aumenta o risco de decisões discrepantes em casos semelhantes.

Diante do expressivo crescimento do mercado de multipropriedade e da importância econômica desse setor, é fundamental que o Tribunal de Justiça estabeleça um entendimento único e coerente acerca do cálculo da indenização por fruição nos casos de rescisão contratual imotivada. Essa medida proporcionará segurança jurídica, permitindo às partes envolvidas fazer projeções financeiras precisas e contribuindo para o desenvolvimento sustentável do mercado imobiliário.

2 MULTIPROPRIEDADE: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO

Segundo Gustavo Tepedino (1993) "Multipropriedade de forma genérica é a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua". Também conhecido como Timeshare, este conceito começou a ser desenvolvido em meados dos anos 1950, logo após o final da Segunda Guerra Mundial, em uma Europa em reconstrução.

Com realidade financeira distinta da pré-guerra, a maior parte das famílias já não podiam se dar ao luxo de possuírem uma casa de veraneio, entretanto, a necessidade de momentos de lazer, para que pudessem se desconectar da cada vez mais estressante rotina, ainda era presente. Como uma solução para este empasse, as famílias começaram a se unir e adquirirem imóveis em conjunto, sendo estes divididos em frações de tempo. Ou seja, um mesmo imóvel poderia possuir dois ou mais donos, e estes alternariam a posse do imóvel entre si.

No Brasil, a primeira tentativa de regulamentar esta modalidade de posse partiu do Ministério do Turismo, em 1997, através da Deliberação Normativa n. 373, entretanto, ao invés de esclarecer, tal deliberação apenas confundiu ainda mais, em virtude da utilização equivocada de institutos jurídicos, o entendimento acerca do tema.

Ao redigirem o Código Civil de 2002, os legisladores nada falaram acerca do tema, tendo este sido abordado em nossa legislação apenas com a promulgação da lei n. 13.777, em 20 de dezembro de 2018, que incluiu os art. 1.358 - A à 1.358 - U ao Código.

O art. 1.358-C, do CC, veio a definir que “Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada” (BRASIL, 2002, Art. 1.358-C).

Em função da grande insegurança jurídica, antes da promulgação da lei acima citada, esta modalidade de negócio pouco se desenvolveu, entretanto, após a sua aprovação, os números de empreendimentos em multipropriedade cresceu consideravelmente, tendo se desenvolvido 17% (dezessete por cento) e movimentado R\$ 28.300.000.000,00 (vinte e oito bilhões e trezentos milhões de reais) entre os anos de 2020 e 2021, mesmo com a grave crise gerada pelo COVID- 19. Para o ano de 2023, a precisão de crescimento do setor é de 28% (vinte e oito por cento), mesmo com a insegurança jurídica existente.

3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO

O conceito de incorporação imobiliária fora introduzido ao direito brasileiro ainda em 1964, através da lei n. 4591/64, é definida, sob a ótica da lei, como “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (BRASIL, 1964, Art. 28), entretanto, quem dá a definição mais precisa sobre o tema é Melhin Chalhub (2019. p. 9):

A expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.

Grosso modo, a principal característica de uma incorporação imobiliária é a comercialização do imóvel antes de sua construção, através de um contrato de promessa de compra e venda. Esta modalidade de negócio beneficia não apenas o incorporador, que consegue arrecadar fundos para a construção, sem precisar assim desembolsar valores, mas também o proeminente comprador, que adquire o imóvel por preço inferior ao que este seria comercializado caso as obras já estivessem concluídas.

Visando a segurança neste tipo de negociação, a lei n. 4597/64 impôs ao incorporador uma série de obrigações, dentre elas o registro de memorial do

empreendimento, que nada mais é que uma demonstração técnica e financeira da viabilidade da incorporação.

Ou seja, o sucesso de uma Incorporação passa principalmente pela capacidade do incorporador, uma vez que este é o responsável pela aquisição do terreno, desenvolvimento do projeto arquitetônico, angariação de fundos. Para Caio Mário da Silva Pereira (1985. p. 244), o Incorporador é a “Chave do negócio”.

Durante muito tempo, o principal problema dos Incorporadores foi a rescisão unilateral e imotivada dos contratos de promessa de compra e venda por parte dos proeminentes compradores, estes, agindo no color da emoção, e sem um planejamento financeiro adequado, sob influência de comercializadores, embarcavam em negócios que não possuíam condições, ou vontade, de adimplir.

Quando perdiam o interesse no negócio, os proeminentes compradores recorriam ao poder judiciário, pleiteando a rescisão contratual, e tinham seu caso analisado sob a hedge da lei n 8078/1990, o código de defesa do consumidor, que em geral, declarava abusiva e nula a maiorias das cláusulas penais previstas em contrato, sendo determinada a rescisão contratual com devoluções entre 80% (oitenta por cento) e 90% (noventa por cento) dos valores já pagos.

Observando esta insegurança jurídica, que afundava o setor imobiliário nacional, os legisladores viram a necessidade de regulamentar o desfazimento contratual desta modalidade de negócio, promulgando, com este intuito, a lei n.13.786/18, em 27 de dezembro de 2018, que ficou popularmente conhecida com a “Lei do Distrato”, que incluiu à lei de incorporações imobiliárias, lei n. 4597/64, os art. 35-A, 43-A e 67-A.

Dentre diversas clausulas penais, o parágrafo segundo inciso terceiro, do art. 67-A, prevê a necessidade de indenização ao incorporador, correspondente à 0,5% (meio por cento) do valor atualizado do contrato, por mês de disponibilidade, em casos de rescisão onde o imóvel negociado já tenha sido entregue, que será na alisada no próximo tópico.

4 INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO E SUA APLICAÇÃO EM IMÓVEIS CONSTRUÍDOS EM MULTIPROPRIEDADE.

Taxa de fruição nada mais é que uma indenização ao proeminente vendedor pelo período em que este não teve acesso ao seu imóvel, não podendo assim auferir lucro, em função de vigência de contrato de compra e venda que veio a ser rescindido posteriormente.

Havia dissenso acerca da aplicação desta taxa, havendo interpretações de magistrados que estas incidiram apenas sobre o período de inadimplência do proeminente comprador, entretanto, o tema fora pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que referida taxa é devida por todo o período em que o imóvel esteve à disposição do proeminente comprador.

Com base nessa decisão do STJ, a taxa de fruição passou a abranger não apenas o período de inadimplência, mas também todo o tempo em que o imóvel ficou disponível para o comprador, sem que ele o utilizasse. Isso significa que, mesmo que o comprador não esteja em situação de inadimplência, o vendedor tem direito a ser indenizado por todo o período em que o imóvel deixou de gerar lucros.

No entanto, uma lacuna na legislação surge quando tratamos da aplicação da taxa de fruição em empreendimentos construídos em multipropriedade. A lei do distrato, que estabelece a taxa em 0,5% (meio por cento) do valor atualizado do contrato, *pro rata die*, como já citado anteriormente, entretanto, não discorre especificamente sobre como essa taxa deve ser aplicada nesse tipo de empreendimento.

A princípio, é intuitivo que sua aplicação deve ser feita nos mesmos moldes de incorporações não submetidas à multipropriedade, visto que o valor do contrato firmado já é proporcional à fração de tempo adquirida, não correspondendo este ao real valor do imóvel, entretanto, este não é o entendimento de todas as câmaras de direito privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A falta de previsão literal no texto da lei, abre brecha para interpretações distintas e muitas vezes arbitrárias, dos responsáveis por estipular os valores devidos aos incorporadores, sendo este o tema do próximo tópico.

5 AS DIVERGÊNCIAS DE ENTENDIMENTO DENTRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Atualmente, o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da maneira que se deve fixar a indenização por fruição do imóvel em multipropriedade varia de acordo com a câmara que julga o pedido.

A Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado, nos autos do processo número 1003231-49.2020.8.26.0541, julgou o recurso oferecido por Grandes Lagos Internacional Turismo Ltda., da seguinte maneira:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – MULTIPROPRIEDADE – Rescisão contratual – Restituição de valores – Interpretação do conjunto da postulação que exige boa-fé – Coisa julgada – Mudança de fundamento para a restituição de mesmo valor pretendido em

demanda anterior julgada improcedente que evidencia a alteração da verdade dos fatos e a postulação temerária, com a movimentação injustificada da máquina judiciária – Litigância de má-fé reconhecida – Taxa de fruição devida – Cobrança proporcional, considerada a titularidade da fração de tempo decorrente da multipropriedade – Sentença mantida. Apelações não providas. (Processo n. 1003231-49.2020.8.26.0541, relator João Carlos Sá Moreira de Oliveira, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado, julgado em 16/05/2022, DJ de 13/06/2022.)

O Relato, João Carlos Sá Moreira de Oliveira, em fundamentação ao acórdão entende que “considerada a natureza da multipropriedade, adequada a proporcionalidade aplicada pelo MM. Juízo ‘a quo’, para fazer remunerar pelo período disponível para utilização pela apelante CUSTODIA.” (2022. p.532).

Em primeiro grau, o MM. Juízo, entendeu que, por se tratar de multipropriedade, a fruição de 0,5% (meio por cento) a.m. deveria ser proporcional aos dias em que a proeminente compradora teve acesso ao imóvel.

Ou seja, a indenização por fruição em um contrato de R\$ 45.900,00 (quarenta e cinco mil e novecentos reais), onde o imóvel fora entregue 24 meses antes da rescisão contratual, veio a ser calculada proporcionalmente, o que resultou em apenas um mês e 26 dias de utilização, sendo arbitrada assim, aproximadamente, em míseros R\$ 427,00 (quatrocentos e vinte e sete reais), o que corresponde à uma diária de aproximadamente R\$ 7,62 (sete reais e sessenta e dois centavos).

Assim, uma diária, em um empreendimento milionário, com instalações e serviços de excelência, aos olhos do nobre magistrado, custa menos de R\$ 10,00 (dez reais). Sob essa ótica, caso um indivíduo decidisse instalar-se definitivamente neste empreendimento, sete dias por semana e 365 (trezentos e sessenta e cinco dias) dias por ano, este pagaria anualmente o montante de R\$ 2.781,30 (dois mil setecentos e oitenta e um reais e trinta centavos), mensalmente desembolsaria algo em torno de R\$ 231,77 (duzentos e trinta e um reais e setenta e sete centavos).

Referidos valores escancaram o prejuízo gerado aos incorporadores em função do entendimento acima apresentado, onde se ignora por completo a já proporcionalidade do valor do contrato firmado ao período de tempo em que o proeminente comprador teria acesso ao imóvel.

Por sua vez, a Quarta Câmara de Direito Privado, nos autos do processo número 1001910-42.2021.8.26.0541, julgou o pedido formulado pela mesma empresa, Grandes

Lagos Internacional Turismo Ltda., em face de Alexander Varconti e Fernanda Bordão Varconti, da seguinte maneira:

CONDOMÍNIO EM MULTIPROPRIEDADE - Indenização por fruição do imóvel – Inexistência de coisa julgada que deve ser afastada – Sentença citra petita em ação anterior que não impede a posterior apreciação da questão - Faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, durante o período correspondente à sua fração de tempo (Art. 1.358-I, inciso I, CC)- Os requeridos tinham direito a usar o bem 34 dias por ano conforme períodos previstos no contrato, de maneira que devem ser apurados os valores que pagariam normalmente pelo uso, nos respectivos períodos, caso não fossem associados, conforme tabelas praticadas pela autora nas épocas, com atualização pelos índices da Tabela Prática do TJSP e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês da citação - Recurso provido em parte. (Processo n. 1001910-42.2021.8.26.0541, relator Alcides Leopoldo, Quarta Câmara de Direito Privado, julgado em 18/02/2022, DJ de 24/02/2022.)

O relator, Alcides Leopoldo e Silva Junior, determina que “devem ser apurados os valores que pagariam normalmente pelo uso, nos respectivos períodos, caso não fossem associados, conforme tabelas praticadas pela autora nas épocas” (2022. p. 405).

Ou seja, tendo o proeminente comprador tido acesso ao imóvel por um total de 64 (sessenta e quatro) dias durante sua posse, que perdurou entre 12 de setembro de 2017 a 27 de agosto de 2019, a indenização fora arbitrada em um montante equivalente a 64 (sessenta e quatro) diárias no empreendimento hoteleiro da incorporadora.

Tal arbitramento ignora completamente os outros encargos suportados pelo proeminente comprador enquanto este era proprietário da cota, se o entendimento jurisprudencial anteriormente citado coloca a incorporadora em situação frágil, este coloca os compradores em vulnerabilidade.

Ainda, neste caso, nobre magistrado ignora a legislação vigente e profere uma decisão completamente arbitrária, um completo atentado à ordem e a segurança jurídica. Neste caso, não há uma interpretação distinta da lei, como nos demais, mas sim um descarte do texto legislativo.

A Trigesima Segunda Câmara de Direito Privado, nos autos do processo número 1001045-87.2019.8.26.0541, julgou o pedido reconvenicional, também postulado pelo Grandes Lagos Internacional Turismo Ltda., em uma ação de rescisão contratual com restituição dos valores pagos, da seguinte maneira:

Promessa de compra e venda. Aquisição de imóvel em regime de multipropriedade. Ação de rescisão contratual com pedido de restituição de valores pagos. Desistência do promissário-comprador. Fato que não afasta a necessidade de restituição das partes ao status quo ante. Sentença que autorizou a retenção integral do valor dado a título de sinal. Inadmissibilidade. Arras pactuadas que possuem natureza confirmatória. Retenção de 20% do total das importâncias pagas pelo comprador que se mostra suficiente para indenizar as despesas operacionais da vendedora. Taxa de fruição que também é devida, ainda que se trate de imóvel em regime de multipropriedade, posto que a base de cálculo será proporcional ao valor da fração que havia sido vendida ao autor. Procedência parcial da ação e da reconvenção. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido (Processo n. 1001045-87.2019.8.26.0541, relator Ruy Copolla, Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 20/01/2022, DJ de 26/01/2022.)

O relator, Ruy Coppola, entende que “é certo que a incidência da taxa de fruição, nos moldes reconhecidos na sentença, não se mostra desarrazoada, posto que sua base de cálculo já leva em consideração o valor proporcional do imóvel.” (2022. p. 359).

O MM. Juízo “a quo” sentenciou o proeminente comprador ao pagamento de indenização por fruição correspondente à 0,5% (meio por cento) do valor do contrato por mês de exercício de posse.

Tal interpretação da lei, é o mais justo para ambas as partes, a final, o valor pago pelo proeminente comprador já é proporcional à sua fração de tempo. É claro que o valor de imóvel, não corresponde ao valor do contrato, uma vez que os compradores não exercem a posse constante do imóvel, mas sim de forma alternada. Ou seja, o Tribunal de Justiça de São Paulo possui três entendimentos completamente distintos, para casos idênticos, onde a incorporadora é a mesma, assim como os contratos e os pedidos.

6 A DISCREPANCIA DE VALORES EM UMA SITUAÇÃO HIPOTÉTICA.

Para se ter uma noção da gritante discrepância entre os entendimentos, segue abaixo um caso hipotético:

No cenário em questão, o proeminente comprador Y estabelece um contrato de promessa de compra e venda com a incorporadora X, envolvendo um imóvel construído em modalidade de multipropriedade, com valor estipulado de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A propriedade é compartilhada entre 13 multiproprietários, onde, cada um, possui

em média 28 dias de usufruto por ano, e está situado em um empreendimento hoteleiro com diária média corresponde à R\$ 400,00 (quinhentos reais).

Após um ano de exercício de posse do imóvel, o comprador Y toma a decisão de rescindir o contrato de maneira imotivada e ingressa judicialmente para obter tal rescisão.

Caso o magistrado responsável decida aplicar o entendimento apresentado pela Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado, a indenização por fruição será de aproximadamente R\$230,13 (duzentos e trinta reais e treze centavos).

Caso decida o magistrado aplicar o entendimento apresentado pela Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado, tal indenização será estipulada em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Entretanto, caso decida o magistrado aplicar o entendimento apresentado pela Quarta Câmara de Direito Privado, a indenização será de R\$ 11.200,00 (onze mil e duzentos reais)

Ou seja, o mesmo caso, com as mesmas partes e mesmo objeto, podem ter três julgamentos completamente distintos, podendo variar entre R\$230,13 (duzentos e trinta reais e treze centavos) e R\$ 11.200,00 (onze mil e duzentos reais), dependendo apenas de qual entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo será utilizado para arbitrar a indenização.

A situação acima relatada é inconcebível em um ordenamento jurídico sério e traz enorme insegurança jurídica para as incorporações imobiliárias construídas em multipropriedade.

6 CONCLUSÃO

É de suma importância que um mercado em franca expansão, que movimentava dezenas de bilhões de reais todos os anos, possa operar com a devida segurança jurídica. Não é crível que um mesmo tribunal, aplique em favor, ou desfavor, de uma mesma empresa, com o mesmo contrato e em casos idênticos três entendimentos completamente distintos sobre o mesmo tema, a insegurança jurídica gerada por tal prática é gigantesca.

Como em toda operação comercial, é necessário que a Incorporadora Imobiliária seja capaz de estimar seus lucros e suas perdas, para que possa se manter estável e colocar em prática planos de expansões, o que, no atual cenário, é completamente prejudicado pelas divergências de entendimento neste artigo apontadas.

O cenário presente atualmente em nosso sistema judiciário age ora em desfavor ao proeminente comprador, ora em desfavor à incorporadora, algumas vezes ignorando

completamente a legislação vigente, atentando desta forma contra o estado democrático de direito. O que se tem atualmente, são desembargadores que pouco se preocupam e analisar a legislação e obter o que é justo, proferindo assim decisões completamente desconexas da realidade.

É notório que os casos como os apresentados em tela, que já são extremamente recorrentes, se farão cada vez mais presentes no dia a dia do tribunal, dada a expansão do setor no mercado nacional, devendo tais divergências de entendimento serem sanadas urgentemente e é imperioso que se respeite as leis a fim de se obter o que é justo, para ambas as partes. Também é pouco provável que em período próximo seja editado o texto legislativo e incluída tal especificidade.

Portanto, está claro que se faz urgente a pacificação do tema, para que nem a Incorporadora, nem o Proeminente Comprador, sejam pegos de surpresa na hora da rescisão contratual de uma Promessa de Compra e Venda de um empreendimento construído em modelo de multipropriedade, sendo trazida assim a relação mantida entre as partes segurança jurídica, que viabilize o planejamento financeiro, tanto das incorporadoras quanto dos compradores, impedindo assim surpresas desagradáveis a hora da rescisão contratual, que fragilizem o caixa das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Patrimônio de afetação**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 607, 7 mar. 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010. 310p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de jul de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 01 de jul de 2023.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>. Acesso em: 01 de jul de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 de jul de 2023.

BRASIL. Lei no 10.931, de 02 de agosto de 2004. **Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto Lei no 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.** 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 01 de jul de 2023.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Dos deveres das partes e de seus procuradores.** Seção III. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). Breves comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 250.

CASTRO FILHO, Hyltom Pinto de. **Breve estudo sobre a atividade de incorporação imobiliária.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2790, 20 fev. 2011.

CHALHUB, Melhim. **Incorporação Imobiliária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** direitos reais. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019. 431 p.

FRANCO, J.N., NISSKE, G. **Incorporações imobiliárias.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

JUNQUEIRA, Gabriel J. P. **Teoria e prática do direito imobiliário.** 4. ed. Brasil: Edipro, 2019. 320 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial.** Fundamentos de direito privado. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998. 255 p.

MARQUES, C.L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1 v. 1434

MELO, Marcelo Augusto Santana. Breves Considerações Sobre A Multipropriedade Imobiliária. **Pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 15, nº 1, abr, 2021. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/a/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.15_n.1.07.pdf> Acesso em: 01 de jul de 2023.

- PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. **Condomínio e Incorporação Imobiliária**: coleção direito imobiliário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 468 p.
- PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. **Regularização Fundiária**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 256 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- PILATTI, Marlou Santos Lima. **Manual Prático de Incorporação Imobiliária**. 4. ed. Brasília: Juruá, 2009. 154 p.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Ed. 18^a. Rio de Janeiro: Forense. 2019. 357 p.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 688 p.
- SARAIVA, B. S. **A multipropriedade no direito brasileiro: da experiência jurídica estrangeira à propriedade espaço-temporal**. 2013. 105f. Monografia (Graduação em Direito) -Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
- SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flavia Da Silva. **Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 6. ed. São Paulo: Alteridade, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 12. ed. Brasil: Método, 2022.
- TEPEDINO, G. J. M. **Aspectos Atuais da Multipropriedade Imobiliária**. In: AZEVEDO, F. O.; MELLO, M. A. B.. (Org.). Direito imobiliário: escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, p. 512-521.
- TEPEDINO, Gustavo, **Multipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993
- ULLOA, M. F. R. **La naturaleza jurídica de la multipropiedad**. 140p, 2008. Tese de Doutorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Peru, 2008.
- VANBRABANT, Bernard. **Timesharing**. 1 ed. Bruxelas: Larcier, 2006.
- VANZELLA, R.D.F. **O contrato e os Direitos Reais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2013. 367 p.
- VARGAS, Paola Kenia. O condomínio e o Condominio ante social. Monografia, 2004. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Paola%20Vargas.pdf> Acesso em: 21 nov. 2022

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 4ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2004. 521 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: reais. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 485 p.

VENOSA, Sílvio. Multipropriedade (time sharing). **Migalhas**, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/295907/multipropriedade--time-sharing>> Acesso em: 05 de ago de 2022.

VÍLCHES, W. M. **La naturaleza jurídica pluriforme de la multipropried**. 584p, 2002 Tese de Doutorado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Espanha, 2002.

ZANATA, Bianca. Imóveis multipropriedade crescem 17% no Brasil e movimentam R\$ 28,3 bilhões. **O Estado de S.Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 01 de jul de 2023.

PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

CAIO RANGEL FINOCCHIARO:
Advogado. Professor Tutor do Curso Damásio – OAB 2ª Fase – Direito do Trabalho. Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Pós-Graduado em Direito Material do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Damásio Educacional. Graduado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.114

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar o cabimento e aceitação perante o Poder Judiciário Trabalhista das provas obtidas por meios digitais, tais como, provas obtidas por e-mail, por whatsapp, áudio e vídeo. Com o avanço da tecnologia, a demanda pela utilização de novas ferramentas digitais de trabalho aumentou de forma exponencial, o que faz com o que legislador e operadores do direito, tivessem que se adequar as novas exigências sociais pela utilização das mídias sociais. A adoção de instrumentos digitais já se verifica com utilização de carteira de trabalho e previdência social digital, com decisões de Poder Judiciário sendo publicada por meio de assinatura digital, pela adoção de audiência e sessões de julgamento virtual, entre outras. Todavia, as questões relacionadas à produção de provas por meio digital, ainda que podem aparecer nas discussões perante a justiça do trabalho.

Palavras-chave: Direito trabalhista. Direito digital. Provas digitais. Processo do trabalho.

ABSTRACT: This article aims to analyze the suitability and acceptance before the Labor Judiciary of evidence obtained by digital means, such as evidence obtained by email, whatsapp, audio and video. With the advancement of technology, the demand for the use of new digital work tools has increased exponentially, which means that legislators and legal operators have to adapt to the new social requirements for the use of social media. The adoption of digital instruments can already be seen with the use of digital work and social security, with decisions of the Judiciary being published by means of a digital signature, the adoption of hearings and virtual trial sessions, among others. However, issues related to the production of evidence through digital means, although they may appear in discussions before the labor courts.

114 E-mail: caio_10_1@hotmail.com

Keywords: Labor law. Digital Law. Digital Evidence. Work Process

1.Introdução

A sociedade mundial avançou no sentido de reconhecer a importância da utilização da tecnologia em diversos setores.

A indústria já utiliza a tecnologia por meios de máquinas e robôs que conseguem realizar tarefas que antes eram apenas praticadas pelo ser humano.

Outro fato que comprova a importância da tecnologia, é que a mesma também é utilizada para tarefas domésticas, como por exemplo, com robôs que possuem a função de aspirar a sala de uma casa, sem a assistência de um ser humano.

Neste contexto, outros setores da sociedade começaram a utilizar e aceitar a tecnologia.

Com a pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, a necessidade do uso da tecnologia aumentou sendo essencial para que as atividades empresariais não ficassem estagnadas.

No direito do trabalho isso não foi diferente, sendo a tecnologia utilizada para que a justiça não ficasse inerte e assim não prejudicasse os litigantes. Diversas medidas impensáveis há anos atrás foram utilizadas e permanecem até hoje, como por exemplo, a realização de audiências e julgamentos virtuais, o ato de despachar virtualmente com a secretária da vara do trabalho, e o mais inovador, a possibilidade da parte ao ajuizar uma ação trabalhista poder optar pelo trâmite pelo juízo 100% digital.

O preconceito existente da utilização da tecnologia e da realização do trabalho por meios tecnológicos fora das dependências da empresa também foi diminuído drasticamente, pois as companhias viram que os trabalhos prestados fora de suas dependências não diminuíram a produtividade das tarefas realizadas pelos seus trabalhadores, pelo contrário aumentaram a produtividade, haja vista que o empregado conseguiria acessar o trabalho em qualquer horário.

Assim, a utilização de tecnologias como, por exemplo, *notebooks*, *tablets*, celulares entre outros foram essenciais às empresas e aos empregados durante o período de pandemia permanecendo até hoje.

O direito do trabalho anteviu que em pouco tempo o trabalho em locais fora da empresa seria uma das novas tendências da relação empregatícia, e por essa razão com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) regulamentou nos artigos 75-A a e75-E da CLT, o teletrabalho.

Com a pandemia e a necessidade da utilização do teletrabalho, a Lei acima mencionada foi aprimorada e modificada pela Lei nº 14.442/2022, trazendo novas situações e alterando situações existentes acerca do teletrabalho.

Portanto, houve um grande crescimento também do ramo do direito digital, que passou a abranger todas as questões jurídicas relacionadas ao uso da tecnologia da informação e comunicação e à interação entre a sociedade e o mundo digital.

No processo do trabalho não foi diferente, haja vista que atualmente muitas das provas produzidas pelos litigantes são oriundas de meios e plataformas digitais.

2.A Sociedade Digital e o Direito Digital

Como demonstramos no tópico anterior a sociedade de forma geral teve que se adaptar, entender e conhecer as novas tecnologias introduzidas, seja para o mercado de trabalho, seja para o relacionamento pessoal.

Diante dessa aproximação da sociedade e da tecnologia, surge a nomenclatura da sociedade digital.

A sociedade digital é aquela que integra o uso de tecnologias na vida das pessoas e também nas empresas. Essas tecnologias atuam principalmente na informação e comunicação, estabelecendo novos critérios quanto aos modelos de gestão nas organizações em um mundo que constantemente se transforma (ÚNICO, 2023, online).

Portanto, podemos dizer que a sociedade digital é um mundo onde a tecnologia e a comunicação unem, com a finalidade de melhorar o relacionamento entre as pessoas e criar maior facilidade e rapidez de comunicação, principalmente pela utilização das redes sociais.

Podemos citar como exemplos, atividades cotidianas que realizamos e necessitamos da tecnologia, tais como, comprar produtos em mercados por aplicativo de entrega, se comunicar em tempo real com pessoas do mesmo país ou de país diferente por aplicativo de comunicação, até mesmo para aprimorar o conhecimento com vídeos e aulas transmitidas simultaneamente de forma virtual. É notório que este fenômeno por muitas vezes alcança um número indeterminado de pessoas.

O fenômeno tecnológico ganhou grande espaço na sociedade, de forma que o direito também teve que se adaptar as novas exigências tecnológicas, sendo criado e desenvolvido pelos operadores do direito, o ramo do direito digital.

Neste contexto, o direito digital é o ramo do direito que se preocupa em regulamentar as relações ocorridas dentro do ambiente digital. Não podemos pensar que a internet é “terra sem ninguém”, muito pelo contrario, em razão de diversas plataformas digitais permitirem o anonimato de quem as utiliza, por muitas vezes diversas pessoas tem seus direitos de personalidade violados.

Nessa linha, vem o direito digital para garantir proteção aos usuários de serviços de internet e evitar que ocorram situações que ofendam ou ameçam os direitos de personalidade, tais como, a imagem, honra, boa fama, entre outros.

Algumas legislações importantes já foram criadas para tratar sobre o direito digital.

A Lei nº 12.965/14 instituiu o Marco Civil da Internet e estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Referida Lei teve como objetivo promover o direito de acesso a internet à todos, promover o acesso a informação, ao conhecimento e a participação na vida, cultura e na condução dos assuntos públicos, promover a inovação e fomentar a ampla difusão e novas tecnologias e modelos e uso e acesso, e ainda promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Outra legislação importante diz respeito a Lei nº 12.737/12, intitulada como Lei Carolina Dieckmann, que tipificou os crimes informáticos e alterou o Código Penal, acrescentando o artigo 154-A no rol dos crimes contra a inviolabilidade de segredos.

Por fim, mais recente e importante legislação, foi a instituição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, que veio regular 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.

O uso da tecnologia foi chegando a todos os setores da sociedade mundial, inclusive no ramo do direito material e processual do trabalho, haja vista que atualmente, os litigantes constantemente utilizam como meio de prova as conversas, áudios e vídeos obtidos por meio de aplicativos, como o *whatsapp*, *instagram*, e-mails, *twitter*, *linkedin*, entre outros.

Neste compasso, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir a validade ou não da produção dessas provas, todavia, antes de adentrarmos na discussão do cabimento das provas digitais no processo do trabalho, é importante trazer alguns aspectos do instituto das provas.

3. Conceito de Prova

A palavra prova é originária do latim probatio, que por sua vez, emana do verbo probare, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar (SCHIAVI, 2020).

A prova é um instituto de natureza jurídica processual, que tem como objetivo formar a convicção do juiz na busca da verdade real.

Como regra geral, o objeto da prova são os fatos, uma vez que o juiz conhece o direito, entretanto, nos termos do artigo 376 do CPC, o juiz pode exigir a prova do teor e vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Vale salientar que o artigo 374 do CPC prevê que não depende de prova o fato confessado, entendido como aquele alegado por uma parte e confirmado pela outra, o fato incontroverso, que é aquele alegado pela parte e não negado pela outra, o fato notório, podendo ser entendido como o fato inerente a uma cultura mediana e o fato irrelevante, que é o fato que não tem nenhuma relação com a lide.

Neste contexto, a presunção não é propriamente dita um meio de prova, mas um raciocínio lógico por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras.

4. Valoração da Prova no Direito Processual do Trabalho

O livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional é a forma de valoração em que o juiz, embora possuindo ampla liberdade na avaliação das provas produzidas possui o dever legal de motivar suas decisões. Este princípio decorre do artigo 93, IX d CF e artigos 765 e 832 da CLT.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

(...)

Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

(...)

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

§ 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

Portanto, o sistema do livre convencimento motivado vai ao encontro do princípio da motivação, e garante o direito de recurso e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, já que a sentença sem fundamentação é considerada nula por negativa de prestação jurisdicional.

A título de conhecimento cabe mencionar que antigamente existia o sistema do tarifamento da prova, ou seja, a Lei determinava valor a elas, o sistema da livre convicção, onde o magistrado podia decidir sem motivação e desvinculado da Lei, sistema da convicção plena, que era aquele no qual o juiz julga com a verdade formal, ligada ao ônus de prova, sem levar em conta a verdade real e o sistema da colheita generalizada da prova, onde o juiz aproveitava determinadas provas.

5.Princípios da Prova

O instituto das provas também pressupõe a existência de alguns princípios, abaixo listados:

A) Princípio do Contraditório: Referido princípio deixa certo que sempre deve ser garantido o contraditório na produção da prova.

O princípio do contraditório preconiza um estado ideal das coisas em que as partes envolvidas no processo, e eventualmente o Ministério Público tenham sempre a ciência dos fundamentos da ação e da defesa, das decisões e de todos os demais atos processuais, e possam efetivamente influir no convencimento do julgador ou autoridade (THAMAY; TAMER, 2020).

B) Princípio da Aquisição Processual ou Comunhão da Prova: A prova pertence ao processo e não a parte. Nesse sentido, é possível uma parte requerer a oitiva da testemunha trazida pela outra.

C) Princípio da Unidade da Prova: A prova é analisada e apreciada pelo seu conjunto e não de forma isolada ou em partes. Podemos citar como exemplo, o caso da testemunha faltar com a verdade em apenas uma única pergunta, e todo seu depoimento ser desconsiderado.

D) Princípio da Igualdade de Oportunidade: As partes devem possuir igual oportunidade na produção da prova, sob pena de nulidade.

E) Princípio do Livre Convencimento Motivado: Como verificado no tópico anterior, trata-se do princípio utilizado no momento da valoração da prova. Relembramos que antigamente existiu o sistema das ordálias que defendia que a prova era valorada com base na reação da parte a uma determinada situação extrema, como por exemplo, a parte andar sobre a brasa. Posteriormente passou a ser utilizado o sistema da prova tarifada, do qual cada prova possuía um valor, como por exemplo, a prova documental, valia mais que a prova testemunhal. Os sistemas acima mencionados não prevaleceram e assim passou a ser utilizado o sistema do livre convencimento que defendia que o magistrado tinha total liberdade na valoração da prova, sem a necessidade de fundamentar a sua decisão. Por fim, para garantir a imparcialidade do magistrado, prevaleceu na valoração da prova, o princípio do livre convencimento motivado, no qual, o juiz é livre na avaliação e valoração da prova, entretanto deve sempre fundamentar a sua decisão.

F) Princípio da Primazia da Realidade: Este princípio deixa certo que a realidade prevalece sobre a formalidade e pode ser aplicado para ambas as partes. Podemos citar como exemplo, a previsão da sumula 12 do TST que menciona que a anotação na CTPS gera presunção relativa de veracidade *juris tantum*.

G) Princípio da Aptidão da Prova: Tal princípio deixa certo que o ônus de provar é da parte que tem melhor condição, ou seja a maior facilidade, podendo citar como exemplo a regra das sumulas 460 e 461 do TST.

H) Princípio da Vedação da Prova Ilícita: O artigo 5º, LVI, CF, prevê que são inadmissíveis no processo as provas obtidas de forma ilícita. Decorre de tal princípio a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada ou Teoria da Prova Ilícita Derivada, que preceitua que todas as demais provas que decorrem de uma prova ilícita estão prejudicadas pela ilicitude.

I) Princípio da Lealdade Processual e Boa-Fé: O dever de lealdade deve ser fortalecido, pois a conduta ética das partes pode influenciar decisivamente na análise da prova. Portanto, quando ambas as partes agem com lealdade na produção de provas, o julgador forma sua convicção com maior precisão, chegando a verdade real.

6.Modalidades de Prova

No direito processual trabalhista podem ser elencadas as seguintes modalidades de provas.

A) Depoimento Pessoal/ Interrogatório: O depoimento pessoal é a modalidade de iniciativa de parte que busca a oitiva da outra parte, e ocorre após a entrega da defesa e antes da oitiva das testemunhas. Esta modalidade possui como objetivo a confissão real. Já o interrogatório é de iniciativa do juiz e ocorre a qualquer momento, e busca-se o esclarecimento de fatos. A parte ouvida deve ter conhecimento dos fatos, pois na hipótese de desconhecer caracteriza a confissão ficta que admite prova em contrario. A parte não presta o compromisso de falar a verdade, logo não cabe a prisão por falso testemunho, entretanto se faltar com a verdade é possível aplicar a litigância de má-fé. Neste contexto ainda, o artigo 385, §3º do CPC, autoriza a oitiva da parte que residir em outra comarca, através de vídeo conferencia, o que já demonstra neste momento a utilização das provas digitais.

B) Prova Pericial: Trata-se da prova técnica que é utilizada, ainda que o juiz tenha conhecimento técnico. Pode ocorrer por vontade das partes, como por exemplo, a doença do trabalho ou a exigência da Lei, como por exemplo, insalubridade e periculosidade. Nos termos do artigo 3º da Lei 5.584/70, o juiz nomeia um perito e fixa um prazo para apresentação do laudo, não cabendo no processo do trabalho a aplicação do artigo 471 do CPC que autoriza a escolha do perito entre as partes. Importante salientar que o artigo 479 do CPC deixa claro que o juiz não esta vinculado ao resultado do laudo pericial, podendo formar seu convencimento por outros elementos. Neste contexto, o artigo 480 do CPC afirma que o juiz pode nomear uma nova pericia, que não afasta a validade da anterior, cabendo ao juiz apreciar o valor de cada pericia. O perito escolhido pelo juiz

poderá negar o encargo e as partes nos termos do artigo 467 do CPC poderão alegar suspeição ou impedimento do perito.

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Art. 467. O perito pode escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição.

Parágrafo único. O juiz, ao aceitar a escusa ou ao julgar procedente a impugnação, nomeará novo perito.

O artigo 195 da CLT prevê que o perito será médico ou engenheiro do trabalho, entretanto a OJ 165 da SDI-I do TST prevê que para elaboração da perícia, basta ser um profissional devidamente qualificado. Por essa razão, é válida a perícia por um fisioterapeuta. Nesta modalidade de prova as partes podem apresentar quesitos e indicar assistente técnico e nos termos da sumula 341 do TST a indicação do assistente técnico é faculdade das partes, portanto a responsabilidade do pagamento é da parte que indicou, ainda que vencedora da perícia. Observação pertinente que se faz na análise da prova pericial diz respeito aos honorários periciais.

A reforma trabalhista alterou o artigo 790-B da CLT passando a prevê que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. O novo §1º do artigo prevê que deve ser respeitado o limite máximo de honorários estabelecidos pelo CSJT. Já o §2º autoriza o parcelamento dos honorários e o §3º prevê que não cabe a exigência de

honorários prévios. Por fim, o novo §4º prevê que na hipótese da parte gozar de justiça gratuita, o valor dos honorários periciais deve ser deduzido do valor do seu crédito que ganhou um juízo, ainda que em outros processos. Não existindo nenhum crédito a receber a União Federal que vai responder pelo encargo.

Ocorre que recentemente o artigo 790-B “caput” e §4º da CLT foram declarados inconstitucionais pelo STF por meio da ADI 5766.

C) Prova Documental: Documento é todo objeto que serve de prova, não somente o papel escrito, mas também fotos, vídeos e desenhos. O artigo 830 da CLT prevê que a prova documental pode ser por xerox simples, cabendo ao advogado declarar a autenticidade sob sua responsabilidade pessoal. No processo do trabalho, como regra, o reclamante apresenta a prova documental com a petição inicial, já a reclamada com a contestação. A luz do artigo 435 do CPC é possível à juntada de documento novo depois do momento acima mencionado, sendo considerado documento novo aquele que não existia à época da juntada ou se existia estaria impossibilitando de ser apresentado.

D) Prova Testemunhal: A prova testemunhal em que pese ser a mais importante, ela é falível, uma vez que depende da percepção do ser humano. Por isso, a narrativa de um fato pode ser alterada a depender da pessoa.

Ademais, a testemunha vai depor sobre fatos que ocorreram a algum tempo, bem como existe ainda o estresse do momento. Não há técnica objetiva para a inquirição da testemunha. O magistrado deve avaliar todo o depoimento, considerando eventuais contradições e respostas as perguntas não realizadas.

E relação a quantidade de testemunhas, no rito ordinário cada parte por indicar até 03 (três) testemunhas. Já no rito sumaríssimo, cada parte pode indicar até 02 (duas) testemunhas. Observação importante diz respeito ao inquérito judicial para apuração da falta grave, onde cada parte pode indicar até 06 (seis) testemunhas.

Na hipótese de litisconsórcio ativo e passivo, o limite mencionado será por polo quando se tratar do reclamante e será por parte quando se tratar da reclamada. Por exemplo, na hipótese de ajuizamento de ação trabalhista por 2 (dois) reclamantes no polo ativo só poderão ser ouvidas 3 testemunhas.

Por fim, o limite acima mencionado não se aplica ao juiz que na busca da verdade real e como diretor do processo poderá ouvir quantas testemunhas pretender.

No que se refere ao comparecimento da testemunha, o artigo 825 da CLT, prevê que essas comparecerão independentemente de intimação, sendo que na hipótese de ausência, a testemunha será intimada, inclusive mediante condução coercitiva.

Art. 825 - As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação.

Parágrafo único - As que não comparecerem serão intimadas, ex officio ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva, além das penalidades do art. 730, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação.

No rito sumaríssimo, conforme artigo 852-H, §2º da CLT as testemunhas também compareceram independentemente de intimação, entretanto na hipótese de ausência pode ocorrer à intimação da testemunha, sendo necessário prova do convite da testemunha ausente para ela depor. Por último vale dizer que inexistente rol de testemunhas na CLT.

No que tange ao procedimento para oitiva de testemunhas, nos termos do artigo 824 da CLT o depoimento de uma testemunha não pode ser ouvido pelas demais.

Caso a testemunha seja estrangeira, o seu depoimento será realizado por tradutor juramentado ou interprete e as despesas serão custeadas pela parte que pretende ouvir conforme artigo 819, §2º da CLT, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

O processo do trabalho adota o sistema presidencialista para as perguntas, ou seja, as perguntas serão realizadas pelo juiz e não diretamente pelos advogados, não se aplicando o artigo 459 do CPC.

O artigo 453 do CPC prevê que as testemunhas serão ouvidas na audiência, salvo as que prestarem depoimento antecipadamente (cautelar) ou as que são inquiridas via carta precatória. Em tal hipótese o juiz deve zelar para que a testemunha que será ouvida no precatório não tenha contato com os depoimentos que já ocorreram. Como novidade e inclusão do direito digital, podemos citar o §1º do artigo 453 do CPC que trouxe como novidade a possibilidade da oitiva de testemunhas que não residi na comarca via vídeo conferência ou outro recurso eletrônico.

Em relação a impedimento ou suspeição da testemunha, o artigo 829 da CLT prevê que a testemunha não será ouvida quando amiga intima inimiga ou parente até o 3º grau de qualquer das partes. Portanto, se a reclamada levar o pai da reclamante como testemunha, não pode ouvir o mesmo. Aplicam-se ao processo do trabalho as hipóteses do artigo 447 do CPC que trata de impedimento, suspeição e incapacidade da testemunha.

O TST na sumula 357 prevê que não torna a testemunha suspeita o simples fato de litigar contra o mesmo empregador. Tal jurisprudência é mitigada na hipótese de troca de

favores, ou seja, quando a testemunha convidada pelo reclamante, também convidou o autor para ser sua testemunha.

Por último, vale salientar ainda que a reforma trabalhista introduziu na CLT o capítulo sobre o dano processual nos artigos 793-A a 793-D. O artigo 793-D prevê a aplicação de multa a testemunha que litigar em má-fé em juízo.

E) Inspeção Judicial: Trata-se de modalidade de prova produzida pelo magistrado que não possui previsão na CLT, e por tal razão aplicam-se os artigos 481 a 484 do CPC.

O juiz vai utilizar dessa modalidade de prova quando ele considerar necessário para melhor verificação dos fatos, podendo ser requerida pelas partes ou de ofício.

Por fim, o juiz pode ser assistido na inspeção judicial por um ou mais peritos e nos termos do artigo 483, parágrafo único do CPC, as partes tem o direito de acompanhar a inspeção, ou seja, elas devem ser intimadas da inspeção.

Concluída a inspeção o juiz vai lavrar o auto de inspeção e vai dar ciência as partes.

7.Provas Digitais

Como acima explanado a utilização das provas digitais faz parte de um novo contexto que surge na sociedade da informação.

Neste sentido, a Justiça do Trabalho deve adequar os meios de instrução também às novas ferramentas e informações disponíveis. Em outras palavras, essa cultura de interação permanente com recursos tecnológicos produz inúmeros registros digitais, o que torna necessário repensar o modelo tradicional de produção de provas, baseado, principalmente, na oitiva de testemunhas. Dessa forma, a utilização de registros digitais para a demonstração de fatos é quase uma necessidade nos dias de hoje.

As provas digitais podem ser produzidas em registros nos sistemas de dados de empresas, ferramentas de geoprocessamento, dados publicados em redes sociais e até encontradas por meio de biometria. Qualquer tipo de informação eletrônica, armazenada em bancos de dados, que comprove a efetiva realização de horas extras ou confirme a concessão fraudulenta de afastamento médico pode ser usada como prova digital (TST, 2021, online).

Os dados produzidos podem ser encontrados em fontes abertas (de livre acesso, como pesquisas no Google, sites de transparência, redes sociais) ou fontes fechadas (de acesso restrito, por meio de solicitação judicial), em titularidade de empresas públicas e privadas. Por meio deles, é possível averiguar fatos controversos no curso da instrução

processual, ou seja, utiliza-se uma prova digital para chegar mais próximo ao que realmente aconteceu.

O Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 369 e 370 já preveem a possibilidade da utilização de provas digitais ao dispor que as partes podem se utilizar de todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não previstos no Código de Processo Civil e permitindo ao juiz determinar as provas necessárias para o julgamento.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Tratando-se de CLT, podemos mencionar o princípio da majoração dos poderes do Juiz do Trabalho na condução do processo previsto no artigo 765 da CLT, onde se prevê que o magistrado é o diretor do processo e possui ampla liberdade na condução do processo, podendo assim, determinar a produção ou a aceitação de uma prova digital.

Já possuímos diversas situações jurídicas onde muitos processos trabalhistas foram julgados em virtude das provas digitais produzidas, conforme veremos no próximo tópico.

Os dados utilizados como provas digitais não se restringem a postagem em redes sociais. Com o uso de fontes de dados fechadas, grande novidade das capacitações realizadas dentro do projeto Provas Digitais, é possível utilizar dados de geolocalização, biometria, metadados de fotos e até rastreamento de IP (TST, 2021, online).

Com a introdução da LGPD no ordenamento jurídico podemos nos questionar sobre a validade das provas digitais. Todavia, a LGPD não veio restringir a produção de provas digitais, mas sim a proteção a dados e usuários, com o fim de evitar que referidos dados caíam nas mãos de pessoas criminosas.

No caso do direito processual do trabalho, a produção da prova digital tem como finalidade a busca da verdade real, para que o juiz possa julgar a lide com todos os elementos e informações precisas e concretas, para se chegar o mais próximo possível da justiça da decisão.

Outro ponto que precisa ser apontado é que dentre os princípios do processo do trabalho, possuímos, a informalidade e a simplicidade, que auxilia a legalização da prova obtida por meio de conversas, áudios e vídeos de whatsapp.

Neste contexto, a própria legislação trabalhista já reconhece que a carteira de trabalho e previdência social deve ser preferencialmente emitida e anotada de forma eletrônica, bem como que as anotações de ponto também podem ser realizadas por meio eletrônico, conforme artigos 14 e 74, §2º da CLT.

Art. 14. A CTPS será emitida pelo Ministério da Economia preferencialmente em meio eletrônico. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Excepcionalmente, a CTPS poderá ser emitida em meio físico, desde que: (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - nas unidades descentralizadas do Ministério da Economia que forem habilitadas para a emissão; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - mediante convênio, por órgãos federais, estaduais e municipais da administração direta ou indireta; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - mediante convênio com serviços notariais e de registro, sem custos para a administração, garantidas as condições de segurança das informações.

(...)

Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

Neste contexto, ainda a própria Justiça do Trabalho, utiliza do certificado digital e a consequente assinatura digital do magistrado e servidores públicos para elaboração de despachos, atas de audiência, sentenças e acórdãos.

Portanto, podemos concluir que a prova digital tem sido amplamente aceita pela Justiça do Trabalho e assim iremos apresentar algumas decisões que corroboram com o entendimento acima explanado.

8. Jurisprudência Trabalhista

A jurisprudência trabalhista tem defendido a utilização das provas obtidas por meios digitais. Neste contexto, destacamos algumas jurisprudências sobre o tema.

Na jurisprudência abaixo demonstrada, os Desembargadores reconheceram a colheita do depoimento pessoa mediante a utilização de sons e imagens do whatsapp.

Ementa: Depoimento pessoal colhido mediante o uso de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Aparelho celular. "WhatsApp". Prova da necessidade de uso do recurso tecnológico pela parte beneficiada. Atendimento concreto da novel disposição legal sobre o tema e presença de elementos nos autos afastando o risco de prejuízo processual à parte adversa. Nulidade processual não reconhecida. A realização de depoimento pessoal da parte que demonstra a justificada impossibilidade de comparecimento à audiência judicial, mediante o uso de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, via telefone celular e uso do aplicativo "WhatsApp", não implica em nulidade processual quando, como na hipótese, os elementos peculiares do caso concreto demonstram a ausência de dano processual para a parte adversa. Trata-se de decisão que visa à incorporação de meios de comunicação de nova geração para a realização de atos processuais, dando cumprimento às atuais disposições dos artigos 236, § 3º; 385, § 3º; 453, §1º; e 461, § 2º, todos do CPC. Recurso ordinário da reclamada, não provido. (TRT da 15ª Região; Processo: 0010740-02.2017.5.15.0059; Data: 02-09-2020; Órgão Julgador: 07ª Câmara; Relator(a): ROBERTO NOBREGA DE ALMEIDA FILHO)

Já nesta outra decisão, os julgadores entenderam que a reclamada conseguiu demonstrar a inexistência de vínculo empregatício ao exibir as mensagens de whatsapp trocadas com o reclamante.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO RECONHECIMENTO. O ônus de provar a existência dos requisitos do art. 3º da CLT é da reclamante, por ser fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do CPC e 818 da

CLT). No entanto, in casu o réu afirmou se tratar de prestação de serviço de natureza eventual, atraindo para si a prova de que não havia relação empregatícia. O reclamado se desincumbiu de seu ônus processual (artigo 818, II, da CLT e artigo 373, II, do CPC) mediante a apresentação de prints de conversas pelo aplicativo WhatsApp com a autora e outras pessoas que lhe prestavam serviços, que comprovaram a ausência dos requisitos de habitualidade, personalidade e subordinação na relação de trabalho havida entre os litigantes. Recurso ordinário da reclamante não provido.

(TRT da 2ª Região; Processo: 1000823-11.2022.5.02.0064; Data: 10-02-2023; Órgão Julgador: 13ª Turma - Cadeira 1 - 13ª Turma; Relator(a): RICARDO APOSTOLICO SILVA)

Em relação a matérias de direito processual, destacamos decisão que entendeu não haver suspeição de testemunha em razão da criação de grupo nas redes sociais para discussão sobre possíveis direitos trabalhistas não honrados pelo empregador.

Referida decisão ressaltar ainda os avanços da tecnologia da informação e principalmente das redes sociais, tais como, o "WhatsApp" "Facebook" e o "Instagram".

SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA. Não revela suspeição o fato de ex-empregados da reclamada eventualmente terem criado "grupo" nas redes sociais para, supostamente, discutirem sobre possíveis direitos trabalhistas não honrados pela ex-empregadora. Na sociedade pós-moderna, com os avanços da tecnologia da informação e principalmente da internet, passaram a ter especial destaque as chamadas "redes sociais" e, por aqui, notadamente o "WhatsApp" "Facebook" e o "Instagram", por meio das quais as pessoas dizem manter "relacionamentos virtuais" e "interpessoais" como "amigos" e, ainda, compartilham fotos e vídeos de momentos pessoais, como a confraternização revelada nas referidas fotografias. As amizades virtuais, em redes sociais, não são, necessariamente, amizades reais, notadamente para os fins de enquadramento na norma processual como "amigo íntimo", pois, como comumente se observa, pessoas adicionam em suas páginas, indistintamente, tanto perfis de seus familiares e amigos reais/pessoais, e até íntimos, como também de pessoas por vezes somente conhecidas, colegas de trabalho e mesmo daquelas com as quais não se mantém nenhuma relação próxima, nem ao menos de amizade ou coleguismo.

(TRT da 2ª Região; Processo: 1000965-36.2020.5.02.0015; Data: 27-10-

2022; Órgão Julgador: 17ª Turma - Cadeira 2 - 17ª Turma; Relator(a): MARIA DE LOURDES ANTONIO)

Conforme mencionamos acima o assunto das provas digitais também abarca a matéria relacionada ao período de horas extras.

A decisão abaixo proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região entendeu que a trabalhadora faz jus as horas extras, mesmo possuindo cargo de promotora de vendas, pois a reclamada a sujeitava a controle através de aplicativo AFS, whatsapp e outros meios.

EMENTA: PROMOTORA DE VENDAS. SERVIÇO EXTERNO. TRABALHO EXECUTADO EM LOCAIS DETERMINADOS, SEGUNDO ROTEIRO FIXADO PELA EMPRESA. CONTROLE POR MEIO DE APLICATIVO AFS, WHATSAPP E OUTROS MEIOS. INAPLICABILIDADE DA NORMA EXCEPTIVA À LIMITAÇÃO DE JORNADA (ART. 62, I, CLT). HORAS EXTRAS DEVIDAS. Para os efeitos do art. 62, I, CLT, trabalho externo é aquele que além de ser realizado fora da empresa, é insuscetível de controle. In casu, restou amplamente provado (inclusive com testemunha da empresa), que a atividade da autora (promotora de vendas), além de ser realizada em locais determinados e segundo roteiro previamente definido pela empregadora, era sujeita a controle através de aplicativo AFS, whatsapp e outros meios (ligações telefônicas, anotação de livros nos destinos etc). Evidenciado o controle da atividade, afasta-se a incidência da norma exceptiva à limitação legal e constitucional de jornada, fazendo jus a demandante às horas extras prestadas, com os respectivos reflexos. Recurso provido, neste tópico.

(TRT da 2ª Região; Processo: 1000115-07.2022.5.02.0372; Data: 27-07-2022; Órgão Julgador: 4ª Turma - Cadeira 4 - 4ª Turma; Relator(a): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS)

Importante decisão abaixo mencionada trata sobre a manutenção de uma justa causa, onde o empregador conseguiu que o reclamante participava de grupo de Whatsapp formado por empregados e ex-empregados da empresa, no qual eram postadas montagens com fotos de colegas de trabalho, que eram comentadas pelos participantes com mensagens ofensivas e de cunho homofóbico.

DIREITO DO TRABALHO. ROMPIMENTO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA. CARACTERIZAÇÃO. MENSAGENS OFENSIVAS A COLEGAS DE TRABALHO, TROCADAS EM GRUPO DE WHATSAPP. ÔNUS DA

PROVA. A falta grave ensejadora do rompimento contratual por justa causa, penalidade máxima passível de ser aplicada ao empregado, que pode acompanhá-lo em toda o restante de sua vida profissional, deve ser sobejamente comprovada, de maneira a que não restem dúvidas de que foi efetivamente praticada pelo empregado a quem ela é atribuída, cabendo o ônus probatório respectivo ao empregador. Não bastasse, a aplicação da pena máxima deve observar os princípios da proporcionalidade e da imediatidade, vale dizer, deve ser proporcional à falta cometida, cuja gravidade torne impossível a manutenção do pacto laboral, e consumada tão logo o empregador tome ciência de sua ocorrência. No caso, a reclamada obteve êxito em comprovar que o reclamante participava de grupo de Whatsapp denominado "Só Machos", formado por empregados e ex-empregados da empresa, no qual eram postadas montagens com fotos de colegas de trabalho, que eram comentadas pelos participantes com mensagens ofensivas e de cunho homofóbico, conduta por si só grave o suficiente para impedir o prosseguimento do pacto laboral, haja vista que um dos deveres fundamentais do empregador é manter o ambiente de trabalho sadio, seguro e equilibrado, de modo a preservar a saúde física e mental de todos os seus colaboradores, cabendo-lhe responder pelos danos a eles causados por seus prepostos. É evidente, no entanto, que o comportamento inadequado dos participantes do mencionado grupo conspurcava de animosidade e ressentimento o ambiente laboral, tanto assim que o fato foi levado ao conhecimento da direção por empregados que se sentiram vilipendiados pela prática ofensiva. Nesse contexto, não se há de cogitar em não observância ao princípio da graduação das penas, ou em ocorrência de rigor excessivo no despedimento do reclamante por justa causa, pois a falta por ele cometida, por si só, é suficiente para impedir a continuidade do pacto laboral, diante da gravidade de que se reveste, já que, ao adotar uma postura homofóbica e ofender a honra de outros empregados, implantou um clima de animosidade e ressentimento no ambiente de trabalho, pelo qual, inclusive, a reclamada pode ser objetivamente responsabilizada, nos termos do artigo 932, III, do Código Civil. Apelo a que se dá provimento para o fim de validar a ruptura contratual por justa causa e, em consequência, afastar a condenação da reclamada ao pagamento das verbas deferidas pela sentença recorrida e julgar improcedente a reclamatória.

(TRT da 2ª Região; Processo: 1000693-26.2020.5.02.0473; Data: 25-08-2022; Órgão

Julgador: 18ª Turma - Cadeira 1 - 18ª Turma; Relator(a): RILMA APARECIDA HEMETERIO)

Decisão similar a acima apresentada, condena a empresa ao pagamento de indenização por danos morais, pois houve comprovação via vídeos e mensagens de Whatsapp, onde o supervisor da obreira realizava comentários preconceituosos.

Ementa: OFENSAS PROFERIDAS EM GRUPO DE WHATSAPP. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA. Comprovado que o trabalhador sofreu ofensas, com vídeos e mensagens preconceituosas a ele dirigidas em grupo de WhatsApp formado por empregados da reclamada, e demonstrado que o superior hierárquico do trabalhador integrava esse grupo, e que ele também participou das chacotas e permitiu que as ofensas continuassem, exsurge o dever da empregadora de indenizar. Inteligência dos arts. 927 e 932, III do CCB. </p></p> (TRT da 15ª Região; Processo: 0012704-22.2019.5.15.0039; Data: 18-08-2021; Órgão Julgador: 1ª Câmara; Relator(a): JOSE CARLOS ABILE)

Todavia, ainda que remotas, também existem posições em sentido contrário.

Na decisão abaixo os desembargadores entenderam que a mera juntada de prints de telas de Whatsapp, não configura meio de convencimento eficaz, pois na havia a cadeia de custódia ou produção de prova da integridade da comunicação.

PROCESSO DO TRABALHO. PROVAS DIGITAIS. PRINTS DE CONVERSAS DE APLICATIVO WHATSAPP. A juntada de prints de telas de conversa de aplicativo "Whatsapp", a exemplo de qualquer prova digital, isoladamente considerada, em regra e ao contrário do senso comum, não configura meio de convencimento eficaz, pois as capturas de tela, sem a apresentação da necessária cadeia de custódia ou produção de prova da integridade da comunicação, não têm a autenticidade confirmada. Inteligência do art.411, do CPC, e artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal (Lei 13.964/2019), aplicáveis subsidiariamente.

(TRT da 2ª Região; Processo: 1000546-82.2021.5.02.0014; Data: 07-07-2022; Órgão Julgador: 7ª Turma - Cadeira 3 - 7ª Turma; Relator(a): GABRIEL LOPES COUTINHO FILHO)

Já a jurisprudência abaixo extraída do TRT da 3ª Região, não considerou a utilização da geolocalização:

DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. REQUISIÇÃO. OFENSA AO DIREITO AO SIGILO TELEMÁTICO E À PRIVACIDADE. Embora a prova digital da geolocalização possa ser admitida em determinados casos, ofende direito líquido e certo ao sigilo telemático e à privacidade, a decisão que determina a requisição de dados sobre horários, lugares, posições da impetrante, durante largo período de tempo, vinte e quatro horas por dia, com o objetivo de suprir prova da jornada a qual deveria ser trazida aos autos pela empresa. Inteligência dos incisos X e XII do art. 5º da CR. (TRT da 3ª Região; Processo: 0011155-59.2021.5.03.0000; Data: 27-10-2022; Órgão Julgador: 1ª Seção de Dissídios Individuais; Relator(a): MARCO ANTONIO PAULINELLI DE CARVALHO).

Portanto, podemos constatar que embora existem decisões ainda defendendo a não utilização das provas digitais, essas em sua maioria já são reconhecidas pelos operadores do direito, sendo amplamente cabível no processo do trabalho, juntamente com a aplicação dos princípios da informalidade e da simplicidade.

9. Conclusão

Frente o desenvolvimento da presente pesquisa que contou com a análise da legislação mais atualizada acerca do tema, o diálogo com a doutrina e as jurisprudências é possível extrair, a título de ponto conclusivo que o as provas digitais são amplamente aceitas e cabíveis no processo do trabalho, pois é necessário que o direito se adeque as novas exigências tecnológicas, e, portanto, é preciso uma afeição, por parte dos legisladores e dos julgadores quanto à existência das provas digitais, evitando que direitos sejam violados ou suprimidos.

Nesse contexto, também é importante frisar que é necessária a existência de uma regulação dessa utilização de provas digitais, o que ainda não ocorreu na norma jurídica trabalhista.

Outrossim, é inconteste que, com o advento dessa nova modalidade de prova nas relações de trabalho, como restou demonstrado novas situações irão surgir e a Lei deverá ser constantemente revisada e discutida, a fim de aproximar o direito digital as novas exigências sociais.

Até o presente momento os resultados extraídos deste instituto evidenciam que os litigantes obtiveram maior facilidade a depender do caso, na produção de um prova.

Em relação a Justiça do Trabalho, podemos extrair como resultados, o maior convencimento dos julgadores ao decidir a lide, pois conseguem obter mais provas, além da prova testemunhal, conseguindo se aproximar da justiça da decisão.

Contrapartida, há o questionamento da licitude da obtenção da prova digital, como nos casos em que uma das partes não sabe se esta sendo gravada ou filmada, haja vista que pode existir questionamento relacionado a essa prova ser considerada ilícita, assunto este que apesar de não ser o objetivo deste trabalho, merece ser citado, pois afeta diretamente o princípio da efetividade processual.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 26 out 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em 22 jun 2023.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em 22 jun 2023.

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm . Acesso em 22 jun 2023.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em 22 jun 2023.

COMO A UNICO ESTA AJUDANDO A CONSTRUIR UMA SOCIEDADE DIGITAL SEGURA E CONFIÁVEL. **UNICO, 2023**. Disponível em: <<https://unico.io/institucional/sociedade-digital>>. Acesso em 22, jun 2023.

PROVAS DIGITAIS. Especial: Justiça do Trabalho é pioneira no uso de provas digitais. **Tribunal Superior do Trabalho, 2021**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/provas-digitais>>. Acesso em: 22, jun 2023.

SCHIAVI, Mauro. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2020.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; CARVALHO, Romullo; MUNHOZ, Alexandre. **MANUAL PRÁTICO DE PROVAS DIGITAIS**. Revista dos Tribunais. 2023 (ebook), s/p.

THAMAY, Rennan; Tamer Mauricio. **PROVAS NO DIREITO DIGITAL – CONCEITO DE PROVA DIGITAL, PROCEDIMENTOS E PROVAS DIGITAIS EM ESPÉCIE**. Revista dos Tribunais. 2020 (ebook), s/p.

TRT da 2ª Região; Processo: 1000546-82.2021.5.02.0014; Data: 07-07-2022; Órgão Julgador: 7ª Turma - Cadeira 3 - 7ª Turma; Relator(a): GABRIEL LOPES COUTINHO FILHO. Acesso em 20 jun 2023

TRT da 2ª Região; Processo: 1000823-11.2022.5.02.0064; Data: 10-02-2023; Órgão Julgador: 13ª Turma - Cadeira 1 - 13ª Turma; Relator(a): RICARDO APOSTOLICO SILVA. Acesso em 20 jun 2023

TRT da 2ª Região; Processo: 1000965-36.2020.5.02.0015; Data: 27-10-2022; Órgão Julgador: 17ª Turma - Cadeira 2 - 17ª Turma; Relator(a): MARIA DE LOURDES ANTONIO. Acesso em 20 jun 2023

TRT da 2ª Região; Processo: 1000693-26.2020.5.02.0473; Data: 25-08-2022; Órgão Julgador: 18ª Turma - Cadeira 1 - 18ª Turma; Relator(a): RILMA APARECIDA HEMETERIO. Acesso em 20 jun 2023

TRT da 2ª Região; Processo: 1000115-07.2022.5.02.0372; Data: 27-07-2022; Órgão Julgador: 4ª Turma - Cadeira 4 - 4ª Turma; Relator(a): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS. Acesso em 20 jun 2023

TRT da 15ª Região; Processo: 0010740-02.2017.5.15.0059; Data: 02-09-2020; Órgão Julgador: 07ª Câmara; Relator(a): ROBERTO NOBREGA DE ALMEIDA FILHO. Acesso em 20 jun 2023

TRT da 3ª Região; Processo: 0011155-59.2021.5.03.0000; Data: 27-10-2022; Órgão Julgador: 1ª Seção de Dissídios Individuais; Relator(a): MARCO ANTONIO PAULINELLI DE CARVALHO. Acesso em 20 jun 2023

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

NATALI BATISTA MACHADO:
Policia! Militar, Bacharel em Direito,
Especialização em Ciências
Criminais.

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da insignificância, uma importante ferramenta no Direito Penal que procura limitar a atuação do Estado na punição de condutas consideradas de menor relevância ou de mínimo grau de lesão ao bem jurídico tutelado. Também conhecido como princípio da bagatela, ele se baseia na ideia de que o direito penal deve se ocupar apenas com as condutas mais graves e socialmente reprováveis. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu alguns requisitos para aplicação do referido princípio. São eles: a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. Dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância tem como objetivo evitar a criminalização de condutas de menor potencial ofensivo e direcionar os esforços do sistema penal para a repressão de crimes mais graves. Sendo assim, a presente pesquisa abordará o conceito de princípio da insignificância, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica para discorrer sobre o tema, e fez-se o uso dos métodos histórico e dedutivo para alcançar o resultado.

Palavras-chave: Insignificância. Requisitos. Princípio. Direito Penal. Bagatela.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância estabelece que condutas de mínima ofensividade, que causem lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos de relevância social insignificante, devem ser consideradas atípicas e, portanto, não devem ser objeto de punição penal.

Esse princípio tem origem na necessidade de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação do Direito Penal. Seu objetivo é evitar a criminalização de condutas de baixo impacto social, que não representam perigo relevante para a ordem jurídica ou para a sociedade como um todo.

Para que seja aplicado, o princípio da insignificância exige a análise de alguns critérios, tais como a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da

lesão jurídica. Esses critérios visam garantir que a conduta seja verdadeiramente insignificante e não represente uma ameaça relevante ao bem jurídico tutelado.

A aplicação do princípio da insignificância é objeto de debates e controvérsias, pois requer uma análise cuidadosa das circunstâncias de cada caso, considerando fatores como a conduta em si, o contexto, o impacto social e os valores envolvidos. Os tribunais desempenham um papel fundamental na definição dos critérios e na delimitação da aplicação do princípio, mediante a interpretação e aplicação das leis.

Dessa forma, no primeiro capítulo será abordado noções históricas sobre o surgimento do Princípio da Insignificância. Já no segundo capítulo será discorrido sobre a diferença dos crimes de bagatela e de menor potencial ofensivo. Por fim, no terceiro capítulo discorre-se sobre os requisitos para aplicação do princípio da insignificância segundo o STF.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, possui uma origem histórica que remonta ao Direito Romano. No entanto, no contexto do Direito Penal brasileiro, sua consolidação ocorreu mais recentemente.

De acordo com o professor Cleber Masson:

O princípio da insignificância surgiu no Direito Romano, porém limitado ao direito privado. Invocava-se o brocardo de *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não devem se ocupar de assuntos irrelevantes. Este princípio foi incorporado ao Direito Penal somente na década de 1970, pelos estudos de Claus Roxin. Também conhecido como criminalidade de bagatela, sustenta ser vedada a atuação penal do Estado quando a conduta não é capaz de lesar ou no mínimo de colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal. (MASSON, 2022, p. 25)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi responsável por consolidar a aplicação desse princípio no âmbito penal. Posteriormente, em diversos outros julgamentos, o STF aperfeiçoou os critérios para aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro.

Neste sentido, no julgamento do RHC 66.869/PR, foi o primeiro caso em que o princípio se viu reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme citação abaixo:

O primeiro caso em que o princípio se viu reconhecido pela Suprema Corte é o contido no RHC 66.869/PR, relatado pelo Ministro Aldir

Passarinho, em 6.12.1988. Concerne a um acidente de trânsito, que ocasionou lesão corporal consubstanciada em pequena equimose, constatada em laudo de exame. O tribunal de Alçada do Paraná, por maioria de votos, afastou a tese da defesa, de falta de justa causa para a ação penal, em razão da diminuta proporção da lesão, à asserção de que o fato narrado constitui crime em tese e de que a invocação do Princípio da Insignificância somente caberia como matéria de defesa, não sendo apropriada na via estreita do *habeas corpus*, reclamando realização de prova clara e insofismável. (REBÊLO, 2000, p. 47).

Vide ementa do julgado em comento:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS.

(STF - RHC: 66869 PR, Relator: ALDIR PASSARINHO, Data de Julgamento: 06/12/1988, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ XXXXX-04-1989 PP-06295 EMENT VOL-01539-02 PP-00187)

No entanto, é importante destacar que a aplicação do princípio da insignificância ainda pode gerar debates e controvérsias nos tribunais brasileiros, especialmente quando se discute o que deve ser considerado insignificante ou de mínima lesão ao bem jurídico.

3. DIFERENÇA ENTRE CRIMES DE BAGATELA E DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Os termos "crimes de bagatela" e "crimes de menor potencial ofensivo" são utilizados para se referir a conceitos distintos dentro do Direito Penal, embora possam ter alguma interseção em certos casos.

O Termo "Crimes de Bagatela" é associado ao princípio da insignificância, que busca excluir a tipicidade penal de condutas consideradas insignificantes ou de mínima relevância jurídica. O princípio da insignificância estabelece critérios para a aplicação do

princípio, como a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, a reduzida lesão ao bem jurídico tutelado e a inexpressividade da lesão causada.

Dessa forma, os crimes de bagatela são aqueles que de acordo com a análise desses critérios, não possuem relevância suficiente para justificar uma resposta penal, sendo considerados socialmente toleráveis ou de mínimo grau de lesão. São exemplos comuns de crimes de bagatela casos de furto ou furto simples de objetos de baixo valor, lesões corporais leves, entre outros. Neste caso, a aplicação do princípio da insignificância pode levar à exclusão da tipicidade penal, resultando na não configuração do crime. Nesse sentido, de acordo com o professor Guadanhin:

“O princípio da insignificância, então, pode ser conceituado como uma norma jurídica de direito fundamental, cuja incidência, determinada pelo ínfimo grau de exposição concreta a que foi submetida o bem jurídico constitucional tutelado pelo tipo penal, impedirá a subsunção do fato analisado à norma penal incriminadora e fará surgir, para quem dele for acusado, um direito subjetivo consistente em uma não sujeição ao *ius puniendi* do Estado.” (GUADANHIN, 2018, p. 53).

Ademais, o professor Cleber Masson, preceitua que:

O princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade. Sua presença acarreta na atipicidade do fato. Com efeito, a tipicidade penal é constituída pela união da tipicidade formal com a tipicidade material. Na sua incidência, opera-se tão somente a tipicidade formal (juízo de adequação entre o fato praticado na vida real e o modelo de crime descrito na norma penal). Falta a tipicidade material (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico). Em síntese, exclui-se a tipicidade pela ausência de sua vertente material. (MASSON, 2022, p. 26).

Já o conceito de Crimes de Menor Potencial Ofensivo está relacionado à Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) no Brasil. Os crimes de menor potencial ofensivo são aqueles que possuem menor gravidade e são punidos com penas mais brandas, de acordo com os critérios estabelecidos na referida lei.

Segundo a Lei dos Juizados Especiais Criminais, são considerados crimes de menor potencial ofensivo aqueles em que a pena máxima cominada não ultrapassa dois anos de detenção. Dessa forma, são abarcados nessa categoria diversos delitos de menor gravidade, como lesões corporais leves, ameaças, crimes contra o patrimônio de pequeno valor, entre outros. Vide artigo 61 da Lei nº 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Sendo assim, a principal diferença entre os conceitos é que é necessário observar a natureza da conduta, a intensidade do resultado, bem como a forma que o bem jurídico tutelado foi atingido.

É importante destacar que nem todos os crimes de bagatela se enquadram como crimes de menor potencial ofensivo e nem todos os crimes de menor potencial ofensivo são considerados crimes de bagatela, pois os critérios para a aplicação de cada conceito podem ser diferentes.

4. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ESTABELECIDOS PELO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo de diversos julgamentos, estabeleceu critérios para a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro. Esses critérios devem ser observados pelo magistrado ao analisar cada caso concreto. São eles:

(...) Depois de vários julgados, hoje pode-se dizer que o STF, em linhas gerais, acolhe os seguintes vetores: (a) ausência de periculosidade social da ação, (b) a mínima ofensividade da conduta do agente - isto é: mínima idoneidade ofensiva da conduta, (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de reprovabilidade da conduta (HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello). (GOMES, 2009, p. 16).

A ausência de periculosidade social da ação consiste no fato de que a conduta não deve representar um perigo significativo para a sociedade. Não pode haver risco relevante para a coletividade decorrente da ação praticada, de modo a justificar a intervenção do Direito Penal.

Já a mínima ofensividade da conduta no direito penal está relacionada ao nível de dano potencial que uma ação pode causar ao bem jurídico protegido. Esse grau de lesividade potencial pode ser influenciado por circunstâncias ou elementos que tornam a conduta mais grave ou qualificada, bem como pela própria natureza do bem jurídico em questão.

Ademais, a Inexpressividade da lesão causada refere-se à falta de relevância da lesão causada pela conduta. Dessa forma, a lesão produzida não pode ter impacto significativo, devendo ser considerada de baixa intensidade ou irrelevante.

Por fim, a falta de reprovabilidade da conduta está ligada à culpabilidade da ação. Isso significa que é a avaliação da condenação moral do indivíduo pelo que ele fez, levando em conta sua capacidade de tomar decisões por si mesmo e o comportamento que é esperado socialmente.

Esses critérios são utilizados como diretrizes para o julgamento e aplicação do princípio da insignificância. É importante ressaltar que o magistrado deve realizar uma análise casuística, considerando as circunstâncias específicas de cada caso, bem como os requisitos subjetivos, a fim de verificar se os requisitos para aplicação do princípio da insignificância estão presentes.

Vale destacar que a aplicação do princípio da insignificância não implica impunidade, mas sim uma adequação da resposta penal à gravidade do fato e aos princípios da proporcionalidade e da humanidade.

5. CONCLUSÃO

A aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro desempenha um papel relevante na busca por uma justiça mais proporcional e eficiente. Ao estabelecer critérios para excluir a tipicidade penal de condutas de mínimo potencial ofensivo, o princípio da insignificância visa direcionar os esforços do sistema penal para a repressão de crimes mais graves, evitando a criminalização de comportamentos socialmente toleráveis.

Através da análise da mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica o magistrado pode avaliar se o caso em questão justifica a aplicação do princípio da insignificância.

No entanto, é necessário que a aplicação desse princípio seja realizada de forma criteriosa e em conformidade com os valores e princípios do ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro contribui para uma abordagem mais justa e equilibrada, evitando a sobrecarga do sistema de justiça criminal com casos de menor potencial ofensivo e direcionando os recursos para a repressão de crimes mais graves. Assim, promove-se a efetividade da justiça, resguardando os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 05 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 66.869-1**. Recorrente: Vera Maria Nunes Deutscher. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Paraná, 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/722059>. Acesso em: 05 jul. 2023.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da Insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública**. Curitiba: Juruá, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 16º Ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CRIME ORGANIZADO E TRÁFICO DE ÓRGÃOS

CLEITON NASCIMENTO DA SILVA CORNÉLIO:

graduando em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis¹¹⁵.

Resumo: Esse artigo procura expor sobre o comércio clandestino de órgãos e os traficantes que fazem a comercialização destes órgãos e como a legislação brasileira atua nesses casos. O crime de tráfico de órgãos ocorre devido à longa fila de espera para ser transplantado, sendo a via mais fácil para adquirir um órgão e sendo muito mais atrativas. Este tipo de crime atinge diretamente a Constituição Federal em seus princípios básicos. O artigo é baseado em literaturas especializadas sobre o assunto, Constituição Federal, doutrinas, jurisprudências e documentários.

Palavras-chave: Tráfico; Órgãos; Transplante.

ABSTRACT: This article seeks to expose about the clandestine trade of organs and the traffickers who commercialize these organs and how Brazilian legislation acts in these cases. The crime of organ trafficking occurs due to the long waiting line to be transplanted, being the easiest way to acquire an organ and being much more attractive. This type of crime directly affects the Federal Constitution in its basic principles. The article is based on specialized literature on the subject, Federal Constitution, doctrines, jurisprudence and documentaries.

Keywords: Trafficking; Organs; Transplantation.

1- INTRODUÇÃO

O artigo tem o fundamento de elucidar que o tráfico de órgãos é a maior contravenção dos direitos humanos é um direito inalienável que é o direito da vida. A transplantação de órgãos e tecidos é um ato de amor de forma voluntária, ao contrário disso é caracterizado crime de tráfico de órgãos devendo ser de forma lucrativa. A dificuldade para ocorrer o transplante se tornou meio lucrativo no mercado clandestino, os traficantes obtiveram êxito nesse mercado chegando a lucrar 30 milhões de dólares em uma conjuntura de órgãos.

O Brasil ressalta no cenário de tráfico de órgãos, ocupando o terceiro lugar no ranking de crime mais rentável para as facções, onde vidas são destruídas devido roubo de órgãos que por sua maioria possui participação médica se tornando quadrilhas especializadas.

115 E-mail: cleitoncsilva.pro@gmail.com

O mercado ilegal de tráfico de órgãos viola os direitos fundamentais da vítima, sendo preeminente e claro na Constituição Federal que considera crime o tráfico de órgãos, sendo tipificada na Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997.

A evolução da medicina trouxe alívio para as pessoas que tinham suas sentenças de morte declarada a alta taxa de receptores dificulta a demanda de órgãos disponíveis, assim a forma ilegal se torna atraente.

Pessoas tem suas vidas acabas por vender apenas uma parte do seu corpo, os traficantes oferecem uma quantidade de dinheiro atrativa para chamar a atenção desses contribuintes ilegais. A questão é como o sistema corrupto de doação de órgãos são fiscalizados e se uma atualização na lei ajudaria a diminuir ou acabar com esse tipo de crime, garantindo o direito fundamental da vítima.

O alto desequilíbrio entre o Sistema Único de Saúde e a legislação é uma das maiores causas deste problema, que é a fila de espera.

2- METODOLOGIA

O artigo foi baseado na Lei 9,434 de 04 de fevereiro de 1997, leis, monografias, orientação do professor, documentários e artigos. O tema visa mostra os conceitos e base teórica da perquirição, o artigo buscou de forma clara mostrar os problemas enfrentados entre a lista de espera e a forma atrativas de bular o sistema através dos traficantes.

3- DESENVOLVIMENTO

Para a realização desta pesquisa, a ajuda do professor doutor LALLO foi fundamental para efetuação deste artigo e buscando matérias também no Google acadêmico.

3.1 Transplantes de órgãos

O corpo humano é alvo de estudo deste a antiguidade, o médico Florentino Antônio Benvieni diz que analisando seus pacientes pode chegar a conclusão que o corpo humano é uma verdadeira máquina e complexa. O transplante ou transplantação é um método que os médicos acharam para prolongar a vida humana de seu receptor.

O primeiro transplante ocorreu no século XV, porém mal sucedido, pela falta de informações e tecnologia na época. No século seguinte era nítido que a vida era o bem mais sagrado.

Na madrugada de 26 de maio de 1968, o professor da USP realizou o primeiro transplante em um paciente de 23 anos com miocárdio e insuficiência cardíaca, que morreu 28 dias depois por rejeição do órgão.

O Sistema Único de Saúde realiza cerca de 95% dos transplantes e custeia os medicamentos e o que for necessário para recuperação do paciente. Brasil é o segundo colocado no ranking que mais realiza transplantes no mundo e o primeiro regulamentado por uma lei, sendo mais específico a Lei 9.434/97:

Lei nº 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §

§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Sendo vedado qualquer tipo de comercialização prevista no Código Civil vigente que dispõe que é contra o direito da dignidade humana:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

O avanço tecnológico trouxe eficácia para os transplantes, a evolução da biomedicina, medicina e outros meios trouxeram técnicas novas com êxito, sendo elas modernas e seguras. Porém, a lista de transplantados era uma inovação que era para melhorar o rendimento, mas a demanda de receptor é maior do que a de doador causando um caos, os receptores buscaram meios mais rápidos para ser transplantados, muitos deles de forma ilegal.

3.2 Legislação Brasileira x Tráfico de órgãos

O dispositivo Constitucional Brasileiro vedando a comercialização por meio de a venda e o intermédio ou alegações a operação paralisa no domínio extrapenal, uma vez que não tornou criminosa a conduta. A comercialização ilegal e penalmente tutelada sendo resguardado pelo Estado sendo tipificado em lei n.º 9,343 de 04 de fevereiro de 1997 do quais são tipificados abaixo:

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Tráfico de órgãos não existe uma tipificação própria, artigo citado acima, esse crime está ligado a lei da procura e oferta que muitas das vezes atinge pessoas humildes com propostas milagrosas, dentro e fora do país. Rede deste crime é universal e especializada e os meios utilizados para isso são meios cruéis e desumanos. O tratado de Istambul deixa

claro sobre o comércio ilegal de órgãos entre pessoas, são os crimes realizados por traficantes de órgãos e pessoas:

- (a) remoção de órgãos de doadores vivos ou falecidos sem consentimento válido ou autorização ou em troca de um benefício econômico ou vantagem comparável para o doador e/ou um terceiro;
- (b) transporte, manuseio, transplante ou qualquer outro uso dos ditos órgãos;
- (c) a oferta de uma vantagem indevida ou o seu pedido por um profissional de saúde, funcionário público ou funcionário do setor privado para facilitar ou executar a extração ou uso;
- (d) a proposta ou o recrutamento de doadores ou receptores, quando for realizado para obter um benefício ou vantagem econômica comparável; ou (e) a tentativa de cometer, ou a ajuda ou incentivo para cometer qualquer desses atos (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2008).

A legislação brasileira trata de forma direta ou indireta, na forma indireta não ajuda a vítima pelo fato de vender seu órgão e sim a punir, mas muitas dessas vítimas só aceitam a proposta de médicos ou de traficantes por necessidade, já em outros casos, em vítimas com morte cerebral, os traficantes oferecem seu velório ou algo de maior valor para que haja o desligamento de aparelhos sempre com um auxílio de médicos. E na sua forma direta, punindo quem não é realmente traficante mais sim uma pessoa desesperada.

A violação dos direitos da personalidade fere o princípio da dignidade humana estabelecido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III que resguarda direito e garantias e seus deveres fundamentais.

O Código Civil sanciona apenas casos com fins altruísticos, ou seja, caso de transplante de órgãos em sua forma de doação em seu art. 14º "é válida, com objeto científico, ou altruísta, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte" (BRASIL, 2002).

Direito da personalidade e integridade física são direitos subjetivos, sendo assim o doador não pode fazer o que bem entender com seu corpo sem atingir estes princípios, não podendo renunciar ou prescindir mão da sua integridade física.

4.0 DIREITOS HUMANOS E O CRIME ORGANIZADO

A ideia de direitos humanos é cada vez mais intenso, sendo divulgado diariamente, entretanto ainda são violados. Direito humano é a universalidade, pois basta condição de pessoa para ser titular de um direito, sabemos que cada ser humano tem sua singularidade podendo ser ela biológica, cultural, social e outras tantas que existem na humanidade.

De acordo com Mauro Sposito existem várias formas de caracterizar uma organização criminosa de tráfico de órgãos podendo acontecer no próprio país ou fora sendo a quadrilha especializada, que sempre tem formas atraentes de chamar a atenção destes doadores, podendo ser de forma remunerada, de viagens e de outros tipos.

No mundo atual para comercialização desde órgãos existem os agenciadores, são traficantes, que anunciam da forma mais tecnológica, pela internet, apenas com um clique encontra este tipo de mercadoria.

Muitos destes clientes que buscam doadores não sabem os riscos, são meros desinformados, essas pessoas vulneráveis, sob a promessa e o deslumbre acabam em incidentes graves, como a própria morte.

Este tipo de crime ocorre no mundo todo, apenas uma unificação de todos os países poderia conter a agilidade e a facilidade dos agenciadores, um verdadeiro paraíso penal.

5.0- TRÁFICO DE ÓRGÃOS E O CRIME ORGANIZADO

Tráfico de órgãos é um crime organizado, suas atividades são meios lucrativos de forma ilegal, um problema que a sociedade tenta combater a anos e a tipificação para o crime organizado chegou através da Lei n.º 12.850/13.

O Estado deveria ativar seu legislativo para dispor segurança pública para receptores e doadores, instituindo subsídios para combater essas organizações e leis rígidas para punir quem realmente leva vantagem nesse tipo de crime que e a coleta e venda do órgão.

Os doadores voluntários ou involuntários são raramente vistos antes de uma tragédia, assim o Estado criou a Lei n.º 9434/97 que dos seus artigos 14 e 20 publicaram vários tipos penais referentes a condutas ilegais como venda, remoção, compra, transportação ou distribuição de órgãos humanos.

A definição de tráfico de órgãos e organização criminosa nada mais é que compra e venda de órgãos com fins lucrativos de seus doadores e realizados transplantes de forma ilegal.

CONCLUSÃO

Entende-se que pela Constituição Federal de 1988 o direito a vida é um bem inviolável sendo o bem maior, entretanto o tráfico de órgãos transgredi esse direito fundamental.

Sabemos que o maior incentivo para que as organizações criminosas agem com fim lucrativo, o desespero de pacientes que necessitam do órgão urgente que lutam contra a morte, sendo que os criminosos usam o tempo de demora de atendimento da lista para descumprirem o sistema.

O interesse lucrativo acaba taxando a vida como um simples objeto. O tráfico de órgãos é dificilmente combatido, tendo como seu maior embate a movimentação de milhões de dólares no mercado clandestino.

Para solução deve haver interesse mundial, contando com apoio de políticos e polícias para haver um mecanismo de defesa uniforme para punir este crime e criar uma rede de apoio para vítimas vulneráveis desses traficantes.

Doação de órgãos é um ato de amor, compaixão e solidariedade ao próximo e não objeto lucrativo. Campanhas devem ser criadas para alertar o perigo de ser um doador de forma ilegal, sendo um perigo que pode custar uma vida.

Referências

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Resolução da Assembleia Mundial da Saúde 57, 18, sobre órgãos e transplantes de tecidos, 2004. Disponível em: . Acesso em: 15 Mai. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Protocolo de Palermo. Decreto Presidencial n. 5.017, de 12 de março de 2004. Disponível em: . Acesso em: 15 Mai. 2022

COIMBRA, C. Açougue Humano: de onde vêm e para onde vão os órgãos transplantados no tráfico humano. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 Mai. 2022.

DINIZ, M. O estado atual do Biodireito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. FOLHA DE SÃO PAULO. Tráfico de órgãos abastece Europa e África. 04 de dezembro de 2003. Disponível em: . Acesso em: 26 Out. 2022. FRUTOS

E. El tráfico ilegal de órganos: Uma forma de esclavitud. The Political Room, jul. 2019. Disponível em: . Acesso em: 26 Out. 2022.

ANDRADE, D. O Tráfico de Pessoas para Remoção de Órgãos: Do Protocolo de Palermo à declaração de Istambul. 2011. Disponível em: Acesso em: 15 Mai. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. Registro brasileiro de transplantes. Disponível em: . Acesso em: 22 Mai. 2022

<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n1/20480>. Acesso em 01 mar. 2019.

ALVES, Marcelo. Quanto custa um rim? Veja a tabela de preços de órgãos humanos. 2015, disponível em: <http://www.marceloalves.com/72dpi/2015/05/quantocusta-um-rim-veja-a-tabela-de-precos-de-orgaos-humanos/>, acesso em 05 de fevereiro de 2021.

ALCÂNTARA, Esseir Coelho de. 2015, Comercializar órgãos do corpo humano é crime, disponível em: <http://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/comercializar-orgaosdo-corpo-humano-e-crime.html>, acesso em 17 de fevereiro de 2021.

BERLINGUER, G.; GARRAFA, V. O mercado humano - Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: UnB, 1996.

ROMANO, Rogério Tadeu. A gravidade do tráfico de órgãos. 2016, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52702/a-gravidade-do-traffic-de-orgaos>, acesso em: 13 de março de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre

O NARCISISTA NO AMBIENTE FAMILIAR: VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA DA FIGURA MATERNA COM SEU DESCENDENTE.

CAROLINE CEZIRA CANELA:
Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹⁶.

ALEX LOPES APPOLONI
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de mostrar que nem todo ambiente familiar há amor, carinho, respeito, entre mãe e seus filhos (as). Para quem não conhece como é um narcisista ou nunca teve contato com um, mesmo sendo sua mãe, pai, irmão, namorado etc. este trabalho irá apresentar tópicos definitivos, referente as características de um narcisista; Indivíduos narcisistas apresentam hipersensibilidade a crítica e insultos (reais ou imaginados) e não conseguem lidar bem com derrotas, frustrações e rejeições — logo não têm maturidade emocional. Dessa forma, quando contrariados, podem reagir com raiva, irritação e nervosismo. Com o avanço da tecnologia percebemos que a violência familiar entre mãe e filho está mais presente, desde a insultos feitos pela mãe referente a imagem, roupa, comportamento do filho, um ambiente tóxico, onde a criança ou o adolescente sofre agressões físicas, que geram sequelas para o resto de suas vidas sem o amparo do Estado para essas situações. Devemos dar importância a todas essas vítimas, com o tratamento adequado e muitas vezes até a separação da criança/adolescente de sua agressora.

Palavras-chave: Mãe, Narcisista. Ambiente Familiar. Violência. Amparo. Tratamento.

ABSTRACT: This work aims to show that not every family environment there is love, affection, respect, between mother and her children. For those who don't know what a narcissist looks like or have never had contact with one, even if it's your mother, father, brother, boyfriend, etc. this work will present definitive topics, referring to the characteristics of a narcissist; Narcissistic individuals are hypersensitive to criticism and insults (real or imagined) and cannot deal well with defeats, frustrations and rejections - so they lack emotional maturity. That way, when contradicted, they can react with anger, irritation and nervousness. With the advancement of technology, we realize that family violence between mother and child is more present, from insults made by the mother regarding the image, clothes, behavior of the child, a toxic environment, where the child or adolescent suffers physical aggression, which generates consequences for the rest of their lives without State support for these situations. We must give importance to all these

116 E-mail: Caroline.Cezira@outlook.com

victims, with adequate treatment and often even the separation of the child/adolescent from their aggressor.

Keywords: Mother, Narcissist. Family Environment. Violence. Support. Treatment.

1.INTRODUÇÃO

Um dos conceitos pouco explorado, e pouco entendido entre nós, é o de narcisismo, que tem sua origem no mito de narciso, que acompanha a civilização ocidental desde a Grécia antiga. A expressão narcisismo se popularizou e foi recebendo várias conotações. Ainda hoje é um conceito psicanalítico em evolução. Em síntese, ele traduz a ideia do amor do indivíduo por si mesmo. Quando em excesso, pode se tornar um distúrbio narcísico. Este Projeto tem por finalidade introduzir um pouco mais a respeito desse distúrbio e mostrar as consequências que ele pode gerar, além de criar uma rede de proteção com amparo psicológico, social e criminal às vítimas.

Muitas famílias lidam com distúrbios e transtornos apresentados por algum de seus membros. Compreender o assunto é importante para identificar as características do perfil e, assim, buscar formas de ajudar quem lida com o problema. No campo familiar, tanto os pais quanto os filhos podem apresentar esse quadro. A mãe narcisista é, portanto, a mulher que apresenta narcisismo materno patológico. O perfil se caracteriza por ter opinião elevada sobre si, exigir admiração constante e crer que outras pessoas são inferiores. Por isso, gera comportamentos abusivos que prejudicam a saúde mental dos jovens que convivem com ela.

De acordo com o Psicólogo Edmilson Lúcio da Silva há uma diferença entre o Psicopata e o Narcisista; "o narcisista tem muitas fraquezas que o psicopata pode explorar, o que significa que, em uma batalha de egos e poder, o psicopata geralmente vencerá. Em termos de mentalidade predatória e crueldade, os dois são ruins, mas o psicopata tem aquele pequeno extra sobre o narcisista. O psicopata não tem essa mesma necessidade de adoração. Nos primeiros 15-30 minutos após conhecer alguém, um psicopata terá examinado essa pessoa em busca de fraquezas, vaidades, aspirações, inseguranças e assim por diante. Com o narcisista, isso não será muito difícil de encontrar. "

Os profissionais da área jurídica, advogados, magistrados e promotores de Justiça precisam conhecer e promover reflexões sobre esta patologia, uma vez que ela é uma das responsáveis por abusos emocionais contra crianças e adolescentes, principalmente nos casos de auto alienação parental e alienação parental. A reconstrução emocional de uma pessoa que teve uma mãe, um pai ou até mesmo os dois genitores narcisistas perversos, pode levar muito anos. É preciso que toda a sociedade tenha conhecimento dessa patologia para que as crianças de hoje não se tornem adultos doentes.

As vítimas do narcisismo, em sua maioria, apresentam transtornos, doenças e pensamentos suicidas necessitando serem acompanhadas por médicos especializados e assistentes sociais, terem direito ao sigilo pela denúncia e serem afastadas desse lar. É preciso que esses pais respondam criminalmente pelo abandono, tortura e difamação independentemente da idade de ambos, mediante as provas apresentadas.

O ECA, é um meio de reestruturar em casos de convívio familiar e dar proteção necessária a criança e ao adolescente, para que possam ter uma realização futuramente melhor. Sendo amparados, são capazes de lidarem com as dificuldades que prejudicam o seu pleno desenvolvimento, através da reintegração, tutela ou adoção familiar para as vítimas de maus tratos ou crianças abandonadas.

É importante destacar que pessoas com Transtorno de Personalidade Narcisista nem sempre têm consciência desse estado. Muitas delas nasceram e cresceram em lares abusivos, portanto, acreditam que vários dos comportamentos negativos são normais ou aceitáveis. Quando formam suas próprias famílias, as mulheres narcisistas continuam reproduzindo as práticas experimentadas na infância ou adolescência. Dessa forma, acabam ferindo seus próprios filhos e agindo como se tudo estivesse perfeitamente equilibrado na relação.

Como cada indivíduo apresenta variações nos sinais, nem sempre é fácil identificar uma mãe narcisista. A investigação sobre um possível quadro costuma ser feita por profissionais que estudam e trabalham na área da saúde mental. Geralmente, os familiares confirmam a suspeita com psicólogos. Por fim, vale ressaltar a importância de estudos nessa temática para compreender, com profundidade, alguns aspectos do sofrimento psíquico presente no mundo contemporâneo.

Desta forma, este estudo apresenta como problema de pesquisa: como identificar uma mãe narcisista no ambiente familiar, dando amparo aos filhos/vítimas tanto psicológico quanto no direito brasileiro?

2. DESENVOLVIMENTO

O narcisismo é um transtorno de personalidade que afeta demais as relações de uma pessoa. Por isso, uma mãe narcisista prejudica seus filhos por conta de seus comportamentos que podem ser abusivos e, por vezes, humilhantes. Para identificar alguns sinais que essa mãe com transtorno apresenta é: Comportamento abusivo, problemas de identidade, autoestima frágil, sem empatia, muitas vezes perfeccionista, vive de aparências, não admite culpa e responsabilidades, não pede desculpa e nem cumpre o que promete, entre outros comportamentos. O abuso verbal é muito comum entre mãe narcisistas e filhas, as frases podem ser de projeção, de ofensa a existência da filha, de desprezo ou diminuição, de negação ou de justificação de abusos, além de poderem ter caráter de

ameaça. Algumas frases comuns são: “Como você é egoísta, você só pensa em você! ”; “Você não valoriza nada que eu faço para você”; “É culpa sua que sou infeliz e que seu pai me traiu”; “Você só causa desgosto. Onde foi que falhei como mãe? ”.

Filhas de mães narcisistas não conseguem vê-las como uma base confiável e segura. Sentem que dependem de sua aprovação a todo momento, pois a mãe é capaz de sufocar com abusos e chantagens emocionais. Por isso, devido às situações de desvalorização, auto anulação e chantagens, os sentimentos e comportamentos autodestrutivos podem vir à tona, como uso de drogas ilícitas, de bebidas alcoólicas, e em casos graves, o suicídio. Para a mãe narcisista, não há vantagem em ouvir e compreender, então verá a filha como mero sujeito criado para satisfazer seus desejos. Isto leva a filha a ter um péssimo relacionamento com a mãe, pois não recebe carinho e atenção, o que é primordial para o desenvolvimento emocional saudável.

O primeiro passo para a superação é conhecer o que é este transtorno, como foi citado no texto. A partir daí mecanismos podem ser utilizados para que a filha consiga se libertar dos padrões estabelecidos pela mãe. Portanto, a estratégia mais eficaz é a terapia, pois no processo terapêutico, além de entrar em contato com suas questões emocionais, como sentimentos e emoções, irá lidar junto com um profissional sobre quais ferramentas utilizar e como lidar com as consequências geradas pelo convívio com a mãe narcisista.

Caso o convívio passe a ser mais agressivo, muitos filhos fogem de casa por causa do ambiente familiar ser considerado tóxico, além de não terem o apoio familiar, pois muitas vezes a mãe narcisista é uma mocinha e não o vilão nos olhos dos outros. Quando a criança ou a adolescente fogem de casa, em um primeiro momento, o Conselho Tutelar é acionado e deve verificar o que aconteceu. Até aí duas possibilidades: um desentendimento entre pais e filhos ou um caso grave, onde a vida da vítima que fugiu pode estar em risco. Na primeira hipótese, o jovem, geralmente, tem um pensamento e a família tem outro. É o que constata ao Oito Meia a conselheira Socorros Arraes. Há realidades familiares onde os pais exigem muitos deveres dos filhos, porém não compreendem que eles também têm direitos.

“Os pais devem entender que da mesma forma que eles têm direitos, o adolescente também tem. E tem o direito de ir ao cinema, de vestir uma determinada roupa que convêm para idade. Esses atritos geram conflitos familiares. São valores que, de repente, provocam esse conflito. A religião, o modo de vestir, a superproteção do país, que não querem que o filho tenha um convívio social. Isso vem gerando conflitos e provocando essa fuga dos adolescentes, por desentendimento”, apontou.

Para o adolescente, aquele conflito familiar nunca terá uma solução e ele não será ajudado por ninguém. Para ele, a forma de resolver aquela dor é fugir da família. Os

relacionamentos abusivos costumam se acentuar na intimidade. Não é preciso provar ou justificar porque não quer mais ficar próximo do outro. Basta a mera vontade e ele deve respeitar. Ninguém será coagido a ficar convivendo forçosamente. Não será julgado quem tem razão e não há necessidade de alardear o ocorrido. Caso queira colocar um fim, o Direito de Família tem as ferramentas para proteger a pessoa da violência e do desamparo. Denuncie: acione o 180 A Central de Atendimento à Mulher funciona 24 horas por dia, recebendo ligações de qualquer lugar do país, para fornecer informações e encaminhar denúncias. A ligação é gratuita de telefone fixo ou celular.

3. REVISÃO DE LITERATURA

Apresentamos algumas contribuições da Teoria do Apego para o entendimento de alguns aspectos do Narcisismo Patológico. Para isso, o trabalho foi dividido em três tópicos abordando as seguintes temáticas: Conceitualização do narcisismo e suas implicações na clínica atual; aspectos fundamentais da Teoria do Apego e narcisismo e relações de poder.

Conceitualização do Narcisismo e implicações na clínica atual Segundo Garcia-Roza (2008), no ano de 1899 o termo autoerotismo era assunto das cartas trocadas entre Freud e Fliess. O termo indicava uma posição original da sexualidade infantil que precedia ao narcisismo, em que a pulsão sexual era satisfeita parcialmente no próprio corpo, sem a necessidade de investir em um objeto externo.

O termo narcisismo foi utilizado pela primeira vez em 1899, pelo Psiquiatra Paul Näcke, para denominar a atitude de um sujeito tratar seu próprio corpo do mesmo modo, que o corpo de um objeto sexual é frequentemente é tratado, ou seja, através das atitudes de acariciar-se e afagar ele obtém satisfação. Já na obra de Freud, o termo narcisismo apresenta-se a primeira vez em 1905, no texto "Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade", o qual ele declara que o narcisismo é uma fase necessária e intermediária entre o autoerotismo e o amor objetal. Nessa obra, relata sobre a escolha de objeto feita pelos homoafetivos, os quais tomam a si mesmos como objetos sexuais, ao buscar pessoas parecidas consigo mesmas para amar, da mesma maneira que a mãe os amou na infância. Em um primeiro momento, devido às limitações do conceito, o narcisismo era considerado como perversão, pois o perverso também trata seu corpo como objeto de amor. Após as descobertas iniciais, foi possível perceber que aspectos individuais da atitude narcísica eram vistos também em muitas pessoas com diferentes transtornos. Diante disso, essa libido narcísica, poderia vir a estar presente no decorrer do desenvolvimento sexual humano (Freud, 1914/1969).

O narcisismo secundário possui dois momentos: o primeiro é o investimento nos objetos e, depois, esse investimento retorna para o seu ego. Quando o bebê já é capaz de diferenciar seu corpo do mundo externo, ele identifica suas necessidades e quem ou o que as satisfaz, então, o sujeito concentra em um objeto suas pulsões sexuais parciais. Sendo

assim, o narcisismo secundário assegura as necessidades narcísicas. Além disso, irá se delinear o caminho desde o estado de prazer purificado para o reconhecimento da incompletude e também da existência de outrem. Concomitantemente, pode-se considerar a instalação do psiquismo, do sujeito e da cultura representada pelo objeto (Vasconcellos, 2014). Os traços do narcisismo primário, bem como do narcisismo secundário, irão constituir a personalidade e acompanhar o sujeito por toda sua vida (Garcia-Roza, 2008).

Aspectos fundamentais da Teoria do Apego, os estudos realizados de John Bowlby, construindo uma Teoria do Apego, partem da teoria psicanalítica de Freud, mais especificamente sobre as relações objetais, priorizando a ideia de que a separação da criança de sua mãe pode vir a ser traumática. Bowlby (1989;1990) enfatiza que o ser humano nasce propenso a estabelecer laços emocionais estreitos, sendo este um componente básico da natureza humana. Durante as primeiras fases de desenvolvimento, é de extrema importância que os laços parentais sejam de qualidade, estabelecendo e promovendo proteção à saúde mental futura de um indivíduo. É essencial que haja uma ligação íntima e afetuosa com a mãe ou alguém que cumpra este papel de forma eficaz, para que ambos possam sentir satisfação.

Caso a criança não consiga obter este tipo de relação com alguém que exerça a função materna, o lugar da mãe, ocorre o que se chama de privação materna, provinda a partir de uma falta de cuidados amorosos de que tanto se necessita nos anos iniciais. Em casos assim, o desenvolvimento físico, psíquico e social é quase sempre prejudicado, podendo suceder sintomas, variando de acordo com o grau de privação pelo qual a criança foi exposta. O bebê pode deixar de sorrir, ter atrasos na fala, perder o sono, não responder a estímulos durante o brincar, entre outros (Bowlby, 1989). Faz-se necessário assinalar que a figura paterna também tem um papel importante, ainda que secundário na relação com o bebê. Entretanto, este se torna mais significativo na medida em que a criança vai crescendo, já não sendo tão dependente de cuidados, sendo 13 que o genitor atua no apoio emocional da família, o que agrega em um clima harmonioso no ambiente que o bebê se desenvolve (Bowlby, 1989).

No apego ansioso com evitação, a criança não demonstra ter confiança e acredita que será rejeitada, não terá ajuda ou cuidado dos pais. O sujeito busca por ser independente 15 emocionalmente e autossuficiente, o que no futuro, pode vir a ser diagnosticado como narcisista. Em referência ao que foi exposto acima, podem ocorrer perturbações do comportamento de apego, provenientes de cuidados maternos precários, constante rejeição por parte da mãe ou cuidados essenciais dispensados por sucessão de diferentes pessoas. Também é possível que aconteçam conflitos provindos de excesso de cuidados, embora sejam menos comuns, como superproteção ou grande oferta de alimento, sem que haja necessidade biológica (Bowlby, 1989; 1990).

Narcisismo patológico e as Relações de Poder Vries e Miller (1990), ao estudarem líderes, perceberam que as exigências e as críticas de suas orientações, estão relacionadas ao seu desenvolvimento narcisista. Freud já afirmava que os líderes não sentem a necessidade de amor de ninguém, isso deve-se a sua natureza dominadora, narcisista independente e autoconfiante (Freud 1920/1969).

Freud (1921/1975) afirma que as exigências de igualdade em um grupo aplicam-se somente aos membros, porém todos querem ser dirigidos por um líder, uma pessoa afastada, superior a todos eles. Isto é, o homem é um animal de horda, uma criatura individual numa horda conduzida por um chefe.

De acordo com Schirato (2006), da mesma forma que o poder é desconfortável, ele é fonte de prazer. Sabe-se, por inúmeros depoimentos históricos, que o poder é inerente à profunda solidão do poder, isto é, exatamente aquilo que distingue o indivíduo dos demais no quase absoluto da ação, numa quase onipotência. Além disso, é alto o preço que se paga por ser o único a gozar desses privilégios. Não seria arriscado dizer que o poder é cauterizado, ou seja, toda a libido do indivíduo é deslocada para o poder. E é pela libido, orientada para o outro, que o indivíduo sai do seu narcisismo e realiza uma relação de amor em sua vida, instituindo, assim, a genuinidade da pulsão de vida.

4.A DIFERENÇA DO NARCISISTA PARA O PISICOPATA

Os narcisistas estão alinhados com a sociedade do “eu”, que é calcada na ambição, conquista, autoconfiança, autopromoção e autoestima. Para a pessoa ser considerada com o transtorno narcisista deve conter cinco ou mais das características descritas no DSM-5, (sigla em inglês para Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) se manifestam de forma consistente a partir da idade adulta. Não há um consenso sobre a causa do transtorno, mas o ambiente e forma de criação podem favorecer seu surgimento.

Algumas das características é a **falta de empatia** (crê que se preocupam muito com seu bem-estar, mas não reconhece os sentimentos dos outros); **grandiosidade** (superestima suas habilidades e feitos/ pretencioso = tenta diminuir o outro); **se julga especial** (quer esse reconhecimento e acha que só aqueles também especiais podem compreendê-lo); **exige privilégios** (quer tratamento exclusivo e reage mal se não acontece); **tomado por inveja** (acha que o invejam, também sente inveja, por acreditar que é mais merecedor de muitas conquistas alheias); **sem limites** (imagina possibilidades ilimitadas de poder, sucesso, brilhantismo, beleza e amor ideal); **busca aplausos** (com autoestima frágil, quer atenção e faz charme para ganhar elogios); explora os outros (espera grande dedicação, sem reciprocidade); relaciona-se para ter benefícios ou alimentar autoestima); **esbanja arrogância** (é o tipo que chama de “estúpido” quem o serve/ desvaloriza os outros, especialmente se forem elogiados).

No texto “Uma Violência Silenciosa: Considerações Sobre a Perversão Narcísica”, o filósofo e psicanalista André Martins explica que, este trabalho tem como objetivo analisar a perversão narcísica, um fenômeno psicológico que fortalece o ego do agressor ao desvalorizar o outro. Através das considerações do filósofo e psicanalista André Martins, examinamos a natureza sutil, não assumida e negada dessa forma de violência perpetrada pelo narcisista. Observa-se que a perversão narcísica encontra um terreno fértil na cultura contemporânea, sendo mais prevalente do que se imagina, mesmo que sua manifestação não seja explícita, mas sim permeando o cotidiano, as relações interpessoais e os atos do dia a dia de forma despercebida.

Ao longo do tempo, os valores inerentes a esse comportamento perverso geram consequências destrutivas, tais como a busca por aparências falsas, como riqueza baseada em dívidas, a busca por uma beleza artificial através de procedimentos estéticos, a adoção de práticas de atletismo artificial por meio do uso de anabolizantes, a busca por fama ilusória em programas de reality shows e nas redes sociais, a falsa sensação de ser especial promovida por uma educação focada excessivamente na autoestima, e a formação de amizades superficiais e virtuais.

Embora essa fantasia momentaneamente proporcione uma sensação de bem-estar, é importante ressaltar que, infelizmente, a realidade sempre prevalece. Exemplos como a crise financeira e os empréstimos hipotecários de 2008 demonstram como esses desejos pretensivos colidem inevitavelmente com a realidade.

A sutileza e a manipulação caracterizam o narcisista, tornando difícil para a vítima identificar o problema, geralmente apenas quando a situação atinge seu limite. O narcisista, carente de empatia e imerso em uma cultura que valoriza o egocentrismo, raramente reconhece a crueldade de seus atos, resultando em relatos de abuso provenientes apenas da outra parte envolvida.

O tratamento da perversão narcísica é considerado desafiador, se não impossível, devido à falta de consciência do narcisista em relação ao seu próprio problema. É incomum que eles busquem ajuda psicológica, e quando o fazem, geralmente é com o intuito de manipular a vítima e fingir estar disposto a mudar. Além disso, eles tendem a abandonar rapidamente o tratamento, tentando convencer a vítima de que são os injustiçados. Assim, a responsabilidade de pôr fim aos abusos recai sobre as vítimas, tornando a situação ainda mais cruel. Estas, já fragilizadas, devem identificar os mecanismos de controle utilizados pelo narcisista e encontrar estratégias para se libertar desse problema. Essa transformação certamente representa um desafio, porém menos árduo do que permanecer constantemente submetido ao controle de um dominador.

Video explicativo de uma relação com narcisista: UOL TAB. Narcisismo em foco [vídeo]. São Paulo: UOL, 2022. Disponível em: <https://tv.uol/15Dwz>. Acesso em: 18 maio 2023.

A psicopatia, a sociopatia e a personalidade narcisista são transtornos distintos, mas compartilham características antissociais. Esses distúrbios apresentam traços de manipulação e falta de culpa, motivando ações em benefício próprio. Identificar essas características pode ser difícil, já que os indivíduos afetados costumam ser simpáticos e carismáticos, utilizando estratégias manipuladoras para ganhar a confiança dos outros.

A comunidade científica possui teorias sobre a origem desses transtornos. No caso dos psicopatas, fatores biológicos, psicológicos e genéticos são apontados como causas. Alguns especialistas acreditam que esses fatores podem ser hereditários ou resultar de alterações no lobo pré-frontal, região do cérebro responsável pelas emoções e comportamentos sociais.

A psicopatia, considerada um traço de personalidade, não possui cura e não é tratada como uma doença. No entanto, pode ser classificada em diferentes níveis de gravidade. Muitos indivíduos com esse transtorno não buscam ajuda ou tratamento, pois acreditam que o problema está nos outros, não neles mesmos.

Em termos de comportamento, os sociopatas são menos dissimulados, causam conflitos e são emocionalmente instáveis. Eles muitas vezes estão envolvidos em atividades criminosas, sendo impulsivos e tendo pouca paciência para planejamento. Por outro lado, os psicopatas são mais detalhistas, agem de forma dissimulada e conseguem esconder sua verdadeira natureza. São mais frios e calculistas.

Essas são as principais características e diferenças entre psicopatia, sociopatia e personalidade narcisista, de acordo com o estudioso Fabiano de Abreu.

5. A VIOLENCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA SOFRIDA PELO (A) FILHO (A) REALIZADA PELA FIGURA MATERNA.

O narcisismo materno é caracterizado por um relacionamento abusivo que, geralmente, envolve a destruição da autoestima dos filhos. A figura materna tende a ser vista de maneira idealizada e até mesmo sagrada pela sociedade. Por ser extremamente importante para o desenvolvimento dos filhos, muitos se esquecem que as mães são, antes de tudo, humanas, mulheres que podem cometer erros e apresentar transtornos que afetam o desempenho no papel de mãe.

No caso das mães narcisistas é comum que o filho seja visto por ela como uma extensão de seu próprio ser, no qual a mãe deposita todos os seus sonhos, vontades e frustrações. Pode ocorrer um comportamento abusivo por parte da mãe, com atitudes com

o objetivo de se autovangloriar, o filho é visto como aquele que deve suprir as necessidades da mãe e, para que ele não se liberte deste papel, a mãe se torna bastante controladora.

A filha de mãe narcisista sofre sozinha. Para quem cresce sob a sombra de uma mãe narcisista, é difícil desenvolver uma autoestima sadia. Filhas de mães narcisistas não conseguem reconhecer seus próprios méritos e também têm dificuldades de se visualizarem como indivíduos adultos e competentes. Crescer sem o respeito, o amor e o afeto da própria mãe deixa marcas profundas na filha de mãe narcisista.

Como satisfazer a mãe narcisista não é uma tarefa fácil, a filha está sempre correndo atrás do prejuízo e tentando compensar pela sua suposta incompetência. Quando a filha não está investindo loucamente em uma imagem de perfeição, ela se autosabota, rejeitando a si mesma em uma tentativa incoerente de reivindicar a sua autonomia perdida. Anos de abuso emocional e psicológico corrompem o senso de identidade e autoimagem da filha de mãe narcisista.

Existe também a questão da competição com os filhos, sobretudo na adolescência. Elas querem mostrar que são melhores e que sabem mais. Os sentimentos dos jovens, neste caso, são sempre invalidados. O transtorno narcisista na maternidade tem danos gigantescos, até mesmo para a sociedade, porque gera um dano nos filhos e, conseqüentemente, nos netos. Filhos atingidos por uma mãe narcisista não transferir algumas dessas coisas para os seus futuros filhos também.

Os traços de narcisismo na maternidade trazem prejuízos também para a própria mãe, que, em vez de celebrar, vai sofrer mais a cada passo do filho; que vai ter ainda mais dificuldades nessa missão exaustiva e que exige tanto das mulheres; que fará escolhas muitas vezes desconfortáveis e desvantajosas a ela mesma, apenas para receber elogios e atenção; que precisará lidar com o afastamento das crianças, conforme elas percebem a situação e ganham independência.

De acordo com Freud, existem dois modelos de escolha objetal, também o anaclítico e o narcisista. O primeiro tem a mãe como modelo e é diretamente vinculado á satisfação de suas necessidades básicas e o outro toma a si mesmo como objeto amoroso. O narcisista de acordo com Freud "exerce grande atração sobre aqueles que renunciaram a uma parte do seu próprio narcisismo"

6. COMO O ESTADO PODE SE POSICIONAR REFERENTE A VÍTIMA E A AGRESSORA.

O Estado atua no presente tema valendo-se das seguintes vertentes:

- Proteção Integral – fundamentos legais - Efetividade:

O direito da criança e do adolescente envolve as relações jurídicas de crianças e adolescentes (diversos diplomas legais). A proteção integral condiz com direitos e garantias diante das questões de efetivação de direitos – evitar a proteção reflexa. Responsabilidade da família, da sociedade e do Estado – preocupação com a concretude.

- Proteção de valores fundamentais:

Proteger interesses fundamentais – vida, saúde, educação, liberdade, convivência familiar – comunitária, dignidade.

Resguardar a condição de valores condizentes com a totalidade do ser humano – físico, mental, social, espiritual, mental – em relação às necessidades presentes e futuras.

- Princípio da dignidade da pessoa humana:

Princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a proteção integral de crianças e adolescentes.

Garantia de dois direitos básicos — integridade e desenvolvimento saudável — condiz com a dignidade da criança e do adolescente.

Mecanismos trazidos na legislação nacional e na normativa internacional.

- Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 1º:

"Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL, 1990, art. 1º).

Artigo 3º:

"A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (BRASIL, 1990, art. 3º).

Artigo 4º:

"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária" (BRASIL, 1990, art. 4º).

- Artigo 227 da Constituição Federal:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL, 1988, art. 227).

- Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

Artigo 3 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança: "1. No que diz respeito a todas as medidas tomadas ou decisões adotadas em relação às crianças, quer por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o interesse superior da criança será uma consideração primordial.

Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, tutores ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela, e tomarão todas as medidas apropriadas para garantir a proteção e o cuidado das crianças em conformidade com seus sistemas de assistência social" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, art. 3).

Artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança: "1. Os Estados Partes garantirão à criança que esteja capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Para esse fim, se dará à criança, em particular, oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, seja diretamente ou por meio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, art. 12).

Artigo 13 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança: "A criança terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, sob qualquer forma de expressão, desde que seja compatível com os direitos

dos outros e com os critérios estabelecidos por lei" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, art. 13).

Artigo 19 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança: "Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a guarda de seus pais, de um representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, art. 19).

Artigo 39 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança: "Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de: qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração ocorrerão em um ambiente que promova a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, art. 39).

7. CONCLUSÃO

A presente pesquisa abordou o tema O narcisista no ambiente familiar com relação a violência física e psicológica da figura materna com o seu descendente, analisando os principais aspectos legais e os desafios enfrentados nesse contexto. Ao longo do estudo, foi possível constatar a importância da proteção dessas crianças e adolescente no ambiente familiar, evitando os traumas e sequelas que podem acarretar ao longo do tempo através das atitudes de uma mãe narcisista.

Verificou-se que a nossa legislação ainda está desfalcada referente a esse tema, que deve ser realizada estudos interligados com a área da psicologia para haver estudos mais aprofundados referente a essa "doença" pouco conhecida. Mas através da analogia podemos utilizar o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente para amparo dessas vítimas de violência doméstica e violência psicológica.

É importante destacar que pessoas com Transtorno de Personalidade Narcisista nem sempre têm consciência desse estado. Muitas delas nasceram e cresceram em lares abusivos, portanto, acreditam que vários dos comportamentos negativos são normais ou aceitáveis. Quando formam suas próprias famílias, as mulheres narcisistas continuam reproduzindo as práticas experimentadas na infância ou adolescência. Dessa forma, acabam ferindo seus próprios filhos e agindo como se tudo estivesse perfeitamente equilibrado na relação.

O tratamento da perversão narcísica é considerado desafiador, se não impossível, devido à falta de consciência do narcisista em relação ao seu próprio problema. Diante disso, deve haver mais estudos referente a esse transtorno, para que as gerações futuras não sofram ainda mais por causa de um ambiente tóxico de se conviver.

Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro está em constante evolução, que esse tema seja classificado para estudos referente a saúde pública, para que possamos proteger nossas crianças e adolescente, juntamente com a mãe que sofre desse transtorno, dando o apoio e tratamento necessário para reconstruir esse lar prejudicado.

8.REFERÊNCIAS

Bowlby, J. (1988). **Cuidados maternos e saúde mental**. (2ª ed., V. L. B. de Souza & I. Rizzini, Trads.). São Paulo: Martins Fontes. (Trabalho original publicado em 1951)

Bowlby, J. (1989). **Uma base segura: implicações clínicas da teoria do apego. O cuidado com as crianças** (S. M. de Barros, Trad.). Porto Alegre: Artmed. (Trabalho original publicado em 1988)

Bowlby, J. (1990). **Apego e Perda: A natureza do vínculo** (L. H. B. Hegenberg, O. S. Mota & M. Hegenberg, Trads.) São Paulo: Martins Fontes.

Freud, S. (1996). **Sobre o narcisismo: uma introdução**. In J. Salomão (Ed.). Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. (Vol. 24, pp. 30-59, C. M. Oiticica, Trad.) Rio de Janeiro: Imago. (Trabalho original publicado em 1914)

Vasconcellos, M. C. (2014). **Narcisismo a procura de sua imagem no espelho: algumas reflexões sobre o narcisismo na atualidade** [Versão Eletrônica]. Revista de Psicanálise da Sociedade Psicanalítica de Porto Alegre, 21(3), 661-674

Schirato, M. A. R. (2006). **O percurso do jovem executivo na arquitetura do poder das organizações sob o ponto de vista psicanalítico**. Tese de doutorado não-publicada, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.

Vries, M. F. K. & Miller, D. (1990). **Narcisismo e liderança: uma perspectiva de relações de objetos** [Versão Eletrônica]. Revista de Administração de Empresas, 30(3), 5-16

Schirato, M. A. R. (2006). **O percurso do jovem executivo na arquitetura do poder das organizações sob o ponto de vista psicanalítico**. Tese de doutorado não-publicada, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.

Silva, A. L. P. & Viana, T. C. (2015). **A deficiência simbólica na subjetividade pós-moderna: bases para uma sociedade narcísica.** *Barbarói*, 45(2), p. 9-29. DOI: 10.17058/barbaroi.v0i0.7073

Psicopatia E Imputabilidade Penal, de Alexandre Manuel Lopes Rodrigues (2023) - <https://amzn.to/30gzqZe>

Narcisistas e abuso emocional, de Juliana Siqueira (2022) - <https://amzn.to/2MPOZUx>

Sociopatas criminosos e a obsolescência social, de Angelo Roberto Ilha da Silva (2022) - <https://amzn.to/3qk95nw>

Violência Familiar, Carmen Leontina Ojeda Campo Moré, Sheila Krenkel, UFSC, FLORIANÓPOLIS | SC, 2014 (2023) - https://violenciaesaude.paginas.ufsc.br/files/2015/12/Violencia_Familiar.pdf

PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, LEI N.14.133 DE 1º DE ABRIL DE 2021

NATALIA DOS SANTOS:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹⁷.

GREICE KELLI LOPES SANTOS DE LIMA
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar um tema que está em grande relevância no atual cenário da administração pública, as principais mudanças advindas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos de nº 14.133/21, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo então atual presidente da república Jair Messias Bolsonaro na data de 01 de abril de 2021, quando então passou a vigorar. Sabemos então que a presente Lei entrou em vigor a partir de seu sancionamento, o diferencial dentre tantas outras leis que compõem o nosso ordenamento jurídico é que esta Lei em específico passa a vigorar concomitantemente com a antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos de nº 8.666, por um prazo igual a 02 (dois) anos, o qual podemos chamar de "fase de transição", onde os gestores públicos poderão facultar entre a utilização da Lei 8.666/93 e a 14.133/21, em seus processos licitatórios. Porém a preocupação maior que tem tirado o sono de muitos gestores públicos, é que em 01 de abril de 2023 a lei de nº 8.666/93 deixará de produzir seus efeitos, e levando junto de si a lei do Pregão – Lei 10.520/2002, e os artigos 1 a 47 – da Lei do regime Diferenciado de Contratações- Lei 12.462/2011, passando a ser obrigatório o uso somente da Nova Lei de Licitações e Contratos nº14.133/21. Por meio deste estudo e explanação acerca do presente tema, abordo e trago uma análise sutil sobre as principais mudanças decorrentes desta nova norma.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações e Contratos. Lei. Sancionamento. Vigorar. Administração pública.

ABSTRACT: *This article aims to address a topic that is of great relevance in the current scenario of public administration, the main changes brought about by the New Law on Tenders and Administrative Contracts No. 14.133/21, enacted by the National Congress and sanctioned by the then current president of the republic Jair Messias Bolsonaro on April 1, 2021, when it came into effect. We know then that this Law came into force from*

117 E-mail: n.camilos@yahoo.com.br

its sanctioning, the difference among many other laws that make up our legal system is that this specific Law comes into force concurrently with the former Law of Tenders and Administrative Contracts of No. 8.666, for a period equal to 02 (two) years, which we can call the "transition phase", where public managers will be able to provide between the use of Law 8666/93 and 14133/21 in their bidding processes. However, the biggest concern that has kept many public managers awake at night is that on April 1, 2023, Law No. 8,666/93 will no longer produce its effects, and taking with it the Auction Law - Law 10,520/2002, and Articles 1 to 47 – of the Differentiated Procurement Regime Law - Law 12.462/2011, making it mandatory to use only the New Bidding and Contracts Law No. 14.133/21. Through this study and explanation about the present theme, I approach and bring a subtle analysis on the main changes resulting from this new norm.

Keywords: *New Bidding and Contracts Law. Law. Sanctioning. Invigorate. Public administratio*

1 INTRODUÇÃO

O vocábulo Licitação tem origem do latim "Licitazione", advindo da idade média, dos Estados Medievais da Europa, onde era o popular "Vela e prego", no qual consistia em apregoar-se uma certa obra desejada e enquanto isso se acendia uma vela, e enquanto está queimava suas chamas, os interessados realizavam suas ofertas, e quando a chama se apagasse, era adjudicado então esta obra a última detentora de melhor lance. Em seu sentido amplo a palavra licitação representa um processo Administrativo formal, pelo qual é permitido aos entes governamentais e a administração pública realizar aquisições, locação e contratação de prestações de serviços, e assim como todo processo administrativo tem que ser regido por uma lei, onde conste suas regras e disponha de critérios de participação. (JÚNIOR, 2001, p. 386).

Sempre que identificada uma necessidade no âmbito da administração pública, seja ela de adquirir um bem, uma locação ou contratar uma prestação de serviço, o ente administrativo necessita realizar um processo Licitatório, o qual deve ser público e transparente, pelo qual será aberto aos interessados em dispor, vender ou locar, para que possam de forma isonômica, competir e ofertar o melhor preço ao ente requisitante.

Na carta Magna de 1988, o constituinte pela primeira vez deixou expresso o dever de licitar, ditou os princípios básicos e deixou para a União legislar e regulamentar as normas gerais a serem aplicadas na administração pública. Passados alguns anos após longas discussões foi aprovada no Congresso Nacional a lei de nº 8.666/1993, mais como todo ordenamento jurídico, passou por muitas resistências, sofreu mudanças e adaptações, até a chegada de outras novas leis para a complementar, como a de nº 12.462 que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações- RDC, e a Lei nº 10.520/2002 que regulamenta uma das modalidades prevista na Lei nº 8.666/1993 o prego.

Porém após quase três décadas com várias mudanças, adequações e críticas, foi sancionada no ano de 2021 a nova Lei de Licitações e Contratos, de nº 14.133/1993, a qual trouxe em seu texto mudanças relevantes em relação a antiga lei, e não bastar ainda o legislador se importou em agrupar em apenas uma lei o que era abordado em três ordenamentos jurídicos. Por se tratar de uma Lei de grande relevância e aplicabilidade o legislador permitiu que houvesse um período para adaptação, chamado de “fase de transição” para que os entes públicos capacitem seus agentes, para obtenção de melhor eficiência na aplicabilidade desta nova norma jurídica.

Por fim, o objetivo deste trabalho é apontar algumas das principais mudanças originárias do sancionamento da nova Lei de Licitações e Contratos e extinção a partir de 01 de abril de 2023 das Leis de nº 12.462 que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações- RDC, e a Lei nº 10.520/2002 que regulamenta o pregão.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Evolução Histórica

A licitação consiste em um conjunto de trâmites administrativos pelos quais a Administração Pública procura identificar a oferta mais vantajosa no tocante ao contrato de aquisição e prestação de serviços, com o objetivo de assegurar a igualdade entre todos os concorrentes. Em outras palavras, trata-se de um processo administrativo que visa selecionar a proposta mais benéfica com base no interesse público, conforme preceituado pela doutrina.

procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2010, p. 519)

Para entender o atual processo de licitação, é importante rever o desenvolvimento histórico das leis que regem a adjudicação das contratações públicas. No Brasil, a licitação foi criada através do Decreto nº 2.926/1862, que regulamentou as arrematações de serviços do Ministério do Comércio, Agricultura e Obras Públicas. Se o ministério quisesse contratar o fornecimento, construção ou concerto de obras, era com esse Decreto.

Após a publicação dos anúncios, desenvolviam um processo de aquisição semelhante ao atual processo licitação. Em 1922, o Código de Contabilidade da União juntou-se a legislação relacionada ao processo de licitação, por isso o processo foi chamado de "Concorrência Pública", que era obrigatório para o fornecimento e execução de obras de valor predeterminado pelo código. Em 1967, o decreto 200/1967 introduziu um importante reforma, na qual nasceu o termo "Licitações". Este regulamento já prevê alguns procedimentos de licitações: avaliação de preços, concorrência e convite para aquisições. O decreto 2.300/1986 estabeleceu mais regras persuasivas à divulgação de ofertas. Este diploma aceita o cancelamento da oferta, mas não tratou da possibilidade de revogação prevista na Lei 8.666/93.

Com a Constituição Federal de 1988 a discussão dentro da possibilidade de aplicação da licitação para os demais entes federados foi entendida, atualmente a licitação é considerada matéria de direito administrativo. A lei 10.520/2002 contemplou a modalidade licitatória de pregão e em 2011 foi instituído o Regime Diferenciado de Contratação, sendo assim o processo de legislação culminado com a nova lei de licitações contemplou discussões relacionadas aos três regimes de contratação: o pregão, o regime da Lei 8.666/93 e o Regime diferenciado de contratação.

Os objetivos da licitação são as mais vantajosas escolhas, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e o tratamento igualitário para todos os licitantes (princípio da isonomia). Em relação a proposta mais vantajosa para a administração nem sempre é a mais comum, mas aquela que em uma análise subjetiva do objeto consegue trazer mais benefícios à administração pública por um preço significativo.

A isonomia é o fundamento mais importante, andando em conjunto com a proposta mais vantajosa, ela orienta toda a licitação no ordenamento jurídico, para não haver uma escolha pessoal na contratação, vedando qualquer discriminação arbitrária para não haver nenhum proveito ou detrimento de alguém, por interferência de quem ocupa o cargo público. Na nova Lei (14.133, artigo 11):

Não é só a proposta mais vantajosa, é o resultado mais vantajoso para a administração pública (inc. I) □ Assegurar tratamento isonômico (inc. II) □ Evitar sobrepreço, superfaturamento ou proposta manifestamente inexequível (inc. III) □ Promover a inovação (inc. IV)

As Licitações selecionam a proposta mais vantajosa que vai garantir tratamento igualitário a todos os licitantes e promover o desenvolvimento nacional sustentável. A isonomia é o fundamento mais importante, pois guia todas as licitações no ordenamento jurídico brasileiro, já que a escolha pessoal na contratação não existe. A administração deve contratar com o licitante que apresentar a melhor proposta, que não

necessariamente é a mais barata, mas sim aquela que, em uma análise subjetiva, oferece mais benefícios à administração pública.

2.2 Nova Lei de Licitações

O projeto teve sua origem em uma comissão especial do Senado, passando por 3 reformulações até chegar na versão atual. A nova lei veio para fazer algumas mudanças e substituir a atual Lei das Licitações (Lei 8.666, de 1993), a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462, de 2011), modificando as normas referentes aos sistemas de contratação da administração pública.

Foram estabelecidas normas gerais sobre licitação e contratos administrativos que serão aplicadas a toda Administração Pública direta, autárquica e fundacional de todos os entes da Federação, incluindo os Fundos Especiais e Entidades Controladas direta e indiretamente pela Administração Pública. Não se aplicará às licitações e contratos administrativos envolvendo empresas estatais (Públicas e Sociedades de Economia Mista), que continuam sendo regidas pela Lei 13.303/2016.

A legislação brasileira sobre licitações públicas é regida principalmente pela Lei nº 8.666/1993, conhecida como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. No entanto, a partir de abril de 2021, foi sancionada uma nova lei que altera significativamente o panorama das licitações no Brasil.

A nova lei é a Lei nº 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações. Ela foi criada com o objetivo de modernizar e aprimorar o processo licitatório, trazendo mais eficiência, transparência e segurança jurídica para as contratações públicas. Algumas das principais mudanças introduzidas pela nova lei incluem os tipos de licitação que apresenta uma classificação mais ampla de modalidades de licitação, incluindo o diálogo competitivo e o regime de contratação integrada, além das modalidades tradicionais, como concorrência e pregão.

Princípios e diretrizes da Lei nº 14.133/2021 estabelece novos princípios para nortear as licitações, como o princípio da eficiência, do julgamento objetivo, da competitividade, da sustentabilidade, entre outros. Além disso, introduz diretrizes específicas para a condução das licitações. Procedimentos de habilitação vem trazendo mudanças significativas nos procedimentos de habilitação, tornando-os mais simples e ágeis, com a eliminação de algumas exigências burocráticas e a implementação de novos critérios, como a pré-qualificação.

A Nova Lei de Licitações no artigo 191 prescreve que ela entrou em vitalidade imediatamente que sancionada pelo Presidente da República, não havendo vacatio legis

(vacância da lei), cuja, concorde o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) existência a calcular da publicação, podendo existir aplicada pela administração imediatamente. Sendo daquele modo, haverá um termo de 2 anos depois a sua publicação para cassar as leis atuais que contém regras sobre licitação.

Sendo daquele modo durante os 2 anos a novidade lei será vigorante na época das antigas, podendo a Administração Pública administrar qualquer dos regimes, concorde sua preferência.

Art. 191 [...] § 2º Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 190, a Administração poderá optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Com isso pode realizar licitações no antigo regime, no novo regime e a cada processo licitatório deverá conter em seu edital qual o regime que está sendo utilizado. Em relação aos contratos e seu regime de transição, seu regime deverá seguir o regime da licitação, pois o contrato é vinculado à licitação, mesmo que tenha passado o prazo o contrato seguirá o que foi adotado na licitação.

2.3 Fases e Modalidades de Licitações

Os processos licitatórios se dividem em duas etapas principais: a interna e a externa. Na fase interna, é feito o planejamento, onde é necessário definir o objeto da contratação, justificativa, previsão de orçamento e elaboração de um projeto básico ou termo de referência para embasar o instrumento convocatório. Além disso, é realizada uma pesquisa de mercado para obter um preço médio, que será utilizado para julgar as propostas na fase externa. Já na fase externa, devem ser indicadas a modalidade de licitação, o critério de julgamento e a elaboração da minuta do edital ou carta convite, bem como a minuta contratual.

Ademais, no decurso da fase interna e edital deve ser sujeito à assessoria jurídica do órgão analisador, que verifica a compatibilidade do procedimento para com os ditames legais. A fase externa tem início com a publicação do edital nos meios definidos por lei, dessa forma, os interessados terão ciência e poderão manifestar suas ofertas. Há também na nova lei a possibilidade de adoção do orçamento sigiloso, a qual deixa para a autoridade responsável pela licitação decidir acerca do orçamento, se será ou não sigiloso. Sucederá um «novo» agente de contratação, que será responsável pelo gerenciamento da fase interna e externa da licitação.

Os regimes de concorrência são definidos como regimes de adjudicação de bens e serviços específicos, bem como de obras e serviços gerais e específicos de engenharia. 8.987/95 e as parcerias público-privadas, nos termos da Lei nº 11.079/2004, serão aplicadas em paralelo com a nova forma de diálogo concorrencial incluída na nova lei de licitações. Um concurso é uma forma de selecionar trabalhos técnicos, científicos ou artísticos. A nova lei prevê que as licitações também possam ser utilizadas para a elaboração de projetos, de forma que os órgãos públicos possam definir as etapas iniciais de implantação e trabalhar com o setor privado para contribuir com o alcance dos objetivos almejados.

A redação final da nova lei, ainda que limitada, remove entraves burocráticos desnecessários aos diplomas e estimula os administradores públicos a considerarem a adaptação ao mercado e a criação de ferramentas modernas para atender às necessidades administrativas com mais segurança e facilidade. Outras extensões são necessárias para máquinas públicas. O método de leilão é usado quando a administração pretende vender ativos aposentados ou confiscados. Quem quiser participar dessa modalidade não precisa fazer inscrição prévia e não há etapa de elegibilidade.

Um pregão é definido como "um método de licitação obrigatória para a aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério pode ser o preço mais baixo ou o desconto mais alto". Isso é explicitamente obrigatório para todas as conclusões gerais de bens e serviços, e o critério é o menor preço ou o maior desconto, sendo este último a grande novidade. Exceto para serviços gerais de engenharia, não é usado principalmente para a aquisição de serviços técnicos especializados ou trabalhos de engenharia e serviços de natureza intelectual.

Serviços conjuntos de engenharia são concedidos em competição. Quando as obras e serviços conjuntos de engenharia são adjudicados por leilão ou concurso, não existe um critério objetivo de distinção de hipóteses, nem mesmo uma relação geral entre os esquemas, pelo que a escolha do método adequado cabe ao responsável. padrão. No entanto, essa decisão pode ser questionada pelos órgãos sociais, pois podem ter entendimentos diferentes sobre a eficiência da modalidade escolhida em determinado caso. A concorrência é um método de licitação que pode ser usado para licitar concessões de serviços públicos nos termos da Lei nº 1. 8.987/1995 e as parcerias público-privadas na forma da Lei nº 8.987/1995. Além da 11.079/2004, a Lei 11.079/2004 incorpora uma nova modalidade denominada Diálogo Competitivo ao Regulamento. Artigo 6 14.133, ponto XLII.

Uma das maiores inovações da lei é o diálogo competitivo inspirado no modelo da União Europeia, que tem como função fornecer soluções para complexas incorporações governamentais por meio do diálogo com a iniciativa privada. Este formulário foi

acrescentado pela Lei 14.133/2021, artigo 6º, inciso XLII, referente à ordenação de obras, serviços e contratos de aquisição. Neste método, a administração conduz um diálogo com licitantes pré-selecionados de acordo com critérios objetivos e pode atingir os seguintes objetivos. Propondo uma ou mais alternativas para atender às suas necessidades, os Licitantes são obrigados a apresentar uma proposta final após a conclusão da discussão. Nos termos da lei, o governo poderá realizar consultas permanentes aos licitantes, durante as quais as propostas apresentadas por empresas privadas serão progressivamente eliminadas. Por fim, as autoridades selecionarão uma solução com base em critérios técnicos e econômicos e a publicarão em novo edital. Isso inicia a fase de competição tradicional na qual todos os licitantes podem enviar suas propostas.

2.4 Contratos Administrativos

O Estado atua precipuamente para satisfazer necessidades coletivas por meio de suas políticas e obras públicas, realizando assim o interesse público. Este interesse, por sua vez, é definido, principalmente, no âmbito legislativo, por meio das diretrizes constitucionais e legais e; residualmente, no âmbito administrativo, nas hipóteses em que a lei admite a discricionariedade do gestor. A fim de se evitar a arbitrariedade, são estabelecidas balizas que regulam a atuação imperativa do Estado, manifestas em normas e princípios. O Direito Administrativo orienta as normas que defendem precipuamente o cidadão, o que compreende, quando necessário, “as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expresso no texto legal”.

No âmbito da Lei 14.133/2021, o art. 5º prevê os princípios aplicáveis às contratações públicas. Optou o legislador por conferir detalhado regramento acerca das licitações e contratos, a ser interpretado e aplicado à luz dos princípios elencados. Para além dos princípios contidos no caput do art. 37 da Constituição Federal, ressalta-se a observância da proporcionalidade.

Entendida na doutrina como ação necessária e adequada para alcançar a finalidade pública, esta previsão se revela numa limitação imposta ao gestor no controle dos atos administrativos. Como novidade, há também a previsão do princípio da segregação de funções, que visa reduzir a exposição dos gestores a situações de conflito de interesses ao dividir as funções de tomada de decisão entre diferentes agentes. Positivado no novo diploma, este preceito teve sua origem na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Quanto aos termos contratuais, a nova lei favorece a correlação disponibilidade de crédito orçamentário por meio do controle do exercício financeiro (ano civil). As diretrizes inéditas contêm prazos diferenciados para cada tipo de contrato. A administração pode exigir uma fiança do contratante condição de execução do contrato, existem várias disposições inéditas, como a fixação de um prazo de pelo menos 1 (um) mês, calculado a

partir da data de aceitação da oferta e antes da aceitação da oferta assinatura do contrato se o empreiteiro der uma garantia se assim o desejar com garantia.

Nova é a possibilidade quando os contratos de serviços de engenharia são feitos que devam garantir na modalidade seguro-garantia, desde que em caso de insolvência da seguradora empresário, é responsável pela implementação e encerramento das operações comerciais.

Essa ênfase, portanto, nessas "falhas" nos projetos básicos e nos termos de referência trazem grande prejuízo ao cumprimento contratual, portanto, ao trazer isso a lei traz a possibilidade implícita exceto por responsabilidade, art.124. Outras considerações importantes sobre as emendas são a necessidade de realizar um "reequilíbrio econômico e financeiro dos contratos", a lei nos traz o assunto sob dois aspectos: os quais distribuem seus riscos em uma "matriz de riscos" que não podem ser rebalanceados, quando os riscos são alocados e outros contratos que não possuem riscos alocados em uma matriz.

A execução do contrato cria uma obrigação de pagamento à administração. Como parte do pagamento, a ordem cronológica das fontes de financiamento individuais deve ser seguida considerando a categoria do contrato, entrega de mercadorias; localização; prestação de serviços. realização da obra. A cronologia da Ordem já estava incorporada na Lei nº 2. 8.666/93 (art. 5º), mas a nova legislação subdivide as situações excepcionais em que não se aplica. A remuneração variável vinculada ao desempenho do parceiro contratual também pode ser especificada para remuneração de obras, consumíveis e serviços, especialmente no setor de engenharia. Não faz mais parte da antiga lei, pois foi transformado em direito positivo pela Lei nº 12.642/11 (Regulamento de Contratação Discriminatória).

Reajustamento é a aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais e a repactuação é a manutenção do equilíbrio decorrente da análise da variação dos custos contratuais (custos de mercado e de mão de obra).

A nova lei atualizou a visão tradicional da nulidade dos contratos de gestão. Se a irregularidade não puder ser corrigida, a administração considerará o interesse público e considerará vários aspectos, como riscos sociais, ambientais e de segurança, atraso na exploração do benefício do objeto, suspensão da execução ou deve decidir parar o seu negócio. Contratual. Se a suspensão ou resolução não se revelar uma medida contrária ao interesse público, as autoridades podem optar por prosseguir o contrato e resolver as irregularidades mediante indenização sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das leis e regulamentos aplicáveis. para. Penalidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram estudadas as principais novidades que a Lei n. 14.133/2021 trouxe em relação a antiga Lei n. 8.666/93, se baseando no modo de aplicação, vigência e como será feito o entendimento dela com a remoção da antiga lei, da Lei do Pregão 10.520/2002 e Lei do Regime Diferenciado de Contratações para serem incorporadas a nossa nova lei.

Foram discutidas a intervenção da administração pública nos processos de compras e licitações, a publicação da Lei 13.979/2019 e diversas medidas temporárias para evitar situações especiais. Assim, sentiu-se que a nova Lei de Licitações e Contratos de Gestão era necessária porque a antiga foi criada em 1993 e já tem quase 30 anos e é óbvio que está desatualizada para dar resposta às necessidades. A administração pública de hoje, que tem que ser mudada muitas vezes ao longo dos anos, implementa medidas temporárias, regulamentos, ordens, instruções normativas, decisões e leis destinadas a adequar a administração pública e controlar o desenvolvimento da sociedade.

A nova Lei de licitações então unificou todas as medidas, decretos e leis com a antiga lei se tornando uma norma geral mais extensa, trazendo novidades importantes que não existiam antes, já de início percebe-se que agora tem uma lei muito mais consistente e preparada para reger a administração pública do que a anterior. Porém mesmo trazendo muitas novidades e avanços, a nova lei falha em reproduzir a mesma gênese burocrática, formalista e desconfiada que a 8.666/93 mostrava, ou seja, a nova Lei ainda terá que ser pincelada para e moldar aos entraves diários, para assim facilitar e se tornar o processo licitatório célere. De modo geral essa nova Lei representa uma espécie de consolidação de legislações sobre licitações e contratos administrativos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberta Tainá S. **O princípio da publicidade no Direito Administrativo, Jus, 2016.** <https://jus.com.br/artigos/48769/o-principio-da-publicidade-no-direito-administrativo>. Acesso em 25 abr. 2023

GUERRA DE OLIVEIRA, José Pedro Fernandes. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**, Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://drpedroo.jusbrasil.com.br/artigos/487523360/o-principio-da-eficiencia-naAdministracao-publica>>. Acesso em 10 mai. 2023

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

____ **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

____. **Lei nº 10.520/2002**, de 17 de julho de 2002. Institui, [...]modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição 29 de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em 25 abr. 2023

____. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (...).

____. **Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021**. Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Gabriela de Ávila. **Considerações sobre a nova lei de licitações**. CONJUR – Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/gabriela-machado-consideracoes-leilicitacoes>>. Acesso em: 12 mai. 2023

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos** / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p.

CUMPRIMENTO DA PENA DE PESSOA CONDENADA NO EXTERIOR

RAUL ALEIXO FERES DE OLIVEIRA:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹⁸.

DÉBORA GIMENEZ FORTUNATO

(orientadora)

Resumo: Este presente estudo procura analisar o cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior no direito brasileiro. Com o aumento da globalização e da mobilidade internacional, é cada vez mais comum que cidadãos brasileiros sejam condenados por crimes cometidos em outros países. Nesse contexto, surge a necessidade de estabelecer procedimentos claros e eficazes para a transferência da execução da pena. O presente estudo explora as questões jurídicas envolvidas nesse processo, incluindo o reconhecimento da condenação estrangeira, os requisitos para a transferência, os direitos e garantias do condenado.

Palavras-chave: Cumprimento, Território, Exterior, Extradução.

Abstract: This present study aims to analyze the enforcement of the sentence of individuals convicted abroad in Brazilian law. With the increasing globalization and international mobility, it is becoming more common for Brazilian citizens to be convicted for crimes committed in other countries. In this context, there is a need to establish clear and effective procedures for the transfer of sentence enforcement. This study explores the legal issues involved in this process, including the recognition of foreign convictions, the requirements for transfer, the rights and guarantees of the convicted individual.

Keywords: Greetings, Territory, Exterior, Extradition.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pressupostos teóricos. 2.1. Conceito. 2.2. Fundamentos jurídicos. 2.2.1. Constitucional Federal. 2.2.2. Código Penal. 2.2.3. Outros instrumentos normativos. 3. Homologação de sentença penal estrangeira. 4. Requisitos para transferência da execução da pena. 5. Direitos e garantias do condenado transferido. 6. Cooperação internacional em matéria penal. 7. Possibilidades de redução ou extinção da pena após a transferência. 8. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

118 E-mail: raulaleixo@hotmail.com

O cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior tem se tornado uma questão de crescente relevância no contexto jurídico brasileiro. Com o aumento da globalização e da mobilidade transnacional, é cada vez mais comum que cidadãos brasileiros sejam condenados por crimes cometidos em outros países. Nesse sentido, o direito brasileiro precisa estabelecer mecanismos adequados para lidar com essa realidade, assegurando o cumprimento das penas de acordo com os princípios fundamentais de justiça e respeito aos direitos humanos.

O presente artigo tem como objetivo examinar de forma abrangente o cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior no direito brasileiro. Para tanto, serão abordados diversos aspectos relacionados a esse tema, como o reconhecimento da condenação estrangeira, os requisitos legais para a transferência da execução da pena, os direitos e garantias do condenado transferido, bem como os desafios enfrentados pelo sistema prisional brasileiro nesse contexto.

Compreender a complexidade jurídica envolvida nesse processo é fundamental para assegurar um tratamento justo e eficaz aos indivíduos condenados no exterior, além de garantir a cooperação internacional em matéria penal. Dessa forma, o presente estudo busca contribuir para o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro, promovendo a análise crítica das normas existentes e propondo reflexões sobre possíveis melhorias no cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior no direito brasileiro.

2.PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

2.1 Conceito

A execução penal de condenação estrangeira refere-se ao processo legal pelo qual um indivíduo que foi condenado por um crime em um país estrangeiro cumpre sua pena no Brasil, de acordo com as leis e procedimentos estabelecidos pelo sistema jurídico brasileiro.

Esse conceito implica na transferência da execução da pena, permitindo que o condenado cumpra sua pena em seu país de origem ou em um país com o qual existe um tratado ou acordo de cooperação jurídica. Esse processo envolve a aplicação dos princípios de reciprocidade, legalidade, soberania e respeito aos direitos humanos.

O cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior pode ocorrer em diferentes situações, como quando um cidadão brasileiro é condenado por um crime cometido em outro país ou quando um estrangeiro é condenado por um crime cometido contra um brasileiro fora do território nacional.

Esse tema envolve questões jurídicas complexas, como a aplicação da lei penal no espaço, a determinação da competência jurisdicional, a verificação da compatibilidade entre as leis do país de condenação e as do Brasil, além de garantir que o condenado tenha seus direitos e garantias fundamentais respeitados durante o cumprimento da pena.

É importante ressaltar que o cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior está sujeito a tratados internacionais, convenções e acordos bilaterais que regem a cooperação jurídica entre os países envolvidos, buscando assegurar a harmonização e o respeito mútuo entre os sistemas penais.

Outros conceitos importantes para serem analisados neste estudo são o da territorialidade e o da extraterritorialidade. O doutrinador Fernando Capez discorre que “Sob o prisma material, o território nacional compreende o espaço delimitado por fronteiras geográficas. Sob o aspecto jurídico, abrange todo o espaço em que o Estado exerce a sua soberania.” (CAPEZ, 2019).

De igual modo, André Estefam e Victor Gonçalves definem a extraterritorialidade da seguinte maneira:

Extraterritorialidade é o fenômeno pelo qual a lei penal brasileira se aplica a fatos ocorridos fora do território nacional, isto é, em locais submetidos à soberania externa ou mesmo em territórios em que país algum exerce seu poder soberano, como é o caso da Antártida. Deve-se sublinhar que, embora o fato tenha ocorrido em lugar estranho ao território brasileiro, nossa lei será aplicada por algum juízo ou tribunal pátrio. Exemplo: um homicídio praticado por brasileiro na Argentina ou um roubo cometido contra brasileiro no México, a princípio, serão julgados no país em que cometidos, segundo as leis dos respectivos países. Sem prejuízo disto, contudo, será possível instaurar uma investigação e um processo criminal também no Brasil, mediante uma série de condições que serão abordadas adiante, para responsabilizar o autor da conduta segundo a nossa lei penal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2023).

2.2 Fundamentos Jurídicos

Os fundamentos jurídicos do presente estudo estão embasados em diversos instrumentos normativos, que fornecem as bases legais para a cooperação jurídica internacional nessa matéria. Os principais fundamentos jurídicos incluem:

2.2.1 Constituição Federal

A Constituição estabelece os princípios fundamentais e os direitos e garantias

individuais que devem ser respeitados no cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior. Entre esses princípios estão a legalidade, a soberania e o respeito aos direitos humanos.

A Constituição Federal do Brasil não possui artigos específicos que tratam exclusivamente da aplicação da lei penal no espaço. No entanto, existem disposições constitucionais relacionadas à jurisdição penal, à extradição e à cooperação internacional que podem ter implicação na aplicação da lei penal no espaço. Alguns artigos relevantes são: artigo 5º, inciso XL, artigo 102, inciso I, alínea "f", artigo 102, inciso X, artigo 109, inciso X, artigo 109, inciso XI.

Esses artigos, embora não se refiram especificamente à aplicação da lei penal no espaço, possuem relevância para questões de jurisdição, extradição e cooperação internacional, que são elementos importantes no contexto da aplicação da lei penal em âmbito internacional.

Ademais, na Constituição, também não existem princípios específicos que tratem exclusivamente da aplicação da lei penal no espaço. No entanto, alguns princípios constitucionais têm relevância para essa questão. A seguir, são citados alguns princípios que podem ser considerados nesse contexto:

Princípio da Legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX): estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Esse princípio assegura a necessidade de uma lei penal que preveja e defina claramente a conduta criminosa, sendo aplicável tanto no âmbito nacional quanto no exterior.

Princípio da Soberania (artigo 1º, inciso I): afirma que a República Federativa do Brasil é um Estado soberano. Esse princípio pode influenciar a aplicação da lei penal no espaço, considerando a jurisdição e a competência do Estado brasileiro sobre seus territórios e cidadãos, independentemente do local onde o crime tenha sido cometido.

Princípio do Respeito aos Direitos Humanos (artigo 1º, inciso III, artigo 3º, inciso IV, artigo 5º, artigo 6º, artigo 7º, artigo 227, artigo 230): É um pilar fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Este princípio reconhece a dignidade inerente a todos os seres humanos e a necessidade de proteger e promover os direitos fundamentais de todos os indivíduos, independentemente da nacionalidade, origem étnica, religião, sexo, orientação sexual ou outras características. O princípio dos direitos humanos estabelece que o Estado deve garantir a igualdade de todas as pessoas perante a lei e assegurar o respeito à sua integridade física e moral, liberdade, igualdade, justiça e outros direitos essenciais. Também impõe obrigações ao Estado de prevenir e combater a discriminação, a tortura, os tratamentos cruéis, desumanos e degradantes e de promover condições para

uma vida digna e o pleno exercício dos direitos fundamentais. Os Princípios orientam a interpretação e aplicação de leis e políticas governamentais voltadas para a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e respeitadora dos direitos humanos.

2.2.2 Código Penal

O Código Penal brasileiro contém disposições relativas à extraterritorialidade da lei penal, estabelecendo os casos em que a lei brasileira é aplicável a crimes cometidos no exterior.

Os artigos do Código Penal Brasileiro que tratam da aplicação da lei penal no espaço são os seguintes:

Artigo 5º: Determina que a lei penal brasileira aplica-se a crimes cometidos no território nacional.

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Artigo 6º: Estabelece que a lei penal brasileira também se aplica aos crimes cometidos a bordo de embarcações ou aeronaves brasileiras, em espaço aéreo ou marítimo correspondente.

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Artigo 7º: Prevê que a lei brasileira é aplicável aos crimes cometidos por brasileiros, mesmo que ocorram no exterior.

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

I - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

II - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

a) não foi pedida ou foi negada a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) houve requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

Artigo 8º: Estabelece que a lei brasileira é aplicável aos crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiros fora do território nacional, desde que o fato seja punível também no país onde ocorreu.

Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Eficácia de sentença estrangeira (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Artigo 9º: Determina que a lei brasileira é aplicável aos crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiros a serviço da República Federativa do Brasil, mesmo que ocorram no exterior.

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeitá-lo a medida de segurança. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A homologação depende: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É importante destacar que esses artigos estabelecem as bases para a aplicação da lei penal no espaço, considerando tanto crimes cometidos dentro do território nacional quanto fora dele, levando em conta a nacionalidade do agente e da vítima, bem como a conexão com o Brasil em termos de embarcações, aeronaves ou serviço público brasileiro.

Também em matéria penal pode-se observar alguns princípios jurídicos:

Princípio da Personalidade (ou Nacionalidade) (artigo 5º, inciso L): Prevê que ninguém será obrigado a se submeter a lei estrangeira. Esse princípio ressalta a importância da aplicação da lei penal brasileira aos cidadãos brasileiros, independentemente do lugar onde o crime foi cometido.

Princípio da Extraterritorialidade (artigos 7º e 8º do Código Penal): Estabelece as regras de aplicação da lei penal brasileira a crimes cometidos no exterior. Esse princípio define as situações em que a lei penal brasileira é aplicável a crimes cometidos fora do território nacional, considerando a nacionalidade do agente, a proteção de interesses nacionais e a reciprocidade entre os países.

Princípio da Reciprocidade (artigo 8º, parágrafo único, do Código Penal): Determina que a lei brasileira é aplicável a crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiros fora do território nacional, desde que o fato seja punível também no país onde ocorreu, com base no princípio da reciprocidade.

Esses princípios, embora não exclusivos da aplicação da lei penal no espaço, têm impacto relevante nessa questão, pois orientam a atuação do sistema jurídico e ajudam a definir as condições e limites da aplicação da lei penal brasileira em casos transnacionais.

2.2.3 Outros instrumentos normativos

Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984): Essa lei estabelece as regras gerais para a execução das penas no Brasil, incluindo disposições específicas sobre a transferência e o cumprimento de penas de pessoas condenadas no exterior.

Tratados e Convenções Internacionais: O cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior é regulado principalmente por meio de tratados e convenções internacionais. Exemplos relevantes incluem a Convenção de Estrasburgo sobre a Transferência de Pessoas Condenadas e a Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior.

Acordos Bilaterais e Multilaterais: O Brasil também possui acordos de cooperação jurídica internacional em matéria penal com diversos países. Esses acordos estabelecem os termos e as condições para a transferência e o cumprimento de penas de pessoas condenadas no exterior.

Esses instrumentos normativos estabelecem as bases legais para a cooperação internacional no cumprimento da pena de sentença estrangeira, garantindo a observância dos princípios jurídicos, dos direitos fundamentais e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

3. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA

Para a sentença penal estrangeira ser reconhecida no Brasil, deve ser homologada para gerar efeitos. Assim, o reconhecimento da condenação estrangeira no Brasil é um passo fundamental para a execução da pena. Esse processo envolve a análise e validação da sentença penal estrangeira pelas autoridades judiciais brasileiras, a fim de conferir-lhe eficácia jurídica no território nacional. Nesse sentido, é necessário observar os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da dupla tipicidade, que exige a correspondência entre o crime previsto na lei brasileira e aquele pelo qual a pessoa foi condenada no exterior. Além disso, a homologação da sentença estrangeira é realizada por meio do procedimento de exequatur, que consiste na análise de requisitos formais e substanciais.

Humberto Theodoro Júnior afirma que "o processo de homologação de sentença estrangeira é de natureza jurisdicional. Não é meramente gracioso ou de jurisdição voluntária. Confere a um julgado estrangeiro força e eficácia de decisão nacional" (THEODORO, 2009). De maneira semelhante, Alexandre Câmara considera que a "ação de homologação de sentença estrangeira" é um tipo de "ação de conhecimento" com o objetivo de obter uma sentença constitutiva. Isso ocorre porque a sentença estrangeira não produz efeitos no Brasil até que seja homologada.

De acordo com Cléber Masson:

A sentença judicial, emanada de Poder Constituído do Estado, é ato representativo de sua soberania. Para uma real valoração da sua autoridade, contudo, deve ser executada. E essa execução deveria ser feita sempre no país em que foi proferida.

Todavia, para enfrentar com maior eficiência, no âmbito de seus limites, a prática de infrações penais, o Estado se vale, excepcionalmente, de atos de soberania de outras nações, aos quais atribui efeitos certos e determinados. Para atingir essa finalidade, homologa a sentença penal estrangeira, mediante o procedimento constitucionalmente previsto, a fim de constituí-la em título executivo com validade em território nacional. (MASSON, 2019).

Para que a condenação estrangeira seja reconhecida no Brasil, é preciso que exista um tratado de cooperação penal ou reciprocidade entre os países envolvidos. Esses tratados estabelecem as bases para a colaboração mútua na área penal e permitem a transferência da execução da pena. Caso não exista um tratado específico, é necessário analisar a legislação nacional e os princípios gerais do direito internacional para verificar a possibilidade de reconhecimento da condenação estrangeira.

O reconhecimento da condenação estrangeira no Brasil também deve observar os direitos e garantias fundamentais do condenado. Isso inclui o direito ao contraditório e à ampla defesa, que deve ser assegurado durante o procedimento de reconhecimento da condenação. Além disso, é importante garantir que a pena imposta no exterior não seja mais grave do que aquela prevista na legislação brasileira para o mesmo crime, a fim de evitar a violação do princípio do *non bis in idem*.

4. REQUISITOS PARA TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA

No Brasil, a transferência da execução da pena de pessoa condenada no exterior exige o cumprimento de determinados requisitos legais. Primeiramente, é necessário que exista um tratado ou acordo de cooperação penal entre o Brasil e o país em que ocorreu a condenação. Esses tratados estabelecem as bases para a transferência da execução da pena, definindo os critérios e procedimentos a serem seguidos.

Além disso, é preciso que a pessoa condenada seja brasileira (nata ou naturalizada) ou que possua residência permanente no Brasil. Essa condição visa garantir que o Estado brasileiro tenha a jurisdição e a responsabilidade adequadas para supervisionar o cumprimento da pena. A transferência também deve ser consentida pelo condenado, assegurando seu direito de ser ouvido e decidir sobre a transferência para o território brasileiro.

Outro requisito fundamental é o princípio da dupla incriminação ou dupla tipicidade. Isso significa que o crime pelo qual a pessoa foi condenada no exterior deve ser considerado crime também no Brasil, ou seja, deve haver uma correspondência entre as legislações penal do país de origem e do Brasil. Dessa forma, assegura-se que a pessoa condenada seja tratada de forma justa e que a transferência da execução da pena não ocorra para crimes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ou seja, os requisitos para a transferência da execução da pena para o Brasil envolvem a existência de um tratado ou acordo de cooperação internacional penal, a nacionalidade brasileira ou residência permanente do condenado, o consentimento do condenado e o princípio da dupla incriminação. Esses requisitos são essenciais para garantir um processo de transferência adequado, respeitando os direitos e as garantias do condenado e facilitando a cooperação internacional na execução da pena.

5. DIREITOS E GARANTIAS DO CONDENADO TRANSFERIDO

Os direitos e garantias do condenado transferido no Brasil são fundamentais para garantir um cumprimento de pena justo e respeitoso aos padrões legais e internacionais.

Em primeiro lugar, destaca-se o direito à integridade física e moral do condenado. O sistema prisional brasileiro enfrenta desafios quanto à superlotação e à violência dentro das unidades penitenciárias, tornando essencial assegurar a segurança e a proteção do condenado transferido, evitando tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. O Estado tem o dever de garantir a integridade física e psicológica do condenado, proporcionando condições de encarceramento que atendam aos princípios de humanidade e respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, o condenado transferido possui o direito de acesso à assistência jurídica. Isso implica o direito de ser representado por um advogado, tanto para acompanhar o processo de transferência da pena quanto para a defesa de seus interesses durante o cumprimento da pena no Brasil. A assistência jurídica é fundamental para garantir que o condenado tenha uma defesa adequada e acesse os mecanismos judiciais disponíveis, assegurando-lhe o direito ao devido processo legal.

Outro direito importante é o direito à comunicação. O condenado transferido tem o direito de manter contato com sua família, bem como com autoridades consulares de seu país de origem. Essa comunicação é essencial para preservar os laços familiares, garantir o apoio emocional necessário e possibilitar que o condenado exerça seus direitos de cidadania, incluindo a solicitação de assistência consular e a obtenção de documentos necessários.

6 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

O cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior requer uma efetiva cooperação internacional, sendo um aspecto crucial para garantir a justiça e a eficácia do sistema penal. Neste tópico, exploraremos a importância da cooperação entre os países envolvidos, por meio de tratados e acordos internacionais, na facilitação do processo de transferência da execução da pena.

A cooperação internacional desempenha um papel importante na execução da pena, pois possibilita a troca de informações entre as autoridades judiciárias dos países envolvidos. Tratados e acordos estabelecem os parâmetros e os procedimentos para essa cooperação, definindo os requisitos para o reconhecimento da condenação estrangeira e a transferência da execução da pena. Esses instrumentos jurídicos criam uma base sólida para a cooperação e facilitam o diálogo entre os sistemas penais dos países compreendidos.

Ademais, a troca de informações e a assistência jurídica mútua são de suma importância na cooperação internacional. Através do intercâmbio de dados relevantes sobre o condenado e a condenação, as autoridades brasileiras podem tomar decisões informadas sobre o processo de transferência e o cumprimento da pena. A assistência jurídica mútua garante que as autoridades dos países envolvidos estejam em contato direto, colaborando na condução do processo e resolvendo questões jurídicas que possam surgir ao longo do caminho.

A efetividade da cooperação internacional no cumprimento de penas depende da existência de canais de comunicação abertos e da confiança mútua entre os países envolvidos. É essencial que haja um compromisso conjunto em cumprir com as obrigações e os procedimentos estabelecidos pelos tratados e acordos internacionais, a fim de garantir a transferência eficiente e segura do condenado. A cooperação internacional fortalece o sistema penal brasileiro, promovendo a justiça, a segurança e a cooperação entre as nações.

Alguns exemplos de Tratados e Acordos Internacionais são: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, entre outros.

7 POSSIBILIDADES DE REDUÇÃO OU EXTINÇÃO DA PENA APÓS A TRANSFERÊNCIA

Após a transferência da execução da pena, surgem possibilidades de redução ou extinção da pena para a pessoa condenada, considerando as peculiaridades do sistema penal brasileiro. Essas possibilidades são analisadas com base em diferentes circunstâncias, como a aplicação da legislação brasileira em relação às penas cumpridas no exterior, a

análise de benefícios penais previstos na legislação nacional e a possibilidade de progressão de regime.

Em relação à aplicação da legislação brasileira, é importante considerar que a pena cumprida no exterior pode ser reconhecida como parte do cumprimento total da pena no Brasil. Isso significa que a pena já cumprida no exterior é levada em conta na determinação do tempo de encarceramento restante no sistema prisional brasileiro. Dessa forma, é possível que a pessoa condenada tenha uma redução do tempo de pena a ser cumprido após a transferência, desde que sejam observados os requisitos legais e processuais.

Além disso, a legislação penal brasileira prevê uma série de benefícios penais que podem ser aplicáveis ao condenado transferido. Esses benefícios incluem a remição da pena por trabalho ou estudo, a concessão de saídas temporárias, a progressão de regime, entre outros. Porém, é necessário que o réu atenda aos requisitos estabelecidos pela legislação para ter acesso a esses benefícios, tais como bom comportamento carcerário, cumprimento de determinado período de pena, entre outros critérios específicos.

Outra possibilidade a ser considerada é a progressão de regime. A progressão de regime consiste na passagem do cumprimento de pena em regime fechado para regime semiaberto, e posteriormente para o regime aberto. Após a transferência da execução da pena, a pessoa condenada poderá ter direito à progressão de regime, desde que preenchidos os requisitos legais, como o cumprimento de parte da pena e a avaliação positiva do seu comportamento prisional.

É importante destacar que todas essas possibilidades de redução ou extinção da pena após a transferência estão sujeitas à análise e decisão do Poder Judiciário. Cabe aos órgãos competentes avaliar cada caso individualmente, levando em consideração as particularidades da condenação, a legislação aplicável e os princípios do sistema penal brasileiro.

Em conclusão, após a transferência da execução da pena, a pessoa condenada pode ter possibilidades de redução ou extinção da pena no sistema penal brasileiro. Essas possibilidades estão relacionadas à aplicação da legislação brasileira em relação às penas cumpridas no exterior, aos benefícios penais previstos na legislação nacional e à progressão de regime. Contudo, é fundamental que sejam cumpridos os requisitos legais e que a decisão sobre essas questões seja devidamente avaliada pelo Poder Judiciário, garantindo a segurança jurídica e a justiça no cumprimento da pena.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior é um tema de grande relevância e complexidade. Ao longo deste artigo, foram abordados diversos aspectos

jurídicos relacionados a esse processo, desde o reconhecimento da condenação estrangeira até os direitos e garantias do condenado transferido, passando pelos requisitos para a transferência da execução da pena.

É crucial destacar a importância de estabelecer procedimentos claros e eficazes para o cumprimento dessas penas, a fim de garantir uma justiça equitativa e respeito aos direitos humanos. Nesse sentido, a cooperação internacional desempenha um papel fundamental, por meio de tratados e acordos que facilitam o processo de transferência e promovem a troca de informações entre os países envolvidos.

Além disso, é essencial que haja uma análise cuidadosa das penas cumpridas no exterior, levando em consideração a legislação brasileira e a possibilidade de aplicação de benefícios penais previstos no ordenamento jurídico nacional. Isso garantirá uma abordagem justa e proporcional ao cumprimento da pena, levando em consideração tanto a gravidade do delito quanto a possibilidade de ressocialização do réu.

Por fim, é fundamental que o direito brasileiro continue a evoluir e aprimorar suas normas e procedimentos relacionados ao cumprimento da pena de pessoa condenada no exterior. O constante diálogo entre os diversos atores envolvidos é essencial para o aperfeiçoamento do sistema e para garantir que as penas sejam executadas de forma justa, eficaz e em conformidade com os princípios fundamentais do direito.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

BRASIL. **Lei de Migração**. Lei nº 13445 de 24 de maio de 2017. BRASIL.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. II, p. 29. 16.

CANDELA, João Paulo de Moraes. **A Crise do Sistema Prisional Brasileiro e os Desafios da Ressocialização**. TCC. Curso de Bacharel em Direito no Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis-IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral:** arts. 1º a 120 / Fernando Capez. - 23. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARDOSO, Oscar Valente. **Homologação de Sentenças Penais Estrangeiras:** Análise da Resolução nº 09/2005 do STJ.

ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Geral** / André Estefam, Victor Eduardo Rios Gonçalves. - 12. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MASSON, Cleber. **Direito Penal:** parte geral (arts. 1º a 120) - vol.1 / Cleber Masson. - 13. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Transferência da execução da pena a brasileiros natos.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 91, p. 299-309, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** Volume Único / Guilherme de Souza Nucci. - 19. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 687.

TROTTA, Sandro Brescovit; FERREIRA, Luciano Vaz. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal:** contornos históricos. Sistema Penal & Violência, v. 5, n. 1, 2013.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

FELIPE DA SILVA MARCHIORI:

graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹⁹.

ARIANE DE CARVALHO PORTELA VATANABE

(orientadora)

RESUMO: O objetivo desta pesquisa foi examinar a viabilidade jurídica das instituições de adoção de casais homoafetivos. Casais homossexuais buscam fazer valer seu direito de ter filhos e recorrem às agências de adoção porque é impossível ter filhos biológicos. Entende-se que a adoção resulta do reconhecimento da relação por lei, que após a operação não tem significado em relação à sua origem biológica. Refletindo nisso, a pesquisa voltou-se para o exame da adoção por casais homossexuais com o propósito de responder se eles têm os mesmos direitos que os casais heterossexuais. Considerando que é um assunto cheio de preconceitos. Sobretudo porque não estava previsto em nosso ordenamento jurídico. Assim, para melhor compreensão do tópico será abordado inicialmente os tipos de famílias previstos na constituição e os princípios Constitucionais da jurisprudência de Linhagem. Seguindo um breve estudo sobre os institutos de adoções. Para revelar o conceito de natureza jurídica e, por fim, analisar a probabilidade de adoção por casais homoafetivos de acordo com os princípios constitucionais de adoção vigentes. A adoção ocorre por ato de vontade, prosseguir em sociologia não em fatores biológicos. Nem é preciso dizer que se trata de um ato de amor de quem decide adotar e da chance de uma moradia para o adotado.

Palavras-chave: Adoção, Casais, Homoafetiva, Criança, Família e Princípios.

ABSTRACT: The aim of this research was to examine the legal viability of adoption options for same-sex couples. Homosexual couples seek to assert their right to have children and resort to adoption agencies because it is impossible to have biological children. It is understood that the adoption results from the recognition of the relationship by law, that after the operation it has no meaning in relation to its biological origin. Reflecting this, the research turned to the examination of adoption by homosexual couples with the purpose of answering whether they have the same rights as heterosexual couples. Considering that it is a subject full of prejudices. Mainly because it was not foreseen in our legal system. Thus, for a better understanding of the subject, the types of families provided for in the

119 E-mail: contatomarcchiori@hotmail.com

constitution and the constitutional principles of lineage jurisprudence will be initially considered. Following a brief study on adoption institutes. To reveal the concept of legal nature and, finally, to analyze the probability of adoption by same-sex couples according to the current constitutional principles of adoption. Adoption occurs by act of will, accepted in sociology not in biological factors. It goes without saying that it is an act of love for those who decide to adopt and the chance of a home for the adoptee.

PALAVRAS-CHAVE: ADOPTION, COUPLES, HOMOAFECTIVE, CHILD, FAMILY AND PRINCIPLES

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma grande produção que vem sendo progredido através de uma exploração que tratará da adoção de pessoas do mesmo gênero ou casais homoafetivos. A primeira seção desta tese relata a exploração histórico da família brasileira e sua estrutura, discute seus aspectos históricos, os novos modelos de núcleo familiar e enfoca os conceitos fundamentos históricos e a família moderna. Uma família que cresceu ao longo dos anos. Onde antigamente a família era tratada exclusivamente na forma do progenitor e da mamãe o que acontece hoje é que o poder entre os cônjuges é igual. Onde as famílias foram construídas, ou melhor, foram formadas, exclusivamente pelo matrimônio bom, hoje houve uma grande mudança com relação a essas constituições familiares na sociedade atual, onde podemos ver que, de acordo com a compreensão de cada um, existe um relacionamento estável.

A união relação celibatária-parental, foi constituída exclusivamente pelo significado de casamento, porém esta realidade não corresponde ao que notamos na sociedade atual, também denominada de sociedade contemporânea, com união estável, relação monoparental.

Além disso, este estudo fala sobre um feito de adoção de amor, onde os adotantes podem sustentar o poder de oferecer amor, carinho, respeito, afeto, bem-estar na esfera social, tudo isso deve ser levado em circunstância. O trabalho (estudo) foi brindado na necessidade de divisão por capítulos, sendo subdividido da seguinte maneira; família: instituição social; história de família; Jurisprudência: sobre adoção por casais homoafetivos'; finalizações; resoluções judiciais: posicionamentos sobre a adoção por casais homossexuais no Pau-Brasil.

2.A CONCEPÇÃO DE FAMILIA

Paulo Nader (2016) conceitua a família como uma instituição social formada por múltiplos indivíduos que são irmãos ou simplesmente derivados uns dos outros ou de um corpo comum, e os encara em termos de cuidado e convivência.

A família é a base da sociedade e é especialmente protegida pelo Estado. A família é tanto aquela que nasce do casamento como aquela que nasce da associação estável entre um homem e uma mulher que é protegida, bem como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, no nos termos do artigo 226 da constituição Federal de 1988.

Na Codificação Civil de 2002, não há uma definição clara do verbo família, pois esta palavra aceita diferentes significados, porém a melhor forma de relatar a família seria que é a primeira instituição com a qual um indivíduo entra em contato em sua vida. e seguindo, de uma forma ou de outra, está a sua morte. A ex-família de pais gays era impensável e inaceitável aos olhos da organização. Até pouco tempo atrás muito se falava sobre a união e o poder de dar às pessoas do mesmo sexo a hipótese de serem vistas e respeitadas como indivíduos capazes de formar vínculos afetivos. Com os avanços da humanidade inclusive da incisão a maternidade é uma opção concedida por lei, o que torna óbvio que o conceito de família também se estabelece nessas determinadas classes minoritárias.

A família é considerada uma instituição responsável por promover a educação e cuidado dos filhos, bem como a responsável por influenciar o comportamento deles no meio social.

O papel da família é relacionado com a socialização. Nesse processo são transmitidos os valores morais e sociais, bem como as tradições, os costumes e os conhecimentos perpetuados através de gerações.

Pela lei, espera-se que o ambiente familiar seja um lugar de afeto, cuidado, segurança, conforto e bem-estar proporcionando o respeito à dignidade de cada um de seus membros.

A família relida a partir da ótica constitucional vigente, foca-se na afetividade, deixando, o seu centro, de ser a esfera do pater famílias, heterossexualidade e monogamia, passando a promover a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. (FIUZA, 2006, apud COSTA, 2011)

A Família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Família é tanto a que se origina do Casamento, como aquela que nasce da União Estável entre um homem e uma mulher, que passa a ser protegida, como, a formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226, da Constituição Federal de 1988.

Sobre o conceito de família, Lidiane Duarte Horsth (2008) explana que se há mais de uma pessoa e elas se relacionam com base no amor e respeito, se ajudando e apoiando nas manutenções diárias, superando dificuldades e barreiras, logo são consideradas família. Seguindo essa mesma ideia, independentemente do sexo, se elas reúnem todos esses aspectos, são vistas do mesmo jeito.

Desta forma, brilhantemente arremata: após a análise de todos os conceitos vistos até então acerca do que seria a nova família estruturada a partir da Constituição de 1988 e do Novo Código Civil, repete-se que a família hoje deve ser entendida como o agrupamento de duas ou mais pessoas, em caráter estável e ostensivo, que tem como motivo principal da sua manutenção a existência do amor e do afeto entre os seus membros, sendo que tais integrantes dessa família se ajudam mutuamente nas dificuldades cotidianas respeitam-se como indivíduos dignos e únicos, têm comunhão de interesses e planos comuns para o futuro.

3 PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE

O princípio do sentimento foi fixado no final do século passado e início dos anos 2000, quando a linhagem deixou de funcionar apenas economicamente. Esse começo transmite a ideia de que a família deve se basear no afeto de seus membros. Consequentemente, o carinho e o cuidado são importantes e muitas vezes se sobrepõem ao vínculo biológico. O conceito de família mudou muitas vezes ao longo do tempo.

A doutrina vigente destaca que a importância institucional cedeu lugar à ideia de um ambiente propício ao desenvolvimento e expansão da personalidade dos membros enfatizando a relevância do afeto na construção das relações. A ênfase é colocada na realização pessoal, começando a ver a família como uma qualidade construída da interação humana e como um processo ativo.

A proteção da família deixou de ser um fim em si mesmo, passando a ser encarada como um meio para que cada um dos seus membros possa florescer como pessoa passando a se tornar um ambiente de comunhão, entreajuda e afeto e carinho. Nesse sentido, o referido princípio tem função preponderante para dar personalidade jurídica a assuntos que normalmente não o tem.

4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE DIREITOS

O Código Civil de 1916 e outros escritos legais estabeleceram a distinção. A maioria deles está relacionada ao estilo de herança. Entre filhos biológicos e filhos adotivos ou fruto de casamento ou união de facto. A Constituição Republicana de 1988 refuta esse entendimento ao enfatizar o princípio da igualdade de direitos da criança. na medida em

que está previsto no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que diz competir ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. Ou seja, ambas as partes devem gozar das mesmas possibilidades e oportunidades processuais, pois a igualdade aqui aludida é aquela intimamente ligada à ideia de processo justo.

5 EFEITOS DA ADOÇÃO

O art. 47 do ECA disciplina os efeitos da sentença de adoção, que vale frisar, tem natureza constitutiva, isto é, traz uma modificação no estado jurídico das pessoas envolvidas, criando para as partes um vínculo jurídico antes inexistente. Em geral, os efeitos de natureza pessoal que merecem ser sublinhados são: a ruptura automática da relação com a família o estabelecimento de verdadeiros laços de família civil entre o adotante e o adotado; a transferência final e completa do poder familiar para o adotante.

5.1 Registro

Por se tratar de uma nova relação jurídica, cancela-se o registro de nascimento original e cria-se um, que pode ser feito no local onde será estabelecida o domicílio familiar. Deve conter os nomes dos adotantes e de seus pais e avós do adotado. Ressalte-se, ainda, que existe a possibilidade de este mudar de denominação por vontade própria ou do adotante, sendo essencial, neste último caso, que o adotado seja ouvido, conforme pressagiado no art. 28 D.C.

Quanto ao registro realizado por dois homens ou duas moças na adoção conjunta de recém-nascido ou adolescente Vale lembrar que o modelo de certidão de nascimento que entrou em vigor em janeiro de 2010 por força do decreto nº6.828. Cadastro dessas entidades familiares. Acontece que o novo modelo de certidão possui um campo chamado “afiliação”, que deve incluir o nome do pai da mãe ou dos pais juntos, ou seja, pai e mãe ou pais ou mães. Portanto, o preenchimento dos campos especificados é gratuito, o que autoriza criar um formulário de família.

6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA POR CASAS HOMOAFETIVOS NO DIREITO

Desde 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) permite que casais do mesmo sexo adotem crianças. Ocorre que o Estatuto da Criança e adolescente, o qual disciplina o instituto da adoção, não faz menção a esta possibilidade, mas também não a veda. Por esse motivo, surgiram dois Projetos de Lei para disciplinar o tema, quais sejam: o Projeto de Lei nº 2153/201131, que altera o § 2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos e o Projeto de Lei nº 7018/201032 que veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo

sexo. Atualmente, ambos foram apensados e estão em tramitação na Câmara dos Deputados aguardando parecer do relator na Comissão de Seguridade Social e Família

No dia 03/08/2009, foi sancionado pelo Exm^o. Sr. Presidente da República o Projeto já alcunhado como "Nova Lei de Adoção", que uniformiza os dispositivos acerca de tal instituto, dispondo, assim, sobre a adoção de crianças e adolescentes, alargando o conceito de família, trazendo inovações e avanços significativos à matéria no Brasil. A nova Lei, n^o 12.010/09, entrará em vigor no dia 3 de novembro deste ano.

Em se tratando de pleito formulado por pessoa solteira, não há dúvida de que, independentemente de orientação sexual, qualquer cidadão(ã) maior poderá adotar, desde que atendidos todos os requisitos legais previstos para a ação."

Consequentemente, o preenchimento dos campos especificados é gratuito, o que concede criar um formulário de família.

Maria Berenice leciona:

Diante do conceito aberto de família substituta (ECA 28), nada impede que duas pessoas adotem independentemente da identidade sexual. Nem na Lei dos Registros Públicos encontra óbice ao registro que indique com genitores duas pessoas do mesmo sexo. Basta registrar o adotando com 'filho de', acrescentado nome dos pais. No entanto permanece a resistência em conceder adoção a um casal que mantenha união homoafetiva. (...)

No entanto, a realidade brasileira não atende a essa demanda. A maioria dos infantes adotadas estão acima da idade dos desejos dos pais adotivos. Então elas passam a duração de uma vida inteira em abrigos, sem a chance de serem criadas em um lar amoroso. Convém ressaltar que o tempo máximo de internação em casa de acolhida para criança ou adolescente é de dois anos, de acordo com o art. 19 § 2^o ECA, porém, não ocorre na prática especialmente devido às questões apontados e morosidade judicial no processo de recrutamento.

7 ESTATÍSTICAS E DADOS POR ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Segundo dados obtidos pelo Sistema Nacional de Registro de Adoções por meio da delegação Nacional de Justiça (CNJ), o total de adoções por casais de dois homens no ano passado aumentou 93 % em relação a 2019. No entanto, casais do mesmo gênero que têm filhos ainda são uma minoria. No ano passado, foram adotadas 3.800 pessoas no estado de São Paulo e na região Sul, sendo 91% para casais com duas meninas, 131% para casais com dois homens e 82.

Os dados também mostram que as famílias nascidas de dois pais aumentar mais rápido do que as constituídas de duas mães. (Neste caso 36 %)

8 RISCOS NA ADOÇÃO

O primeiro contato dos pais e mães com seus filhos pode ser desafiador. Humberto César Machado, doutor em Psicologia pela PUC de Goiás diz que

“O preconceito está no adulto, e não na criança, que deseja apenas proteção, carinho, atenção e segurança independentemente de gênero ou orientação sexual. Para ele, a desconstrução social das ideias ocorre com o tempo e pode ser lenta.”

A adoção vai além das exigências técnicas. Em essência, tornou-se um meio social e emocional de tentar mitigar ou minimizar os danos causados às crianças institucionalizadas. Como todas as práticas sociais, elas refletem crenças, valores e padrões de comportamento historicamente estabelecidos. Uma análise dos registros de adoção no Brasil, mostra que os casais homossexuais são os que menos aderem aos requisitos que dificultam e aumentam o número de pessoas na fila de adoção, como cor da pele e idade, e até grupos de irmãos.

Maria Berenice Diaz disse que o sonho de toda pessoa é alcançar a felicidade, mas o direito fundamental reconhecido na constituição é, afinal, assegurar o direito fundamental à felicidade (DIAS, 2010, p. 118).

Como você sabe, a diferença neste assunto é óbvia. A oposta se fundamenta no conservadorismo do padrão e no preconceito atávico, sem interpretá-la na circunstância atual da jurisprudência de família. Vale ressaltar que os casais homossexuais encontram muita dificuldade de aceitação, diante dos preconceitos sociais, mas essa situação tem sido superada, embora não totalmente.

9 REQUISITOS PARA A ADOÇÃO

A adoção no Brasil ocorre por processo judicial, regulada pelo estatuto da criança e do adolescente- ECA (Lei 8.069/90). Ter no mínimo 18 anos, independente do estado civil (sim, solteiros também podem participar da fila de adoção). Deve subsistir uma diferença mínima de 16 anos para o adotado; não ser irmão ou ascendente do ser ou jovem a ser adotado; deve ser conjugal ou em união estável com comprovação de estabilidade familiar. Além das exigências, os psicólogos e assistentes sociais que intervêm em todos os processos de adoção também avaliam se o requerente da adoção atende aos pré-requisitos subjetivos relativos a práticas parentais responsáveis (artigo 197-A do ECA).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, com a adoção homoafetiva o melhor interesse das crianças e adolescentes que aguardam um lar e a busca pelos direitos que os casais homossexuais enfrentaram e pelas jurisprudências que conquistaram ao longo dos anos responde à necessidade de milhares de meninos e meninas de desfrutar de sua dignidade e de sua cidadania. Com o surgimento de novas criações de família na sociedade especialmente por meio de julgamentos e do reconhecimento judicial dos casais homoafetivos como entidade familiar, assistimos a um fortalecimento dessa causa (adoção) que adquire os filhos e a sociedade que vê inúmeras crianças saindo da rua ou de abrigos, e crescendo em um lar com família, amor, carinho e educação.

Com tudo o que foi conquistado ao longo dos anos, ainda é pouco e há muito a ser conquistado, é certo saber conduzir com os preconceitos da sociedade e da crença mais tradicional, o universo está mudando e o Brasil acompanha esses desenvolvimentos para garantir os direitos fundamentais, a cidadania a igualdade, a vigência dos direitos humanos livres de toda forma de discriminação, seja qual for a forma de amor, mas mesmo assim comportar-se pelo legislador, uma coerção por lei para que esses direitos sejam garantidos, pois apenas assim as distâncias serão reduzidas e a deferência pelas diferentes formas de amor e linhagem será conquistado educação. A educação também é a aliada grande para garantir que essas conquistas sejam respeitadas.

Se há casos em que uma mãe ou um pai cria um ou mais filhos sozinhos, por que duas mães ou dois pais não podem criar um filho? É necessário entender a possibilidade de ampliar o escopo das famílias incluindo as relações homossexuais.

Completa que a adoção por casais homoafetivos é completamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Corresponde aos operadores do direito, e filosofia conceder para o debate sobre o tema, não permitindo que a lei seja fonte de discriminação por ausência de regulamentação legal.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 10 abr. 2023

BRASIL, CNN. **Adoção por casais LGBTQIA+ ainda é desafio no Brasil**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/adocao-por-casais-lgbtqia-ainda-e-desafio-no-brasil/>> Acesso em 15 abr. 2023.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 11 abr. 2023

BRASIL, **Lei nº 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 10 abr. 2023

BRASIL, **Ministério Público Do Paraná**. Disponível em: <<https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/responsabilidade-civil-em-caso-de-desistencia-da-adocao>> Acesso em 15 abr. 2023.

COSTA, Ana Surany Martins. **Os novos arranjos familiares que alteram a feição da família tradicional à luz do Direito Civil: o afeto como bem jurídico**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 13, nº100, p. 317 a 342 Jul/Set 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e homossexualidade**. Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família São Paulo: IOB Thompson, 2006

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O DIREITO TRABALHISTA E A “UBERIZAÇÃO” DO TRABALHO

BRUNO HENRIQUE DE SOUZA RODRIGUES:

graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis¹²⁰

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(orientador)

RESUMO: O principal objetivo deste artigo é instigar uma reflexão a cerca de um tema de grande relevância para o mundo jurídico, baseado nos conceitos do direito trabalhista e, em âmbito do direito geral, este artigo traz as perspectivas gerais e demais perspectivas do fenômeno da “uberização” do trabalho. Busca refletir sobre os impactos no mundo jurídico, seus prós e contras, trazendo as relações de trabalhos, e as demais fontes jurídicas que regem essas relações. Assim, o objetivo deste estudo foi, portanto, identificar os pontos fracos que os trabalhadores enfrentam devido a conflitos doutrinários e legais, em comparação com a posição internacional sobre o assunto, para garantir uma proteção justa dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Direito trabalhista; Relações de trabalho; Uberização; Impactos; Trabalhador.

ABSTRACT: The main objective of this article is to instigate a reflection on a topic of great relevance to the legal world, based on the concepts of labor law and, within the scope of general law, this article brings the general perspectives and other perspectives of the phenomenon of “uberization” of work. It seeks to reflect on the impacts on the legal world, its pros and cons, bringing the labor relations, and the other legal sources that govern these relations. Thus, the aim of this study was therefore to identify the weaknesses that workers face due to doctrinal and legal conflicts, in comparison with the international position on the matter, to ensure fair protection of workers' rights.

Keywords: Labor law; Work relationships; Uberization; Impacts; Worker.

1. INTRODUÇÃO

O direito trabalhista, é um dos ramos mais importantes do direito privado. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Constituição Federal de 1988, contêm normas e regulamentos que estabelecem regras para que essa relação que seja justa e lícita, e que garantam os direitos de ambas as partes e a segurança pessoal do trabalhador.

120 E-mail: bhenriquedesouza945@gmail.com

Em 2020, a pandemia da COVID-19 paralisou o mundo inteiro. Apesar da grande disseminação do vírus e aproximadamente 688 mil mortos no Brasil, a população teve que se reinventar para o “Novo Normal”. O enfrentamento à pandemia pelo Governo Federal foi interposto por medidas confusas e morosas, ocasionando desarmonia com as medidas adotadas pelos diferentes estados e municípios do país, o que acarreta impactos muito negativos no emprego e na renda. Constatou-se o crescimento do desemprego que obteve patamares recordes no país, agregado ao surgimento crescente do trabalho realizado por meio de aplicativos.

A partir desse contexto e da necessidade de as pessoas trabalharem para sobreviver, surgiu a chamada uberização do trabalho. A uberização é um termo geral que pode ser associado ao campo das relações laborais. No contexto empresarial, a uberização refere-se à venda independente de serviços a empresas sem o envolvimento de outras empresas ou agentes. Essa flexibilidade está ligada à proliferação de empresas e plataformas que atendem especificamente às necessidades de usuários e trabalhadores “informatizados” (LIMA; BRIDI, 2019).

A temática primordial é a famosa política de economia compartilhada, que aqui é chamada de “uberização”, referindo-se ao grande fenômeno que está se acelerando em nosso país e no resto do mundo. Ao realizar este trabalho, também foi considerada a falta de pesquisas que examinassem a Uberização de uma perspectiva ampla e legal. Existem pesquisas significativas que permitem um olhar jurídico mais detalhado e amplo sobre a economia de plataforma (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018); que analisam se a “as atuais regulamentações brasileiras são insuficientes para limitar legalmente a economia compartilhada” (RAMPAZZO, 2017, p. 1); e que realizam um estudo de diferentes formas de trabalho digital que aprofundaram a debilidade do próprio trabalho (LIMA; BRIDI, 2019).

Diante da quantidade de dúvidas e críticas a essa nova forma de produção, a teoria e as jurisprudências trabalhistas são instigadas a realizar uma análise aprofundada sobre a natureza da relação de trabalho e os requisitos básicos da relação de trabalho entre a empresa e o trabalhador.

Desta forma, o contrato de trabalho será analisado à luz das transformações, examinando posições teóricas sobre a natureza dessa relação de trabalho e as implicações das revoluções tecnológicas no Direito do trabalho.

2.OS IMPACTOS DA ACELERAÇÃO SOCIAL E AS MUDANÇAS NO MUNDO DO TRABALHO

Muitas vezes ouvimos que o tempo voa. Há ainda quem diga que o mundo hoje é diferente de antes, que mudanças estão ocorrendo de forma tão rápida que nem

percebemos. Esta declaração não é uma impressão popular, entre pessoas. Pelo contrário, os teóricos da celeridade social já estabeleceram esse fato. A modernidade não pode ser devidamente analisada sem a sua dimensão temporal. Isso inclui a velocidade com que os fenômenos ocorrem e o mundo muda. Hartmut Rosa diz que há uma grande e profunda aceleração da sociedade, causando Impactos econômicos, sociais e culturais. Essa aceleração ocorre, principalmente, de três maneiras: tecnologia acelerada, mudança social acelerada e a aceleração do ritmo da vida (ROSA, 2011, p. 12-14).

O avanço da tecnologia traz como consequência a aceleração das mudanças sociais. De fato, Schwab aponta que um dos traços mais notáveis dessa revolução, além das mudanças nos equipamentos, é a própria projeção intensa na forma de como as corporações são organizadas e dispostas, como as nações governam e como as pessoas vivem (SCHWAB, 2016, p.12).

A inovação tecnológica e a mudança social estão tão interligadas que é difícil pensar em qualquer novo dispositivo que não tenha mudado a maneira como as pessoas realizam uma determinada atividade. Afinal, o fator tempo é um dos maiores motivadores, pois as novas tecnologias prometem realizar determinadas atividades mais rapidamente, reduzindo assim o tempo necessário para realizá-las. Deste modo, acelera o ritmo de vida.

Como o trabalho é fundamental para a vida humana, a mudança social também o afetará. Este é um resultado relativamente óbvio, afinal, em um sentido mais básico, a inovação tecnológica trata de satisfazer as necessidades das pessoas, reduzindo a energia e o tempo necessário para realizar uma atividade e, assim, reduzindo a mão de obra necessária. Nessa perspectiva, a automação é uma parte natural da revolução industrial, mas também traz riscos para algumas indústrias.

As mudanças na organização do trabalho vão além da automação, ainda assim. A aceleração social tem um impacto profundo na dinâmica dos negócios: como agora diminuída e transitória, a ideia de uma profissão, enquanto as atividades que você escolhe fazer em sua vida mudam. Rosa explica que nas sociedades pré-modernas, as ocupações eram passadas de pai para filho, e essa era uma tradição que transpassava de geração em geração. Na modernidade clássica, as pessoas eram, em regra, livres para escolher sua profissão, mas geralmente o fazem apenas uma vez na vida. Em contraste, a modernidade tardia aumentou o número de locais de trabalho altamente móveis ou "Temporário", é assim que se avalia a experiência de diferentes atividades. Há uma tendência de não "ser" uma profissão, mas de "estar" em uma profissão (ROSA, 2011).

Para Marx, o trabalhador era mais pobre quanto mais produzia, enquanto seu patrão ou dono dos meios de produção enriquecia com o suor e a força do trabalho proletário. Se voltarmos ao contexto da Revolução Industrial, percebemos a longa jornada de trabalho, o proletariado, homens, mulheres e crianças, vivem para trabalhar, veem pouca

luz do dia, trancados em fábricas, extraindo toda sua vitalidade, aprisionados em empregos próximos à escravidão, independentemente dos bens produzidos.

O trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadorias cria. Com a valorização do mundo das coisas aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens. O trabalho não produz somente mercadorias; ele produz a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e isto na medida em que produz, de fato, mercadorias em geral (MARX, 2004, p. 80).

Na linha à medida que a sociedade acelera e o ritmo de vida se intensifica, as plataformas digitais pretendem oferecer aos prestadores de serviços de hoje algo muito importante: a capacidade de dominar o tempo. Assim, os trabalhadores autônomos teriam liberdade para decidir quando podem realizar suas atividades, podendo se conectar e se desconectar da plataforma a qualquer momento. Para Klaus Schwab, esse tipo de trabalho seria “a combinação perfeita de alta liberdade, baixa pressão e alta satisfação no trabalho”. (SCHWAB, 2016). Também, segundo María Fernández, este tipo de horário flexível é atrativo porque permite aos colaboradores uma melhor coordenação entre a vida profissional e pessoal e permite mais tempo para a família (FERNÁNDEZ, 2017).

Outra atração das plataformas digitais é sua oferta aparentemente infinita de empregos. Porque a plataforma não tem custo relacionado ao número de prestadores de serviços relacionados. Além disso, a maioria deles não requer nenhuma experiência, especialização ou habilidades especiais, o que é uma boa oportunidade de entrar no mercado de trabalho. Desta forma, os trabalhadores podem se cadastrar facilmente na plataforma. Esses recursos se destacam em uma situação de milhares de pessoas que estão em busca de oportunidades.

A uberização transformou o mercado de trabalho no século XXI e relacionado com o seu aparato técnico é um dispositivo igualmente complexo, o evento mediador da relação trabalhista clássica tem sido questionado. Alguns questionaram a importância da relação de trabalho, com horário limitado, salário definido, direitos garantidos e o reconhecimento de que os empregados estão em condições de trabalho materialmente desiguais, devendo os empregadores administrar esse novo fenômeno.

3. UBERIZAÇÃO EM TEMPOS DE CRISE: A PANDEMIA DA COVID-19 E O DIREITO DO TRABALHO

A tragédia da pandemia da COVID-19 no Brasil chegou ao absurdo, com centenas de milhares de mortes, e apesar de todos os esforços do Sistema Único de Saúde (SUS) e de seus profissionais de saúde, o sistema de saúde falhou em várias partes do país. O resultado social é catastrófico e aumenta muito a miséria, cujas causas, é preciso enfatizar, antecedem a crise sanitária, pois o neoliberalismo se tornou uma máquina de devastação.

O equilíbrio no mundo do trabalho é bem conhecido: alto desemprego, trabalho precário e trabalho cada vez mais informal e esporádico. Tudo isso cria um ambiente muito favorável para o desenvolvimento devastador do vírus em uma sociedade já desigual. Como todos os números começam a sugerir que suas tragédias são sobre classe, raça, gênero e etnia, o capricho de pensar “estamos todos juntos nisso”, em uma pandemia e seus efeitos “democráticos” aparecem rapidamente grupos vulneráveis da sociedade sendo os mais afetados. Se a pandemia não é a causa deste martírio social, muito o expôs e agravou, alargando o alcance social da desertificação da força de trabalho.

A classe trabalhadora brasileira viveu, com certeza, um dos momentos mais difíceis de sua história, tendo que enfrentar crises econômicas, sociais e políticas simultaneamente em meio a esta pandemia. Se, ainda antes da pandemia, o panorama da vida e do trabalho já era marcado por uma verdadeira terra arrasada de direitos e desproteção social, a pandemia da COVID-19 revelou a sua gravidade e aumentou drasticamente o seu impacto.

Nesse contexto, a chamada uberização do trabalho avança rapidamente no Brasil, combinando práticas extremamente nocivas que mudam a face da vida e do trabalho. Isso ocorre porque é realmente uma forma de camuflagem e desvio de um relacionamento remunerado que deve ser apresentado como não relacionado ao trabalho. Amplia-se então, entre outras coisas, a vaga imagem de “empresário”, “prestador de serviços”, que se torna um *modus operandi* das grandes plataformas.

Apesar de todas as consequências da uberização do trabalho para os trabalhadores informais, principalmente para aqueles que prestam serviços em grandes plataformas digitais, ela continua sendo um conceito promissor. Afinal, é inegável a eficácia das plataformas em facilitar a mediação de diferentes tipos de interações entre produtores e consumidores. Não é à toa que muitos deles cresceram exponencialmente nos últimos anos. No entanto, uma plataforma capitalista tem se mostrado ineficaz para garantir condições mínimas de trabalho, como direito ao descanso, salários justos e redes de apoio aos trabalhadores em caso de acidente ou doença. Isso se deve, em parte, à falta de regulamentação do setor. No entanto, o governo pretende regulamentar o trabalho sob demanda. A proposta permite que sejam feitas contribuições ao INSS, mas não a colaboração entre prestadores de serviços designados a plataformas digitais, ou seja, não há relações de trabalho. No entanto, a regulamentação dessa classe sozinha não resolverá todos os problemas associados às consequências da exploração do trabalho, como remuneração desproporcional e falta de representação de classe efetiva.

Parte do que separa a uberização de outros relacionamentos modernos é ironicamente, um certo retorno à privação de direitos da Crise do capitalismo industrial e que sempre esteve à margem do sistema. No capitalismo, a classe trabalhadora lutou e conquistou direitos trabalhistas como: jornada reduzida e limitada, salário mínimo, benefícios e segurança. A uberização, porém, desfaz algumas dessas conquistas, criando uma relação de produção em que, no marco das normas legais, não há relação trabalhista entre o trabalhador e o aplicativo, ou seja, generalização de espaço de trabalho informal.

Vale notar também, que essa nova relação se beneficia das crises, principalmente por causa dos desempregados e desanimados, que desistiram de procurar trabalho, ocorre neles porque é uma contramedida porque as pessoas que perderam seus empregos formais estão rapidamente procurando trabalho no setor informal para sobreviver. Portanto, a pressão da informalidade somada ao exército de reserva fortalece a competitividade mútua, porque quase qualquer um pode trabalhar no aplicativo. Além disso, torna o preço pago pelo tempo de trabalho extremamente baixo e, como resultado, muitos trabalham mais de oito horas por dia para obter uma renda pelo menos suficiente para se manterem fisicamente ativos.

Além disso, devido à tendência inerente ao sistema capitalista de concentrar o capital (MARX, 2013, p. 702), essas empresas tornam-se monopólios perante as áreas em que operam e obtêm energia para reduzir o custo do tempo de inatividade. trabalho (ABÍLIO, 2020, p. 117). Isso também é considerado poder de monopólio segundo um motofretista entrevistado em 2018:

Você vai até achar estranho de eu falar só Loggi, hoje eles conquistaram o mercado, tanto que você tem que trabalhar até meia-noite, a carga horária aumentou... antigamente você tinha meta, eu particularmente e vários amigos meus, tinha meta de R\$300 por dia... 'Eu vou fazer, tipo, até às 6h, no máximo até 7h'... você conseguia... hoje não. É o que a gente fala, o cara quando não tem família, é solteiro, é diferente, ele trabalha até a hora que ele quiser, então hoje a Loggi está praticamente obrigando você ficar até meia noite, 11 horas na rua. (ABÍLIO, 2020, p. 117).

Desse modo, há o aumento da quantidade de mais-valia (mão de obra não paga) extraída pela empresa da plataforma, neste caso a mais-valia absoluta. No entanto, já se podem imaginar tendências para a automatização de alguns destes serviços, por exemplo transportadores que utilizam carros autônomos (BEZERRA, 2020) e iFood com drones de entrega (MIOTTO, 2021) para extrair com mais eficácia a mais-valia.

Para tratar diretamente de como o caso da Uberização afeta o cotidiano dos tribunais brasileiros, é essencial compreendermos o direito e o Estado à luz de Karl Marx, pois, está intimamente relacionado com a temática em análise. Marx, seguindo a metodologia do materialismo dialético, entendia o Estado e o direito como reflexo das relações de produção com certo grau de autonomia relativa. Essa ideia é ilustrada na seguinte passagem de Marx e Engels (2007, p. 76):

Como o Estado é a forma na qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e que sintetiza a sociedade civil inteira de uma época, segue-se que todas as instituições coletivas são mediadas pelo Estado, adquirem por meio dele uma forma política. Daí a ilusão, como se a lei se baseasse na vontade e, mais ainda, na vontade separada de sua base real [realen], na vontade livre. Do mesmo modo, o direito é reduzido novamente à lei.

Assim, no capitalismo, as relações de produção estão sujeitas à divisão da dominação da burguesia sobre o trabalhador, e o Estado é a reprodução dessa lide:

o Estado moderno, que, comprado progressivamente pelos proprietários privados por meio dos impostos, cai plenamente sob o domínio destes (...) esse Estado não é nada mais do que a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, tanto no exterior como no interior, para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses. (Engels; Marx, 2007, p. 75)

Desse modo, quando o Estado e suas leis são analisados historicamente, fica claro que a realidade é consistente com o que Marx e Engels disseram. No início e meados do século XIX, o termo fator aparecia no código penal do país com mais frequência do que em outras leis (CAZZETA, 2018, p. 44-47). A normalização dos direitos sociais, incluindo os direitos dos trabalhadores, não começou até o século XX. Isso porque a pressão da revolução socialista e o movimento crescente obrigaram o Estado a criar esses direitos para não perder sua hegemonia. Mas à margem do capitalismo, o estado, em vez de fazer valer esses direitos, optou por implementar leis criminais e usar a força para controlar a classe trabalhadora. Porque só assim podem continuar a alimentar o capital com trabalho vivo.

Quando falamos em uberização, o Estado e a lei tendem a ficar do lado do capital e, portanto, não reconhecem essa relação de trabalho. No entanto, é provável que esses direitos sejam restaurados à medida que as manifestações e reivindicações dos trabalhadores avançam.

Nos últimos anos, no entanto, os tribunais têm decidido que não há relação comercial entre essas empresas e os prestadores de serviços colaboradores, denunciando a falta de elementos prescritivos em suas decisões. Os argumentos parecem ser os mesmos: os associados prestadores de serviços elogiam o uso da tecnologia de mídia digital oferecida pela plataforma, há liberdade de escolha de datas, horários e a comodidade oferecida por cada serviço, sem a necessidade de formalizar metas, volumes mínimos de viagens ou estar sujeita a qualquer tipo de regulamentação. Embora essas empresas enfatizem que os "parceiros" de negócios são livres para escolher quanto e quando esses serviços serão fornecidos, essa liberdade acabará sendo controlada e limitada pelo cumprimento das metas de agendamento do algoritmo de serviço.

Nesse contexto, o prestador de serviços torna-se uma mera força de trabalho, sem garantias ou direitos em uma relação de trabalho clara. Não há salário mínimo, feriados, horas extras, e o empregado é responsável pelos danos, criando um modelo injusto de transferência de riscos, custos e responsabilidades sem regulamentação legal.

Portanto, mesmo quando a relação de trabalho é clara, leis como CLT e a Lei nº. 12.009/09 que regulamentam o vínculo empregatício referente a essas categorias de profissionais, pelo simples fato de os serviços serem geridos com tecnologia aplicada, o que acarreta. Este é o paradoxo, pois qualquer trabalho do dia a dia pode se tornar técnico ou virtual sem perder a relação de trabalho com seus funcionários.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é perceptível que os direitos trabalhistas são uma conquista parcial por parte do proletariado na luta de classes, portanto essa conquista é antagônica com o interesse da classe capitalista, pois esses direitos reduzem a quantidade de mais-valia extraída por parte do burguês. Portanto, o capital não é mantido dessa forma, porque deve ser mantido cada vez mais pelo trabalho vivo.

Em vista disso, a uberização prova-se um fenômeno do interesse burguês em meio a luta de classes, buscando extrair mais-valia em grandes quantidades e retirar os direitos conquistados pelo proletariado. Mostrando-se um desafio para os operadores do direito conseguirem garantir os direitos dos trabalhadores, dado que, na aparência, opera em uma lógica diferente dos trabalhos regulares, disfarçando o trabalhador como um empreendedor. Porém, nos tribunais brasileiros, já é possível ver um avanço nas causas dos trabalhadores e até dos consumidores, quando é reconhecida, por parte do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Quanto às classificações de Marx, elas sempre se mostraram úteis e importantes para compreender o fenômeno da uberização e entender a mineração de aplicativos, o

valor agregado do hipercrescimento e o fato de os trabalhadores possuírem os meios de produção. Além disso, enquanto o mundo permanecer sob o capitalismo, todos os outros também permanecerão. A teoria de Marx ainda é útil para a compreensão dos fenômenos porque ele extraiu as categorias básicas desse sistema.

As ideias apresentadas não esgotaram as oportunidades de pesquisa voltadas para melhor compreender as nuances da uberização. Esperamos, portanto, que as observações aqui feitas encorajem novas análises, esclareçam a investida do capital e destaquem o papel da ciência na busca da libertação humana das condições singulares de trabalho.

5- REFERÊNCIAS

LIMA, J. C.; BRIDI, M. A. **Trabalho digital e emprego: a reforma trabalhista e o aprofundamento da precariedade.** **Caderno CRH**, Salvador, v. 32, n. 86, p. 325-341, Maio/Agosto 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/337073058_TRABALHO_DIGITAL_E_EMPREGO_a_reforma_trabalhista_e_o_aprofundamento_da_precariedade/link/5dc3766d299bf1a47b1c0419/download. Acesso em: 10 mai. 2023.

OITAVEN, J. C. C.; CARELLI, R. L.; CASAGRANDE, C. L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos.** Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. 248 p.

ROSA, Hartmut. **Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada.** *Persona y Sociedad*, v. 25, n. 1, 2011.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** São Paulo: Edipro, 2016.

FERNÁNDEZ, María Luz Rodríguez. **Clásicos y nuevos desafíos del trabajo em la Economía 4.0.** In: Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Volumen II. 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. OIT, Gobierno de España, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 292.

MARX, Karl. **O capital**, Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. **Uberização: a era do trabalhador justin-time? Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 111-126, maio. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt>. Acesso em: 19 mai. 2023.

BEZERRA, Mirthyani. **“Uber” sem motorista? Empresa do Google lança serviço de carros autônomos.** 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/10/14/uber-sem-motorista-waymo->

one-lanca-servico-de-corridasautonomas.htm#:~:text=Para%20solicitar%20a%20corrida%2C%20basta,%C3%A9%20que%20n%C3%A3o%20tem%20motorista.. Acesso em: 23 mai. 2023.

MIOTTO, Rafael. **IFood começa a usar drones para delivery em primeira rota experimental do Brasil na quarta**. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/12/14/ifood-comeca-a-usar-drones-para-delivery-emprimeira-rota-experimental-do-brasil-na-quarta.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2023.

ENGELS, Friedrich; MARX, **Karl. A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

CAZZETTA, Giovanni. **Na “idade das máquinas”**. Direito codificado e incertezas classificatória dos juristas, in História do Direito – Entre rupturas, crises e discontinuidades (eds. A. Wehling; G. Siqueira; S. Barbosa), Belo Horizonte, 2018.

MARX, K. **O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital**; [tradução de Rubens Enderle]. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, K. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

PRECEDENTE JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

MARIA DO SOCORRO MOREIRA DE RESENDE:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito pela UFPI. Advogada e Procuradora do Município de Guaratinguetá/SP¹²¹

1.INTRODUÇÃO

O sistema de direito processual brasileiro sempre se caracterizou pela adoção da Escola do *Civil Law*, assim como grande parte dos países de origem romano-germânica. A Escola do *Civil Law* se caracteriza por ter como fonte principal do ordenamento jurídico a Lei. No entanto, as mudanças de uma sociedade levam à necessária mudança de seu sistema jurídico e o sistema jurídico brasileiro vem passando por modificações constantes na buscando combater um Judiciário moroso e ineficaz e implantar um sistema mais célere, racional e ao mesmo tempo mais justo e seguro.

Oportunamente, mesmo que ainda não exista no sistema jurídico brasileiro uma concepção geral da necessidade de um Judiciário que trate os jurisdicionados de maneira uniforme, onde o resultado dos processos ainda muito se define pela "sorte" ou "azar" do setor de distribuição, de ter seu processo analisado por esse ou aquele juiz, esse ou aquele relator, esse ou aquele tribunal, cada qual com um diferente posicionamento, muito já se evoluiu.

Dentro dessa evolução se destacam as modificações advindas com a implementação, através da Lei 13.105 de 2015, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, onde a figura dos precedentes judiciais recebe grande destaque em todo o dispositivo e se observa a introdução de um sistema de precedentes judiciais com força obrigatória.

Apesar da grande comoção causada pela colocação de um tópico dedicado aos precedentes no Novo Código de Processo Civil, o histórico dos precedentes no Direito brasileiro não é tão atual. Já faz algum tempo que a figura dos precedentes vem sendo cada vez mais adotada no sistema processual brasileiro, na busca pela uniformização de sua jurisprudência e como consequência por maior segurança jurídica, em um sistema que dê celeridade e efetividade ao processo, com destaque para a efetividade das garantias constitucionais e a tomada de decisões mais isonômicas.

O sistema de precedentes introduzido no Brasil vai de encontro a ideia do Estado Democrático de Direito sedimentada pela Constituição de 1988 e exige que se repense

121 E-mail: mariasmresende@gmail.com

uma série de institutos jurídicos consagrados. Se repensa, inicialmente, a própria figura da Jurisprudência no *Civil Law*. Se pretende que o sistema de precedentes ajude na estabilização de uma jurisprudência uniforme e coesa, estranha a mudanças abruptas, mas, que, ao mesmo tempo, acompanhe as mudanças da sociedade e não pare no tempo, correndo o risco de engessar o direito. Com isso, a necessidade de repensar o próprio conceito de jurisprudência, o papel das súmulas e seus efeitos.

Além disso, o sistema de precedentes abre uma nova interpretação para diversos princípios constitucionais, hodiernamente também princípios processuais: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade, o princípio da celeridade, o princípio da segurança jurídica.

Frederick Schauer¹²², em um dos mais famosos e comentados ensaios sobre a temática dos Precedentes destaca como o sistema de precedentes se faz necessário para enfrentar as novas demandas de uma sociedade que clama cada vez mais por efetiva justiça e igualdade de direitos:

“It is worth noting at the outset that precedent, although arguably concentrated in and more important in law than in other decision-making domains, and more important in common-law legal systems than in their civil-law counterparts, is by no means unique to legal decision making. Younger children who demand to be treated just as their older siblings were treated at the same age are relying on arguments from precedent, as are consumers who insist on being given the same prices and terms as those offered to prior customers, as are members of committees and other collective decision-making bodies who treat the very existence of a previous committee decision on some subject as providing a reason to make the same decision on some subsequent occasion.”

O presente trabalho se mostra atual e pertinente diante de um tema sobre o qual ainda não exaustivamente se escreveu, mas que permeia os principais debates relacionados ao Novo Código de Processo Civil Brasileiro, tendo destaque como mudança que atrai olhares tanto de doutrinadores como de operadores do Direito, visto apresentar uma mudança paradigmática no Sistema Processual Brasileiro que afeta diretamente a prática diária do Direito.

¹²² SCHAUER, Frederick. Precedent. University of Virginia, 2011. Acessado em: <http://www.academia.edu/961394/Precedent>

Por outro lado, ainda extremamente relevante ressaltar a vertente paradoxal do debate sobre precedentes que acontece em todo o país, com muitos ainda se mostrando contrários a ideia de um sistema que acreditam que não prima pela estabilidade e pela segurança jurídica, mas sim que interfere diretamente na atividade criativa do magistrado. A temática dos precedentes está no bojo de uma discussão onde de um lado de encontra a busca por um direito previsível e no outro a busca por um direito que não se perde no tempo e está em constante evolução.

Os objetivos do presente artigo se destacam na busca por uma análise do Sistema de Precedentes no Sistema Jurídico Brasileiro, avaliando como funciona o Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil, demonstrando a possibilidade de maior efetividade do judiciário brasileiro diante do uso dos precedentes obrigatórios. Por fim, busca se analisar o debate que aborda possíveis benefícios e possíveis prejuízos dessa aproximação com o *Common Law* para o Brasil, destacando a relação dos precedentes com diversos princípios, em especial o da segurança jurídica e a dupla faceta dessa problemática: adaptabilidade x previsibilidade do Direito¹²³.

No que se refere à abordagem metodológica utilizada no presente trabalho, o estudo foi elaborado através de pesquisa qualitativa e exploratória, bibliográfica, descritiva e documental em especial nas áreas de Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Filosofia do Direito. O método utilizado foi o dedutivo e foram consultados livros, periódicos, sites especializados, artigos, teses e dissertações sobre o tema, além da ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Em um primeiro momento, é abordada a evolução histórica do tema em estudo, introduzindo o entendimento da formação da ideia de precedentes no Common Law e a posterior transformação do Civil Law de maneira a adotar a ideia de precedentes e previsibilidade jurídica, com destaque para a construção histórica do sistema de precedentes no Brasil, passando pela necessária conceituação e análise dos principais institutos da temática dos precedentes. O segundo capítulo se direciona especificamente para o Sistema de Precedentes apresentado no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Em um terceiro e último capítulo será feita uma abordagem sobre os pontos mais polêmicos do debate, destacando as vantagens de um sistema de precedentes obrigatórios e da aproximação com o Common Law para um judiciário que prioriza os princípios da celeridade, igualdade, economia processual, com grande destaque para a segurança jurídica.

¹²³ É o que destaca Teresa Arruda Alvim em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. Direito Jurisprudencial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Ao final, será feita uma avaliação da normatização do sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil e suas imputações futuras para o Sistema Jurídico Brasileiro como um todo, que se encontra em momento de grande transformação e reflete em um Judiciário cada vez mais cobrado pela sociedade brasileira.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UM ESTUDO COMPARADO

2.1 *Common Law* e Sistema de Precedentes

É de conhecimento geral a implicação do conceito de Direito com a ideia de pacificação da sociedade. De fato, o sistema judiciário e a figura do Estado-Juiz se colocam como supostamente aptos a solucionar litígios e pacificar conflitos de maneira justa e eficaz. Essa ideia de justiça está intrinsecamente ligada a ideia de igualdade de tratamento dada a todos os jurisdicionados, com decisões semelhantes para casos semelhantes e a soberania da segurança jurídica. Bem coloca Daniel Mitidiero¹²⁴, em famoso estudo sobre o assunto:

“Portanto, para que o Direito seja capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária (arts. 1º, III, 3º, I e 5º, caput, I e II, CF), é preciso resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica. Esses objetivos, no entanto, só são alcançados em uma sociedade pautada pela segurança jurídica. A promoção da segurança jurídica, consubstancia-se, portanto, em um problema central e perene de qualquer ordem jurídica. Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos uniformemente. Daí a razão pela qual a segurança jurídica é normalmente compreendida como uma das condições pela qual o Direito se torna possível – vale dizer, uma condição para que se possa conceber a própria existência do Direito.”

Deste raciocínio, onde se entende que o tratamento isonômico das partes depende necessariamente do prévio reconhecimento de qual é o Direito aplicável, surgiu, ainda no século XVI, a tradição do *Common Law*, evoluindo de um direito primitivo costumeiro e buscando dar segurança aos jurisdicionados através da força vinculante das decisões judiciais pretéritas e o respeito a estas.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da Persuasão à Vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

O *Common Law* surgiu da cultura anglo-saxão, onde o respeito aos usos e aos costumes e à continuidade histórica do Direito foi mecanismo de desenvolvimento prioritário. De tal maneira, construiu-se um direito baseado amplamente no direito não escrito e nas obras de grandes juristas ingleses, ao qual posteriormente foram acrescentadas também algumas legislações escritas.

Os juízes ingleses medievais desde muito cedo já invocavam precedentes em suas decisões. No entanto, nessa época, o precedente tinha apenas função ilustrativa, ou seja, explicação do significado do Direito explicado ao caso. Não havia a ideia de vinculação jurídica da Corte ao precedente. Desta maneira evoluiu o direito inglês para o *Case Law*, onde casos anteriores eram citados como explicações para o Direito usado nas decisões, funcionando os precedentes mais como elementos oriundos da experiência jurisdicional do que como elementos decisórios. Com o tempo, esses casos e essas decisões foram sendo agrupadas em compilações, os chamados *Year Books*.¹²⁵

Logo, inicialmente, a decisão judicial no *Common Law* era vista apenas como um instituto que permitia ao juiz declarar o direito, levando em consideração tanto o direito escrito, o *statute law*, como o direito não escrito, a *lex non scripta* ou *common law*. Ambos formaram o conjunto que compôs a Constituição Inglesa, formada em parte pelo direito consuetudinário e em parte por legislações esparsas escritas, se caracterizando como uma Constituição flexível, oposto do que ocorreu na França, por exemplo, onde em 1948 foi promulgada uma Constituição rígida, completamente escrita.

Posteriormente, começaram os próprios ingleses a indagar se esse sistema declaratório não limitaria a atividade criativa do juiz, mas é apenas nos séculos XVI e XVII que os precedentes incorporam um papel mais significativo na tomada de decisões no *Common Law*. Os precedentes passam a adquirir uma função persuasiva na tomada de decisão do juiz, servindo efetivamente de critério para a decisão do caso em análise.

Com o passar dos anos, diversas teorias surgiram e o estudo sobre os precedentes judiciais no *Common Law* evoluiu, chegando na essencial questão de como saber quais precedentes gozariam de autoridade para serem seguidos. A partir daí, Cortes se organizaram hierarquicamente, as razões de suas decisões foram organizadas e houve grande mobilização social em função da segurança jurídica, permitindo que surgissem condições para que aparecesse a força vinculante do precedente.

¹²⁵ Os chamados *Year Books* foram inicialmente coletâneas de doutrinas e decisões das cortes inglesas agrupadas para servirem de base na tomada de decisões no direito anglo saxão, como apresenta Mitidiero em: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A doutrina inglesa então sedimenta a teoria que finalmente permite que os precedentes adquiram força vinculante no direito inglês, valendo independentemente da adesão do juiz às razões formuladas em um caso pretérito. A força obrigatória dos precedentes e a maior rigidez do *stare decisis* se destacaram a partir da segunda metade do século XIX.

Entretanto, o que parece ser a resolução de uma questão leva a outra: a teoria do precedente totalmente vinculante não impediria a atividade criativa do juiz e “engessaria” o Direito, na medida que o juiz se tornaria uma espécie de “escravo do passado” e desta maneira estaria fadada à estagnação a evolução do sistema jurídico?

Como bem observa Neil Duxbury¹²⁶: “Sometimes pointing to a precedent was clearly a way of trying to be fair. But at other times I was the coward’s way out or an excuse for inertia.”

Foi a partir desse debate que a doutrina e os juízes ingleses organizaram a ideia de superação de precedentes em determinadas situações, buscando não impedir a evolução do Direito juntamente a da sociedade a qual serve e afastar decisões que perpetuassem grandes injustiças.

Fica claro que o *Common Law*, não possuindo a mesma racionalidade formal do direito baseado na lei, busca a adoção do *stare decisis* no intuito de imprimir para seu sistema um caráter de maior previsibilidade, racionalidade e segurança. No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni¹²⁷:

“(...)a demonstração de que o *stare decisis* é um instrumento para o alcance de previsibilidade num direito percebido como de menor racionalidade do que o do direito da época do positivismo científico tem grande relevância para se apontar para a imprescindibilidade de um sistema de precedentes obrigatórios num sistema como o brasileiro contemporâneo, em que se tornou absolutamente comum decidir casos iguais de modo diferente, sem se dar qualquer importância para previsibilidade, valor moral indispensável para o homem se desenvolver e requisito necessário para a racionalidade econômica.”

¹²⁶ Ainda no prefácio, IX. DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do Novo CPC*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág.44

Importante destacar a relevância do Direito americano para a teoria dos precedentes. Se desenvolveu nos Estados Unidos uma teoria onde predominava não apenas a ideia de respeito aos precedentes judiciais, mas também de forte respeito aos direitos humanos fundamentais, onde as colônias, ainda temerosas do domínio inglês, depositaram sua confiança em um sistema que afastava a força do Parlamento na medida em que fortalecia o Judiciário e submetia o Legislativo a ideia de um direito superior, fundacional, proveniente da Constituição. Como bem coloca Estefânia Maria de Queiroz Barbosa¹²⁸:

“(...)Diferentemente da Constituição Britânica em que nada era visível ou real, a Constituição americana era certa e determinada, delimitada pelas mãos fortes do povo, o trabalho ou o desejo de uma população atuando em sua capacidade original, soberana e ilimitada. Este documento não se deu apenas na esperança de certeza e previsibilidade que esse documento poderia fornecer, mas também na ideia de que este instrumento era produto de um ato político e coletivo e consciente, um acordo formado por meio de deliberação, amadurecido e adotado de forma solene pelo desejo do povo. Como as leis escritas de um modo geral, o direito constitucional escrito manifestava o potencial criativo da humanidade e as aspirações da modernidade.”

As limitações impostas pela Constituição ao Legislativo ganham destaque quando do julgamento do caso *Malbury v. Madson* pelo Juiz Marshall¹²⁹. Também a evolução do direito americano não apenas ofereceu uma ideia mais forte de separação dos poderes como também desenvolveu a ideia de pesos e contrapesos, entendendo a importância de uma fiscalização recíproca entre os poderes.

No entanto, o crescente poder dado ao Judiciário destacou a figura dos juízes e deu importante papel a consolidação de uma jurisprudência, principalmente no que se refere a questão dos direitos humanos, acabando por introduzir uma forte cultura de respeito aos precedentes judiciais. Unindo a ideia de Constituição escrita com a ideia de construção jurisprudencial do direito tradicionalmente pertencente ao *Common Law*.

2.2 *Civil Law*, o Direito brasileiro e os Precedentes Judiciais

A escola do *Civil Law* com origem associada ao direito romano e germânico, em muito se afastou dessas tradições durante sua evolução. Mais modernamente há especial

¹²⁸ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. Cit., p.55

¹²⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: UNB, 1984.

destaque para a influências das Revoluções Americana, como já abordado, e Francesa e das ideias de Constituição Escrita e Constitucionalismo.

De fato, o que mais caracteriza a ideia de *Civil Law* é a figura do juiz como “boca da lei”, atrelado ao positivismo da norma jurídica. A escola do *Civil Law* se coloca inicialmente como um sistema que minou os poderes dos juízes, sendo esses controlados pelo parlamento. No entanto, o Neoconstitucionalismo e outras modificações imprimiram diversas mudanças na escola do *Civil Law*, aproximando-a cada vez mais do *Common Law*.

A Revolução Francesa aparece como momento marcante para a Escola do *Civil Law*, passando os poderes para a mão do povo que não mais confiava no Estado, culminando com um Judiciário sem reais poderes e em um juiz que apenas diz a lei, diante da desconfiança da população.

Na França, a Constituição de 1791, inspirada nos princípios da Revolução Francesa, consagrava a voz do Legislativo como a voz do povo, sendo os membros do Parlamento legítimos representantes e protetores dos cidadãos, orientando a ideia de Supremacia da Lei e do Parlamento. Por bastante tempo, perdurou a ideia de um Judiciário que se submetia ao Legislativo, visto que os juízes eram considerados adversários da Revolução Francesa.

A evolução do Civil Law se colocou de maneira contrária aos fundamentos de sua criação, cada vez mais investindo na faculdade interpretativa dos juízes, que poderiam não só interpretar, como negar e até criar o direito. Essas faculdades acabam por serem exigências de uma sociedade com uma consciência política cada vez maior, pronta a exigir seus direitos com o Neoconstitucionalismo.

A Constituição de 1988 pode ser considerada um marco no sistema processual brasileiro, isso porquê, a partir dessa nova Constituição houve a adoção de um modelo constitucional de processo. A adoção desse modelo se deu por diversos fatores, entre estes, a crise de ineficiência do próprio Estado em implementar os direitos fundamentais e cumprir suas políticas públicas, o que acabou colocando o Processo como mecanismo de conquista desses direitos fundamentais. O Judiciário assim se fortalece, com a judicialização de diferentes temáticas, indo de encontro a garantia de amplo acesso à justiça prevista no Texto Constitucional.

Os próprios processualistas passam a fazer uma análise muito menos voltada ao texto legislativo e muito mais voltada aos princípios constitucionais, retirando o caráter eminentemente técnico que anteriormente era dado ao processo. Além disso, o processo civil sai da seara do individual e do privado e passa para a demanda do coletivo. Causas coletivas e semelhantes se multiplicam. Destacando um processo constitucional que clama

por um Novo Código de Processo Civil e se adequa à ideia de um Sistema de Precedentes Obrigatórios.

O Estado Brasileiro se caracteriza como um Estado Democrático de Direito. Tal Estado se destaca pela presença de uma Constituição rígida e garantidora de diversos direitos fundamentais. No entanto, de nada adianta a presença desses direitos fundamentais positivados se os mesmos não puderem ser efetivados. A efetivação desses direitos se dá através do processo e seus mecanismos. Entre os novos mecanismos expostos pelo Novo Código de Processo Civil está o Sistema de Precedentes Obrigatórios. No entanto, essa interseção com o *Common Law* e o uso de precedentes já se faz antiga.

Na Constituição de 1891, já por influência do direito norte-americano, consagra-se o controle difuso de constitucionalidade que se relaciona diretamente com a temática dos precedentes. No Estado Novo, na década de 30, Getúlio Vargas baixou dois decretos que obrigavam os tribunais a seguirem os precedentes do STF em matéria constitucional. Na década de 60 surgiram as súmulas, que são um produto brasileiro.

A partir dos anos 90 começaram a surgir mudanças legislativas para reforçar os poderes dos juízes a partir dos precedentes sumulados dos tribunais. Durante os anos, houve diversas modificações no Código de Processo Civil de 1973, tendo como exemplos art. 285-A; art. 481, parágrafo único; art. 557; art. 475, § 3º; e art. 518, § 1º130. Por fim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou o mecanismo da Súmula Vinculante. A figura da súmula, até hoje, gera polêmica, pois muitos criticam fortemente o papel das decisões vinculantes no Direito Brasileiro.

O que não se pode negar é que há uma tradição brasileira de normas que impõe respeito aos precedentes, no entanto, não há uma tradição de ensino dos precedentes. Com o novo Código de Processo Civil, o Brasil se obriga ao ensino da teoria dos precedentes judiciais e propõe uma significativa mudança tanto como no campo teórico como prático do Direito.

Nas palavras de Teresa Arruda Wambier: 131

“A complexidade das sociedades contemporâneas, somada ao acesso à justiça, que se tornou real já demonstraram com veemência que o direito positivo, pura e simplesmente considerado, não é um

¹³⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

¹³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Rt, 2012, p. 26

instrumento que baste para resolver os problemas que se colocam diante do juiz.”

Hodiernamente, não apenas a lei vincula o juiz, mas o ordenamento jurídico, como um todo, vincula o juiz. Inclusive, o Novo Código de Processo Civil, em considerado avanço, substituiu o uso do termo “norma” pelo termo “ordenamento jurídico”, em direção clara à transformação do sistema jurídico brasileiro, um sistema onde a lei é interpretada amplamente e conjuntamente com princípios, doutrina, jurisprudência e demais elementos e as decisões são tomadas dentro dessa conjuntura.

Uma sociedade mais complexa, com um sistema jurídico mais complexo, se depara com casos mais complexos, surgem com mais frequência os chamados *hard cases*¹³², os chamados casos difíceis, cuja solução não se encontra na lei e acaba tendo que ser “criada” pelo Judiciário, ou, nas palavras de Dworkin¹³³: “those cases in wich the result is not clearly dictated by statute or precedent”.

São situações mais complexas que permeiam a sociedade de hoje e não apresentam resposta pronta, pelo contrário, os chamados casos difíceis levam muito em conta da utilização dos princípios do Direito, do ponderamento e da interpretação feita pelos juízes, entre os exemplos teremos a questão das cotas raciais nas universidades públicas. São questões novas que se apresentam juntamente da crescente pluralidade da sociedade.

Como bem coloca Estefânia Maria de Queiroz Barbosa¹³⁴:

“Explica-se: nos países de tradição do civil law, buscou-se por meio da Codificação do Direito, garantir a previsibilidade e segurança nas leis, mediante a imaginável completude dos sistemas e dos códigos. Não obstante, com o Constitucionalismo, tal realidade não é mais possível, uma vez que as leis só serão válidas se compatíveis com a Constituição, que, por sua vez, é dotada de normas principiológicas e direitos fundamentais de caráter abstrato e aberto. Ainda, esta mudança de supremacia da lei para supremacia da Constituição, leva a uma aparente insegurança, na medida em que o conteúdo aberto das Constituições não pode ser definido a priori, mas dependerá do

¹³² DWORKIN, Ronald. *Hard Cases*. **Harvard Law Review**, Oxford, v. 88, n. 6, p.1057-1109, abr. 1975. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1975-hard-cases.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2016.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

contexto histórico, moral e cultural de cada sociedade. Ou seja, na medida em que os textos constitucionais possuem características vagas, abertas e abstratas, não há uma definição exata do seu conteúdo a priori para que se possa definir o limite material da constitucionalidade e validade da lei. Destarte, o fato de uma norma estar prevista num Código não dá certeza de que ela será aplicada, nem de que modo o será, especialmente quando envolver questões relacionadas a princípios e direitos fundamentais. ”

Logo, se percebe que a tomada de uma decisão judicial se torna tarefa cada vez mais complexa, tanto em países do *Common Law*, como do *Civil Law*. Se faz necessário criar o direito, inovar no ordenamento jurídico, mas de maneira coerente, harmônica, presando pela tão desejada segurança jurídica. É diante desse novo paradigma que o Sistema de Precedentes Obrigatórios surge no Brasil com inúmeras perspectivas e diferentes possibilidades.

2.3 Conceitos elementares

A ideia de respeito aos precedentes está atrelada a ideia de um Estado Democrático de Direito, que preza pelos princípios da legalidade, da igualdade, do processo legal, eficiência, liberdade, entre outros. Para o estudo dos precedentes, se faz inicialmente importante primeiramente conceituá-lo. Neil Duxbury¹³⁵ assim dispõe:

“A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision- wich serve as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all.’

A ideia do precedente com ação pretérita apta a guiar uma ação futura é o que fomenta o núcleo de entendimento sobre a significação e a aplicação dos precedentes. A experiência com ações passadas se coloca como mote para guiar as ações futuras em sociedade. O Direito, que se baseia nas mudanças e comportamentos da sociedade, admite e aceita a mudança, mas mudanças feitas de maneira racional, que afastem surpresas e arbitrariedades, e que, acima de tudo, preservem a igualdade entre os jurisdicionados.

No que se refere a conceituação feita pela melhor doutrina brasileira¹³⁶:

¹³⁵ Ainda no prefácio, IX. DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual*, p. 1321.

“Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente.”

Para entender o conceito de precedente é necessário analisar a estrutura da decisão judicial. A decisão judicial se caracteriza por ter como partes fundamentação e dispositivo. No dispositivo, o juiz vai fixar a norma individualizada do caso concreto, ou seja, a norma que regula aquele caso e sobre a qual recairá a coisa julgada. Na fundamentação, o juiz terá que tratar de uma norma jurídica geral do caso concreto, norma essa que serve de base para a extração da norma individualizada.

O precedente possui um núcleo e esse núcleo é a norma jurídica geral, é o elemento normativo do precedente, norma que é construída a partir de determinado caso para a solução de casos futuros. Essa norma do precedente possui um nome técnico: *ratio decidendi* e em sentido *strictu sensu*, muitas vezes se considera o precedente como o próprio *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é a parte da decisão que realmente vincula e entre os americanos é conhecida como *holding*.

A *ratio decidendi* é, por fim, o fundamento normativo da decisão, é a norma geral que se encontra na fundamentação do julgado e da qual decorre a norma individualizada que está no dispositivo. É universalizável, visto que tem aptidão para ser aplicada em outros casos. No Brasil, muitos autores tratam a *ratio decidendi* pela terminologia “motivos determinantes”.

Pode acontecer de uma decisão ter duas *ratio decidendi*, pois nada impede que existam dois fundamentos relacionados a um só caso. Nem tudo que está na fundamentação é *ratio decidendi*. Pode ocorrer de o Tribunal acrescentar precisões comentários acessórios que isolados e eliminados da fundamentação não servem para a solução do dispositivo. Esse conjunto de manifestações laterais, pessoais não servem como fundamento para o caso e são chamados de *obter dictum* ou *obter dicta*, no plural.

Para Neil Duxbury¹³⁷, em uma das mais famosas conceituações:

“Ratio decidendi can mean either reason for decision or reason for deciding. Judicial reasoning maybe integral to the ratio, but the ratio

¹³⁷ Ibidem, p. 84.

itself is more than the reasoning, and within many cases there will be a part of judicial reasoning that constitutes not part of the ratio but *obiter dicta*. An *obiter dictum* is literally a 'saying by the way'. In real cases both concepts often blur into one another."

A importância de reconhecer o que é *obiter dictum* é saber que este não é precedente e não possui nenhum efeito de precedente para o caso onde não serve de fundamento. Entretanto, nada impede que o *obiter dictum* de um determinado caso venha a ser *ratio decidendi* de um outro. Logo, não se trata de uma figura inútil, pois muitas vezes, através de comentários acessórios e manifestações pessoais há uma sinalização de qual comportamento o Tribunal vai adotar no futuro. Um exemplo de *obiter dictum* é o voto vencido, pois como foi vencido, passar a compor o acórdão, mas não é o fundamento determinante da decisão.

Quando se fala de precedentes, dois efeitos são essenciais: o efeito obrigatório/vinculante e o efeito persuasivo. O efeito obrigatório/vinculante é aquele que impõe que o precedente tem de ser seguido nos casos de situações análogas que lhe forem posteriores, obrigando os órgãos judiciais que tomem decisões judiciais supervenientes a adotar em sua fundamentação a mesma *ratio decidendi* estabelecida na fundamentação da decisão que originou o precedente. No Brasil, os precedentes com eficácia vinculante estão dispostos no art. 927 do NCPC. O efeito persuasivo é o efeito retórico do precedente, ou seja, todo precedente serve ao menos para convencer o juiz de suas razões, é a sua eficácia mínima.

O precedente se transforma em jurisprudência apenas após ser reiteradamente aplicado e a jurisprudência se transforma em súmula se for decisão do Tribunal transformá-la em um enunciado. Logo, a súmula acaba por ser o texto da *ratio decidendi* de uma jurisprudência dominante, gerada pelo uso reiterado do mesmo precedente.

A súmula continua tendo importância ímpar no ordenamento brasileiro, pois o próprio tribunal cria esse texto para deixar claro o seu entendimento, esses entendimentos são organizados e numerados, facilitando o seu uso na prática jurídica. O próprio NCPC¹³⁸ coloca como dever a edição desses enunciados, no art. 926: "Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante."

Tudo isso reforça a importância da previsibilidade e da segurança jurídica, mas é sabido que os precedentes, a jurisprudência ou súmulas nem sempre vão abarcar todos os casos concretos. A transformação da sociedade gera a transformação do direito e é preciso

¹³⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

enfrentá-la, sendo importante destacar as técnicas de aplicação, interpretação e confronto dos precedentes.

Estando o órgão julgador vinculando a precedentes judiciais, ao se deparar com o caso concreto este deve inicialmente verificar se este caso possui alguma semelhança com um ou mais precedentes, observando os elementos objetivos da demanda e sua aproximação com os elementos de demandas anteriores. Em caso de semelhança, se observa então o *ratio decidendi* das decisões tomadas nas demandas pretéritas.

Surgem então algumas possibilidades. Primeiro, há a possibilidade do *distinguishing*, isso ocorre quando há distinção entre o caso concreto em análise e o paradigma usado. Essa distinção pode ocorrer por diferentes motivos: pode não haver semelhança fundamental entre os fatos do caso concreto e os fatos que levaram à formação da *ratio decidendi* do precedente; pode simplesmente ser que as diferenças entre o caso concreto e o precedente sejam mais relevantes que as semelhanças e o caso concreto traga uma situação diferenciada, que afasta a aplicação do precedente.

A distinção é uma atividade ineliminável da jurisdição e que sempre é possível, visto que todos possuem o direito de demonstrar que seu caso é um caso diferente do precedente. É, desse modo, corolário do princípio da igualdade, pois fazer distinção nada mais é do que comparar o caso com o caso que gerou o precedente. A distinção não precisa ser prevista, mas o Novo Código de Processo Civil regulamentou a distinção no caso de recursos repetitivos no art. 1037§9º.

O Novo código de Processo Civil em seu art. 927, parágrafos 2 a 4, trata do fenômeno trata da superação do precedente (*overruling*). Quando avaliados em comparativo, o *overruling* se coloca como medida mais incisiva em relação ao sistema de precedentes do que a hipótese de distinção, isso porque há a real possibilidade do precedente deixar de existir como fonte vinculante. O precedente, que nada mais é do que uma decisão judicial já transitada em julgado, não chega a ser anulado ou revogado, no entanto neste caso deixa de ter eficácia vinculante e até mesmo persuasiva, podendo vir a ser substituído por outro.

É preciso cautela na avaliação dos motivos da superação no sistema de precedentes brasileiros, visto o Novo CPC lutar em toda sua estrutura por uma jurisprudência mais coesa e um sistema jurídico mais racional e isonômico. De tal maneira, a fundamentação de superação dos precedentes deve estar amparada na segurança jurídica, na proteção da confiança e na isonomia.

3.PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Sistema de Precedentes Obrigatórios se faz presente em todos os momentos do Novo Código de Processo Civil. Agora, na improcedência liminar do pedido, se o pedido contrariar um precedente obrigatório e dispensar dilação probatória o juiz pode julgar liminarmente improcedente o pedido. Na tutela provisória, se o pedido estiver em consonância com um precedente obrigatório, o juiz vai poder dar a tutela antecipada liminarmente, sem urgência. O Novo Código de Processo Civil também dispensa o reexame necessário no caso de a sentença estar de acordo com um precedente obrigatório. Na reclamação, se prevê a reclamação para fazer valer o precedente obrigatório.

Dispõe o art.927139 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...)”

O art. 927 do NCPC inova ao elaborar um rol de precedentes obrigatórios. Cada componente desse rol possui um procedimento único de formação. Além disso, esse rol não é um rol exaustivo, mas exemplificativo, visto que o próprio código mostra isso, como no caso do art.926, que prevê o dever genérico dos tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência; desta maneira, entende-se que a súmula de cada um dos tribunais, seja ele superior ou não, possui força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados.

Ainda seguindo este raciocínio o art.332, IV do CPC quando trata da possibilidade de improcedência liminar do pedido que contrarie enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre direito local; e o art. 955, parágrafo único, que autoriza julgamento unipessoal

¹³⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

de conflito de competência quando o fundamento for enunciado de súmula do próprio tribunal em que foi instaurado o conflito se colocam como reforçadores da normatividade destas súmulas.

O inciso I estabelece que os precedentes produzidos em ADIN, ADC e ADPF possuem força obrigatória. Importante destacar que se trata da eficácia obrigatória do precedente e não da coisa julgada nesses casos. As decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia vinculante em relação a todos os outros órgãos jurisdicionais do Brasil e à administração pública direta e indireta nas esferas municipal, estadual e federal. No entanto, nesses casos, a vinculação decorre de o fato da coisa julgada ser *erga omnes* de acordo com o disposto na lei. Assim, há duas opções de vinculação: o Poder Público se vincula à norma jurídica no dispositivo da decisão que resolve a ação de controle de constitucionalidade; o Judiciário se vincula a *ratio decidendi* desse mesmo julgado.

Os incisos II e IV estabelecem a vinculação dos juízes e tribunais aos enunciados de súmulas em matéria constitucional do STF e em matéria infraconstitucional do STJ. Trata-se aqui, aqui tanto das súmulas vinculantes como das não vinculantes. Logo, devem observar os motivos determinantes que levaram à construção desses enunciados.

Já o inciso III trata dos acórdãos resultantes do Incidente de assunção de competência, do Incidente de resolução de demandas repetitivas e proferidos em julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos. É exposto aqui o chamado *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*¹⁴⁰ que compõe o Novo Código de Processo Civil:

O NCPC traz previsto nos artigos 988 e 989 o chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas uma de suas grandes novidades. O Incidente se caracteriza como procedimento que será admitido caso seja identificada controvérsia que tenha potencial de ocasionar a multiplicação de causas que sejam fundadas em uma mesma questão de direito, gerando a possibilidade de um grande número de decisões conflitantes e perpetuação da insegurança jurídica. O Incidente busca então uma única solução para diversos casos que tratam de idêntica questão de direito e ao mesmo tempo possibilita a uniformização das jurisprudências dos Tribunais Superiores. Segundo a obra “Novo CPC: principais alterações”:¹⁴¹

¹⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹⁴¹ CABALLERO, Berto Igor. **Novo CPC: principais alterações**. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016, p. 355.

“O Incidente de Resolução de Demandas (IRDR) Repetitivas é instrumento vinculado às ideias de valorização do precedente e de racionalização da atividade jurisdicional, bem como aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.”

Já o acórdão de julgamento de Recurso Extraordinário ou de Recurso Especial vai servir de base para a admissibilidade de outros recursos que tratem da mesma questão e até para o julgamento de recursos ou causas que tenham o trâmite for suspenso. O julgamento de casos repetitivos além de julgar casos que se repetem vai se colocar como um dos meios de gerar precedentes obrigatórios. É necessário que o acórdão possua dois capítulos: o capítulo da fixação da tese e o capítulo do julgamento do caso, entregando não só a solução do caso, mas a aplicação dessa solução a todos os casos repetitivos em tramitação.

Já o Incidente de Assunção de Competência permite que o relator submeta o julgamento de determinada causa que envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social, a órgão colegiado de maior abrangência dentro do Tribunal, conforme dispuser regimento interno.

O inciso V do art.927 trata dos precedentes oriundos do plenário ou do Órgão Especial. Os juízes e tribunais devem seguir a orientação do plenário ou órgão especial ao qual forem vinculados. Trata-se de uma dupla vinculação. Em um primeiro momento há vinculação interna tanto dos membros como dos órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes que provenham do plenário ou do órgão especial desta Corte. Além disso, há a vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior aos precedentes do plenário ou órgão especial a que estiverem submetidos.

4 PRINCÍPIOS, PRECEDENTES E SEGURANÇA JURÍDICA

A introdução do Sistema de Precedentes Judiciais Obrigatórios, como visto, demanda uma mudança de visão e estruturação em relação a diversos institutos importantes para o Estado Democrático de Direito Brasileiro. O Novo Código de Processo Civil, com forte influência da Constituição de 1988, passa a ter alguns princípios positivados. Entre esses princípios, se destacam: igualdade, celeridade, contraditório e ampla defesa, devido processo legal, instrumentalidade das formas.

O art. nº 8 do Novo Código de Processo Civil¹⁴², impõe ao juiz observar o princípio da Legalidade. Em uma visão mais atual entende-se que o a ideia para o Estado de “não fazer nada que não esteja na lei”, evolui para a ideia de não fazer nada que não esteja de

¹⁴² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

acordo com o ordenamento jurídico como um todo, estando a ideia de um sistema jurídico voltado apenas para a ideia de lei pura já esgotada, como já visto. Nisso, os precedentes têm função essencial como parte desse sistema e seu dever de estabilidade e coesão vão de acordo com o princípio da legalidade; não é possível um sistema jurídico onde se decide com base em conceitos e institutos que mudam sem nenhuma justificativa.

Já no que se refere ao Princípio da Igualdade, se encontra por trás a ideia central da própria criação da ideia de precedentes, decidir casos semelhantes de maneira semelhantes, ter um denominador comum no passado para poder decidir no futuro e assim trazer a maior isonomia possível aos jurisdicionados. Uma isonomia frente ao Direito, ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas frente a lei. Como bem coloca a obra Direito Jurisprudencial:

“O jurisdicionado, quando vai a juízo, quer sagrar-se vencedor, quando perde, sem dúvidas, fica insatisfeito, mas essa insatisfação se potencializa a níveis insuportáveis quando toma conhecimento de que um caso igual foi decidido de maneira antagônica. Se, de outro lado, o jurisdicionado se sente inserido no mesmo contexto de todos, mesmo que perca a causa, seu nível de insatisfação certamente se reduz, o sentimento que predomina é de que perdeu porque - assim como todos os demais na mesma situação - não tinha direito.”

No entanto, como já visto, os precedentes, como parâmetros e padrões decisórios que busquem a igualdade, não podem sufocar uma ideia de igualdade que não comporte a análise crítica e diferenciada de cada caso concreto, preciso o magistrado, avaliar bem aquela situação para avaliar se esta realmente se adéqua ao julgamento análogo com base em um precedente, ou se se afasta e permite ao juiz se afastar dessa vinculação.

Outro instituto que se destaca é a regra da motivação das decisões judiciais, essa motivação toma uma outra dimensão a partir da introdução do Sistema de Precedentes Obrigatórios no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A própria Constituição Federal¹⁴³ impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade. De fato, o precedente passa a ser parte essencial da motivação da decisão. Nesse aspecto, necessária uma mudança qualitativa das decisões judiciais.

O princípio da segurança jurídica é um dos mais importantes e se coloca no centro do debate de adaptabilidade x previsibilidade analisado nesse trabalho. Essa segurança

¹⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

tem que se dar no direito não apenas em relação ao passado, mas também em relação ao futuro. A Constituição afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ou seja, as decisões tomadas pelo judiciário no passado devem ser respeitadas no presente e no futuro.

Há também uma nova visão para o princípio do contraditório, visto que a partir do momento que se aceita que a decisão de cada caso concreto não traz apenas uma norma para um caso específico, mas uma norma geral, tese jurídica exposta pelo órgão jurídico em sua motivação e que pode ser aplicada em situações gerais, futuras, o contraditório assume um caráter muito mais amplo.

Um dos grandes equívocos apontados pelos doutrinadores é achar que a tradição brasileira é incompatível com o sistema de precedentes. A Justificativa estaria na ideia de que o Sistema de precedentes engessaria a evolução do direito. No entanto, na opinião da maior parte da doutrina, essa ideia não se justifica. Por certo, muitas são as justificativas apresentadas em favor do sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil

O sistema de precedentes, tal qual um sistema baseado na Lei, impõe ao Juiz a obrigatoriedade de observar o Precedente, se abrindo, a partir disso, como já visto anteriormente, três opções: aplicação, distinção ou superação do precedente. Mas o magistrado não se encontra vinculado a nenhuma dessas opções. Diante da análise do caso concreto cabe ao magistrado observar as peculiaridades do mesmo e observar o paradigma para decidir como proceder.

Ainda, a tendência é que haja uma diminuição no volume de causas do Judiciário, visto que tende a fazer com que as pessoas evitem demandas temerárias, tornando o processo mais célere e mais simples, visto também que diminui a controvérsia já que se restringe a saber se o caso é distinto ou se houve superação. O direito fica mais racional, pois não está submetido ao voluntarismo de cada juiz.

Muitos colocam que o sistema de precedentes é um sistema que parte do pressuposto que a jurisdição exerce um papel criativo na construção do Direito, papel esse que seria do Poder Legislativo. Essa concepção parece errônea, visto que o Legislativo imagina como futuros casos serão decididos e o magistrado auxilia dando sentido concreto ao repertório trazido pelo Poder Legislativo, tal qual a doutrina que auxilia fornecendo repertório e padrões dogmáticos para que o juiz decida de forma razoável.

Como abordado durante todo o trabalho, especialmente a partir do século XIX, com a constitucionalização do processo, foi dado maior destaque para os direitos fundamentais e judicialização do meio. Surge a necessidade de que sejam enfrentadas questões muito mais sérias e um contexto onde o significado da norma só pode ser extraído a partir da análise do próprio caso concreto.

De fato, os direitos fundamentais, possuindo caráter aberto e indeterminado, só terão seu real significado exposto na sua própria efetivação. Toda essa situação se coloca com enorme insegurança jurídica. O sistema de precedentes aparece então como possibilidade para a concretização da necessária segurança jurídica. Mais uma vez destacando a relação entre precedentes e princípios¹⁴⁴:

“A igualdade perante a lei, a certeza e segurança jurídicas ou mesmo a previsibilidade das decisões judiciais podem ser vistas como questões moralmente aceitas e exigidas numa sociedade, assim como podem ser consideradas direitos fundamentais, como acontece no Brasil. Não obstante, é importante ressaltar que esses valores ou direitos têm também um aspecto instrumental, e a prática de respeito aos precedentes também se justifica do ponto de vista utilitarista, garantindo os seguintes resultados: i) eficiência da justiça no sentido de economia do trabalho dos juízes, ii) eficiência no interesse das partes, no sentido de confiabilidade no que já foi decidido, iii) evitar (avoidance) litígios desnecessários especialmente quando já existirem decisões a respeito por Cortes Superiores.”

Também importante trazer a tona os estudos mais recentes de Luiz Guilherme Marinoni, um dos maiores processualistas civis do país e conhecido estudioso da temática dos Precedentes, com a publicação de diversos artigos e obras sobre o tema. Em obra já citada nesse estudo, Marioni¹⁴⁵ se dispõe, através de um estudo mais denso da cultura e da moral brasileiras, a buscar justificativas à implementação do Sistema de Precedentes no NCPC.

Tal qual o autor, o estudo aqui presente entende ser de fundamental importância para uma sociedade extremamente patrimonialista, onde a cultura do “homem cordial”¹⁴⁶ é soberana, uma sociedade onde manipulações, corrupção e o famoso “jeitinho” se destacam e por tal motivo não se mostraria verdadeiramente interessada no fortalecimento das instituições, em um direito uno e igual para todos, que possa efetivamente fornecer isonomia aos jurisdicionados e uma maior segurança jurídica.

¹⁴⁴ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. Cit., p. 212.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do Novo CPC*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁴⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

Em suas palavras:¹⁴⁷

“ Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o Direito assume a sua devida dignidade, além de que, além de poder ser aplicação de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.’

De fato, Marinoni destaca a unidade do direito como uma das justificativas para a adoção do sistema de precedentes no Brasil. Para o doutrinador, é da unidade do direito que é possível que este se desenvolva com todas as suas garantias, vindo daí a segurança jurídica, a igualdade, a racionalidade, a possibilidade de previsibilidade do direito.

Só esse ordenamento jurídico onde há maior segurança na aplicação do direito pode se colocar como “solução” não só para as necessidades do Judiciário, mas de toda a sociedade brasileira, propiciando coerência e permitindo o próprio desenvolvimento do Direito. Volta-se a questão da adaptabilidade, um novo caso sempre é diferente do anterior e um sistema que presa pelas mesmas soluções para casos análogos não se confunde com um que venha a impedir que caso concreto seja visto não apenas em suas generalidades, mas em suas diferenças e peculiaridades. O direito assim se desenvolve não apenas verticalmente, mas horizontalmente, lentamente, no compasso das modificações ao seu redor.

Além disso, Marinoni entende que a unidade do direito também gera clareza e generalidade. Há maior clareza na própria motivação, é mais claro aos juízes o modo de tomada de decisão e também aos jurisdicionados, que se deparam com menor indeterminabilidade. Isso é¹⁴⁸: “requisito para o homem se comportar de modo livre e racional no Estado de Direito e, mesmo, para ter condições de confiar no direito e nos atos estatais.” Há também maior generalidade, visto que a ideia do novo sistema é exatamente evitar a tomada de decisões desconstruídas para uma mesma situação.

A ideia de igualdade está diretamente relacionada a ideia de que o juiz poderia tomar suas decisões de qualquer maneira. Um sistema onde a tomada de decisões é um processo que depende apenas do íntimo e da parcialidade do juiz não promove nenhuma

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes: justificativa do Novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 106

segurança, tendo inclusive o Novo Código de Processo Civil destaque para a imposição de uma tomada de decisões cada vez mais bem fundamentada.

Importante destacar as decisões dos Tribunais Superiores que passam a se tornar precedentes obrigatórios. A decisão das Cortes Supremas vinculando os hierarquicamente inferiores é um claro modo de promoção de igualdade entre todos no Brasil. Impossível o STJ, por exemplo, se prestar a uniformizar a interpretação da lei federal, onde suas decisões não são de fato vinculantes.

Também o fortalecimento institucional é evidente. O fato das Cortes Superiores serem responsáveis pela interpretação e validade das leis não implica um esgotamento da função do juiz de primeiro grau, mas a coesão necessária ao fortalecimento do Judiciário. Esse fortalecimento, segundo Marinoni, reflete também em uma maior limitação do Poder Estatal, menos possibilitado a agir com arbitrariedade, os atos estatais, sejam administrativos, jurídicos ou legislativos transparecem maior confiança e racionalidade.

A racionalidade econômica, por fim, destaca o poder do direito ao influenciar toda a sociedade, inclusive sua economia. Uma sociedade onde há decisões arbitrárias e onde há a mínima confiança nas instituições também conspira contra estabilidade da economia. Onde não há previsibilidade há menos investimentos, menos lucro, menos trabalho. Além disso, os precedentes passarão a ser adaptados nas causas que envolvem as próprias empresas e dessa maneira haverá muito mais cuidado ao fechar contratos e tratar estratégias de investimento.

A questão da justificativa dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro extrapola a questão do campo jurídico e alcança a sociedade como todo, como já abordado. Onde há dúvida e incerteza há um grau bem menor de responsabilidade pessoal, afinal, não posso ser considerado responsável por algo sobre o qual não tenho certeza da ilicitude, gerando, conseqüentemente, menos respeito às instituições e ao Direito. Finalizando¹⁴⁹:

“Sucedem que uma vida conforme o direito e, por consequência, permeada pela responsabilidade, só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica. A multiplicidade de decisões diferentes para casos iguais, inviabiliza a postura de respeito ao direito, com o que perde força ou desaparece a responsabilidade sobre o sujeito.”

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 116.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto inicialmente, as diferenças entre os países que seguem a escola do *Civil Law* e os que seguem a do *Common Law* são cada vez menores. Mesmo tendo os países de *Common Law* despontado no entendimento da ideia dos precedentes judiciais, há uma conexão cada vez maior no direito, onde o *Civil Law* se apropria de institutos anteriormente em muito atrelados apenas a ideia de países de *Common Law* e o contrário também ocorre, em uma constante troca, comum a uma sociedade que se demonstra cada vez mais interligada.

Por certo, o surgimento dos precedentes judiciais veio tal qual ao surgimento da legislação escrita procurar dar maior segurança jurídica à sociedade e seus jurisdicionados. No entanto, a ideia de segurança jurídica inicial oferecida pelos países que focavam na legislação escrita se mostrou falha.

O direito segue as mudanças do tempo e se faz necessária a sua interpretação, função associada aos magistrados e conexão com as rupturas e modificações dos tempos futuros. O Constitucionalismo que possui grande força no Brasil após a Constituição de 1988 dá força a direitos e garantias fundamentais e apresenta conceitos abertos e flexíveis, dependentes de interpretações posteriores.

O antigo Código de Processo Civil já se mostrava defasado e não acompanhava a ideia de Estado Democrático de Direito trazido pela Carta Magna de 1988. Um Novo Código de Processo Civil foi necessário na busca por acompanhar a nova realidade do Estado Brasileiro e pela tentativa necessária de surgimento de um novo processo, mais célere e eficaz, condizente com um número de demandas em massa cada vez maior que se acumulam em um Judiciário que se destaca pela ineficácia e pela morosidade.

Assim, foi feliz o legislador ao introduzir um sistema de precedentes obrigatórios no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, e é feliz a doutrina que em grande parte acompanha e vê com bons olhos esse novo capítulo no mundo jurídico brasileiro. Não sendo estranho a ideia de precedentes, mas sem uma legislação sobre o tema, o país, em especial os aplicadores do Direito, não podiam efetivamente se vincular a ideia de precedentes, se destacando a jurisprudência brasileira por sua falta de unidade e coesão, assim como pelas discrepantes decisões relacionadas aos mesmos casos, em uma constante de injustiça e insegurança jurídica.

Se faz necessário que, nesse momento, estudiosos e aplicadores do Direito se voltem para o estudo da teoria dos precedentes, seus conceitos principais, a necessária diferenciação com jurisprudência e súmulas, seus efeitos, dinâmica, possibilidades de superação, interpretação e revogação.

Especial é que os magistrados estejam abertos a essa nova realidade, visto que o conceito de precedente é intrínseco ao conceito de decisão judicial e a decisão judicial, como exposto, passa agora a ser figura ainda mais importante, não decidindo muitas vezes apenas para um caso concreto, mas para um caso geral e para a formação de precedentes que vincularão não só o comportamento do Judiciário, mas o comportamento da sociedade brasileira em si. Sociedade esta que diante deste novo sistema e de uma possibilidade de maior segurança jurídica e racionalidade dentro do Judiciário, traz para sua própria conduta a ideia de maior responsabilidade, maior racionalidade, maior isonomia.

O papel das Cortes superiores na busca por uma jurisprudência mais homogênea e regular também se destaca e assume lugar importante para a mudança de conduta do Judiciário brasileiro, onde a função de homogeneização e interpretação da lei pelas cortes não se efetivava diante de uma jurisprudência com mudanças de entendimento a todo minuto e grande falta de conexão entre o colocado pelos Tribunais e seus próprios juízes, contribuindo para a falta de segurança e falta de confiança que emanam dessas decisões.

As colocações de Marinoni, antigo estudioso da temática, no impacto e na necessidade do sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil para a sociedade brasileira e para o judiciário atual se fazem não só pertinentes como sucintamente generalizam grande parte das vantagens que “justificam” a adoção do sistema de precedentes para o Brasil.

O paradoxo previsibilidade *versus* adaptabilidade no Direito se multiplica em diferentes vertentes e é pertinente em todo tipo de discussão, mas não por isso se torna seu entendimento menos necessário, pelo contrário, é essa discussão no atual momento ainda mais necessária.

A introdução de novos institutos como Incidente de Assunção de Competente e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conjuntamente a ideia de um microsistema de precedentes obrigatórios já fortalece e torna mais simples a aplicação do sistema de precedentes na prática forense.

Seja qual for o modelo de sistema jurídico adotado, é o Direito fruto de uma convenção de diferentes fatores: sociais, históricos, políticos e econômicos em constante mutação. Não há como afirmar ser a segurança jurídica uma característica de maior probabilidade em um país com uma formação de histórico do *Civil Law*, ou do *Common Law*, mas analisando as características do ordenamento jurídico processual brasileiro e o próprio histórico do Direito Brasileiro, parece ser um sistema de precedentes obrigatórios positivo e necessário a evolução desse direito.

Por fim, conclui-se que o estudo da temática dos precedentes se encontra em momento mais do que propício e não se esgota em uma simples trabalho sobre conceitos, princípios e segurança jurídica, mas se coloca em uma discussão muito mais complexa, que se faz necessária e por que não dizer, essencial, para o entendimento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, visto estar essa temática presente em todas as partes do novo diploma legislativo, tão crucial a aplicação do Direito e desenvolvimento do mesmo no Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

CABALLERO, Berto Igor. Novo CPC: principais alterações. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: volume 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. Harvard Law Review, Oxford, v. 88, n. 6, p.1057-1109, abr. 1975. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1975-hard-cases.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Brasília: UNB, 1984.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes: justificativa do Novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da Persuasão á Vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág.42

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de direito processual civil volume único. 8 ed. Salvador: Juspodium, 2016

SCHAUER, Frederick. Precedent. University of Virginia, 2011. Acessado em: <http://www.academia.edu/961394/Precedent>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Rt, 2012.

ACESSO À JUSTIÇA

MARCELO PAULA DE ALMEIDA:

Oficial de Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos, Registro Civil das Pessoas Jurídicas e Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede da Comarca de Mairinque-SP, graduado pela Faculdade de Direito de São Carlos-SP, Pós Graduado pela PUC-Minas, Pós Graduado pela PUC-SP, mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito ¹⁵⁰

RESUMO: O presente artigo tem como fundamento o estudo da efetiva busca do acesso à justiça não somente em sua acepção formal, como a possibilidade de estar em juízo, mas sim sob a ótica contemporânea em se promover o acesso a ferramentas que permitam analisar de uma maneira mais aprofundada, soluções capazes de propagar alternativas para se obter a pacificação social pela busca da justiça. A necessidade de ferramentas que possam disseminar a correta aplicação da jurisdição não somente pelo Estado Juiz traz em seu bojo a necessidade de incluir novas formas de soluções de conflitos, consubstanciadas na compreensão dos conflitos contemporâneos, em estudos para a buscas de soluções inteligentes, com maior participação das partes interessadas e por fim, dentro de um novo conceito de aplicabilidade de novos métodos de soluções de conflitos condizentes com o sentimento de participação das partes e da possibilidade em resolver litígios com a necessária eficiência, rapidez e auto convencimento de que tais métodos, além de promover a prevenção e solução de conflitos, possam também trazer a almejada sensação de justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Resolução de Conflitos, Formas Alternativas, Serventias Extrajudiciais

ABSTRACT: This article is based on the study of the effective search for access to justice, not only in its formal sense, but as the possibility of being in court, also from the contemporary perspective of promoting access to tools that allow for a deepened analysis, solutions capable of propagating alternatives to achieve social pacification through the pursuit of justice. The need for tools that can disseminate the correct application of jurisdiction not only by the State Judge brings with it the need to include new forms of conflict resolution, embodied in the understanding of contemporary conflicts, in studies for the search for intelligent solutions, with greater participation of interested parties and finally, within a new concept of applicability of new methods of conflict resolution

150 E-mail: marcelo.cartorio@terra.com.br

consistent with the feeling of participation of the parties and the possibility of resolving disputes with the necessary efficiency, speed and self-convince that such methods, in addition to promoting conflict prevention and resolution, they can also bring the desired sense of justice.

Keywords: Access to Justice, Conflict Resolution, Alternative Ways, Public Notary

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. ACESSO À JUSTIÇA E ORDEM JURÍDICA JUSTA; 2.1. Movimentos de acesso à justiça – Projeto Florença; 2.1.1 O judiciário e outras formas de resolução de conflitos; 2.2. A quarta onda de Kim Economides; 2.2.1. Responsabilidade do corpo jurídico e das faculdades de direito no acesso à justiça; 2.2.2. Educação jurídica e a formação do caráter profissional dos operadores do Direito; 3. ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL E O ACESSO À JUSTIÇA; 3.1. A credibilidade e a capilaridade da atividade notarial e registral; 3.2. A crescente tendência do acesso à justiça diretamente por meio das serventias extrajudiciais; 4. CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Se em um primeiro momento a dificuldade do acesso à solução de conflitos estava relacionada com a impossibilidade de acesso ao ente Estatal, cujo acesso limitador além de outros aspectos pessoais, tinha como regra o alto custo das demandas jurídicas, hoje, superado tal óbice, verifica-se que o Estado continua incapaz de suprir as demandas pelo acesso à justiça a uma gama crescente de conflitos advindos da complexidade das relações sociais e comerciais contemporâneas.

Os mais diversos estudos relacionados à eficiência, rapidez e capacidade em se promover a adequada prestação jurisdicional, deve considerar não só o acesso aos serviços jurídicos prestados pelo Estado, mas sim, necessária uma resposta eficaz que venha a suprir os anseios da aplicabilidade de uma ordem jurídica justa, com ferramentas e procedimentos capazes de prevenir e solucionar conflitos de uma forma que possibilite manter a pacificação e restabelecer o bem-estar social.

A fórmula estatal até então adotada para solucionar conflitos e buscar a almejada justiça na resolução dos conflitos, não mais se mostra adequada para suprir todas as demandas sociais que clamam pela proteção de seus direitos, sejam eles na esfera individual, coletivo ou difuso.

Isto porque, a atual complexidade das relações humanas nas mais variadas vertentes da vida cotidiana, seja em suas relações comerciais, afetivas, recreativas, trabalhistas, familiares ou mesmo em relação à direitos difusos e coletivos, como a proteção ao meio ambiente (urbano ou não), diversidade cultural, entre outros direitos

metafísicos, trazem consigo uma elevada gama de tensões geradoras de conflitos, que, antes mesmo de serem instaurados, precisam ter previsibilidade de soluções adequadas de acordo com suas peculiaridades, por meio dos mais variados modos de solução dos conflitos, sejam eles estatais ou não, adotando-se tanto medidas preventivas, como restaurativas eficientes.

Nesse contexto, necessária a contínua busca por novos mecanismos de solução de conflitos por meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como a necessidade em se disseminar o instituto da arbitragem e ainda, não menos importante, prestigiar a boa experiência que se tem demonstrado a possibilidade de desjudicialização de procedimentos do Poder Judiciário para as Serventias Extrajudiciais, que tem se firmado como um importante instrumento de colaboração do judiciário.

Desta forma, e diante do êxito já alcançado pela atividade notarial e registral na desjudicialização de procedimentos antes exclusivamente jurisdicionais, a exemplo do que ocorreu com a possibilidade em se promover inventários e partilhas diretamente no Tabelião de Notas, e mais recentemente, o processamento da Usucapião Extrajudicial nos Ofícios de Registro de Imóveis, faz-se necessário um estudo aprofundado da participação da atividade notarial e registral como mais um meio importante capaz de promover o acesso à justiça.

2. ACESSO À JUSTIÇA E ORDEM JURÍDICA JUSTA

O tema justiça merece reflexões aprofundadas que escapam ao desígnio do presente artigo, motivo pelo qual, traremos tão somente um conceito contemporâneo e aberto acerca de sua concepção, em especial pelo fato de que os desafios deste trabalho está em trilhar caminhos de acesso à almejada justiça, sendo esta, no dizer de Michael J. Sandel¹⁵¹, "não apenas a forma certa de distribuir as coisas, mas também devendo se ter em consideração a maneira correta de avaliá-las."

Fernanda Tartuce¹⁵² nos esclarece que a justiça não pode ser tida como um conceito unívoco, ao contrário, seu conceito é plurívoco e altamente dinâmico.

Assim, temos que o conceito de justiça é mutável tanto através do tempo, quanto em relação à cultura, aos costumes, espaços geográficos, levando-se em consideração ainda, os costumes e as consequências de atos e de condutas esperadas para determinadas situações da vida em sociedade.

151 SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. 32ª ed. Tradução por Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 2020. p. 323.

152 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2021, p. 77-78

Consoante Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁵³ lecionam em conhecido trabalho:

... a expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos

Conforme Cassio Scarpinella Bueno¹⁵⁴, advém daí o princípio constitucional do acesso à justiça, que pode ser identificado na terminologia jurídica por diversas expressões, como "acesso à ordem jurídica justa", "inafastabilidade da jurisdição", "inafastabilidade do controle jurisdicional" ou "ubiquidade da jurisdição".

2.1. Movimentos de acesso à justiça - Projeto Florença

Não é possível promover uma análise sobre as novas formas de acesso à justiça, sem que se promova, ainda que de forma simplificada, uma visita a um dos maiores estudos acerca das barreiras de acesso à justiça, ou como ficou reconhecido pela doutrina pátria e internacional, sem passar pelas Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça¹⁵⁵ de Mauro Cappelletti e Bryant Guarth, também conhecido como Projeto Florença.

Nesse estudo, segundo José Antônio Fischer, Sergio Nelson Mannheim e Sergio Nelson Monteiro¹⁵⁶:

Os autores consideram que "o 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística". E, a partir disso, identificam as três ondas renovatórias do processo, cada qual destinada a solucionar um gargalo: inacessibilidade dos economicamente hipossuficientes, ausência de representação de

153 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: *Fabris*, 1988.

154 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: 2009. v. 1, 103-104.

155 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: *Fabris*, 1988

156 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: *Forense*, 2019. P. 46 e-book

interesses difusos e ausência de mecanismos processuais mais eficazes à tutela jurisdicional.

A doutrina e a legislação nacional e internacional acompanharam assim, primeira onda, identificada como a assistência aos pobres (ataque ao obstáculo econômico); a segunda onda, como representação dos interesses transindividuais (ataque ao obstáculo organizador); e a terceira onda, como um novo enfoque de acesso à justiça (ataque ao obstáculo processual propriamente dito), sendo certo que esta última está centrada “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.

Pode-se dizer, em síntese, na linha de Leonardo Greco, que “atualmente também se reconhece que a pacificação dos litígios e a atuação da vontade da lei podem ser também desempenhados por órgãos e sujeitos não estatais, através dos meios alternativos de solução de conflitos, entre os quais a arbitragem”.

O desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial da arbitragem, e da autocomposição do litígio pela conciliação e mediação, representa um novo caminho à disposição dos jurisdicionados para resolução dos conflitos de interesses e, dessa forma, um facilitador do acesso à justiça.

2.1.1. O Judiciário e Outras Formas de Resolução de Conflitos

O Conselho Nacional de Justiça ao editar a Resolução nº 125157, que tem como premissa, estabelecer “política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesse que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade”, reconheceu em seus “motivos” a necessidade de resolução de conflitos não somente pelos serviços prestados nos processos judiciais, mas sim, por meio da adoção de mecanismos de soluções de conflitos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Não obstante o grande avanço trazido pela Resolução acima, a crítica aqui se faz pelo fato de que a adoção de tais medidas está consubstanciada na utilização da conciliação e a mediação para solucionar conflitos que já foram levados ao judiciário, ou seja, trata-se de uma forma de promover a autocomposição quando as partes já ultrapassaram as barreiras de acesso à justiça e acionaram a máquina estatal.

Kim Economides, entende ser louvável a introdução de reformas na esperança de reduzir o custo da justiça sem minar sua acessibilidade, no entanto, salienta que:

157 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125. Min Cesar Peluzo. Brasília, DF. Publicada em: 29 de novembro de 2010. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaana2655.pdf>, acesso em 10/10/2021.

“A chave para se entender a natureza do acesso aos serviços jurídicos é perceber o problema em termos tridimensionais a partir da compreensão simultânea de três elementos: a) a natureza da demanda dos serviços jurídicos; b) a natureza da oferta desses serviços jurídicos; e c) a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça”¹⁵⁸

Logo, por maior que sejam os investimentos em os recursos tecnológicos e de qualificação de seu corpo de servidores, tais como a possibilidade da digitalização de processos, investimentos em software e hardware, gestões de processos e de pessoal, dentre outras tecnologias que possam vir a colaborar com a eficácia e a velocidade na resolução dos conflitos exclusivamente pelo do Poder Judiciário, a experiência tem mostrado que tais instrumentos são limitados, e já não atendem de forma satisfatória o clamor pela busca de uma ordem jurídica justa.

Nesse sentido, interessante a abordagem promovida por José Antônio Fischer, Sergio Nelson Mannheimer e Sergio Nelson Moteiro¹⁵⁹, no sentido de que só a reforma de procedimentos judiciais não mais será suficiente para suprir tal demanda pelo acesso à justiça, cabendo ao ente estatal promover:

... a criação de determinados procedimentos especiais (tutela diferenciada), a mudança dos métodos para a prestação dos serviços judiciais e a simplificação do direito, incluindo nesse rol, a utilização de outros mecanismos para a solução dos litígios.

Ao discorrer acerca das inovações trazidas pela Lei 11.441/2007, que possibilita a realização de inventários e partilhas extrajudicial, por meio de escritura pública, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim¹⁶⁰ confirmam o êxito de tal experiência, e incentivam uma jornada no sentido de se promover a solução de conflitos por outros meios que não só o judiciário, ao aduzir que:

Há de se proporcionar aos cidadãos a possibilidade de resolverem suas pendências de forma mais rápida e eficiente, por meio de, principalmente, da conciliação e do entendimento, deixando para o

158 PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* **ECONOMIDES**, Kim **Cidade, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997. p. 64

159 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: *Forense*, 2019. P. 46-47 e-book

160 OLIVEIRA, Euclides de ; AMORIM, Sebastião . **Inventário e Partilha: Teoria e Prática**. 24^a *ed.* São Paulo: *Saraiva*, 2016. p. 452

judiciário as pendências mais complexas e nas quais o acordo se tornou impossível.

2.2. A Quarta Onda de Kim Economides

Não obstante as ondas renovatórias de acesso à justiça de Cappelletti e Garth terem trazido uma grande evolução para a efetiva superação dos obstáculos de acesso à justiça, bem como, trouxe elementos para que se pudesse promover a uma política de inclusão da jurisdição aos jurisdicionados tidos como hipossuficientes (seja no aspecto econômico, social e educacional), o fato é que, para Kim Economides, tais barreiras de acesso à justiça, uma vez transpostas, garantiam o acesso à justiça tão somente daqueles que, por conhecimento de seus direitos, já haviam feito a opção por procurar a justiça para resolver seu conflito¹⁶¹.

Ainda de acordo com Kim Economides¹⁶², o estudo das ondas renovatórias não considerou os estágios anteriores pelos quais os cidadãos passam até o momento de ingressarem nos tribunais. Logo, o ingresso nos tribunais depende, inicialmente de que o indivíduo tenha conhecimento que seu problema é jurídico, acompanhado da vontade de solucioná-lo mediante acesso ao judiciário, e só então buscar e contratar um advogado.

Dessa forma, Kim Economides¹⁶³ sugere uma “quarta onda”, expondo “as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.”

2.2.1. Responsabilidade do corpo jurídico e das faculdades de direito no acesso à justiça

Kim Economides¹⁶⁴, ao identificar uma quarta onda do movimento de acesso à justiça (e talvez a última, em sua concepção) visa promover a inclusão dos operadores do direito à justiça (inclusive dos que trabalham no sistema judicial). Questiona qual seria a percepção dos próprios advogados e dos demais operadores do direito com relação à justiça em que atuam (e se tais profissionais a reconhecem como justas), propondo assim uma mudança das questões metodológicas para as epistemológicas, propondo a análise

161 PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* ECONOMIDES, Kim **Cidade, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997. p. 65

162 PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* ECONOMIDES, Kim **Cidade, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997. p. 65

163 PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* ECONOMIDES, Kim **Cidade, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997. p. 72

164 PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* ECONOMIDES, Kim **Cidade, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997. p. 73

em dois níveis distintos, “primeiro, o acesso do cidadão ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados o acesso dos operadores do direito à justiça.”

Busca com isso no primeiro caso, investigar quem tem acesso às faculdades de direito e se quais suas qualificações como operadores do direito, e em um segundo momento, em se procurar estabelecer que, uma vez ingressados na carreira, se possibilite que tantos os advogados quanto os demais operadores do direito, tenham, eles mesmo, acesso à justiça.

O tema é deveras instigante, até pelo fato de que hoje, via de regra, os próprios operadores do direito se veem muitas vezes em situações de total desrespeito aos seus direitos minimamente necessários ao exercício da profissão. Um exemplo atual de que não respeito aos seus direitos, pode se dar diante da dificuldade de ingresso dos operadores do direito ao átrio forense, muitas vezes por vigilantes despreparados, que sob o manto de medidas de prevenção (tanto por medidas de segurança, ou mesmo em função da COVID-19), muitas vezes acabam por extrapolar sua atividade e violar direitos de acesso físico ao processo, impedindo o advogado de, “literalmente”, acessar os corredores dos cartórios judiciais.

Kim Economides¹⁶⁵ foca ainda a necessidade de aprimoramento do ensino nas faculdades de direito, que devem buscar entender melhor o papel na formação do caráter profissional dos operadores do direito, devendo estes alunos serem formados para ter compromisso com a justiça e com a ética, equipando os futuros bacharéis a “para atenderem as necessidades legais do público”, e ainda “elevantar o grau de conscientização a respeito da responsabilidade profissional”.

A análise da grade curricular dos cursos de direito no Brasil, nos mostra que estamos longe de atingir este mister. Em um estudo que trouxe a grade curricular de diversas universidades do país, Ygor Ramos Cunha Pinheiro¹⁶⁶, ao tratar do tema do acesso à justiça e a formação dos bacharéis em direito no país, observou que salvo raras exceções, a grade curricular dos cursos universitários tinha sua formação acadêmica voltada, em sua grande maioria, para a “cultura do litígio”, ou seja, com o ensino focado na resolução dos conflitos já instalados.

Importante ainda observar que praticamente nenhuma das instituições abordadas, sequer continham grades relacionadas à arbitragem, conciliação e mediação, e

¹⁶⁵ PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* **ECONOMIDES, Kim Cidade, Justiça e Violência.** Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997. p. 74-76

¹⁶⁶ PINHEIRO, Ygor Ramos Cunha. **Arbitragem Notarial.** Salvador: Editora JusPodivm. 2020. p. 77-80

praticamente nenhuma matéria relacionada à atividade notarial e registral em sua grade curricular regular.

2.2.2. Educação jurídica e a formação do caráter profissional dos operadores do direito

O acesso à justiça é um direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁶⁷, com o seguinte teor:

Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Dessa forma, cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, promover o acesso aos órgãos judiciários e meios adequados para solução dos litígios de forma eficiente e em um prazo de tempo razoável (artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal).

Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto¹⁶⁸, indicam que a sociedade alimenta a cultura do litígio, pois alcançou o ponto em que qualquer pequeno desentendimento entre vizinhos é levado ao Judiciário para que o juiz decida a situação e declare o vencedor e o perdedor.

De forma geral, sequer são consideradas as possibilidades em se promover a autocomposição utilizando-se de meios consensuais para solucionar os conflitos, considerando-se essa solução, como se fosse de segunda classe. Está arraigado em nosso cotidiano a crença de que a melhor decisão, aquela digna de ser considerada correta para qualquer litígio, deve ser proferida pelo juiz; não bastasse a busca constante do judiciário para solucionar os litígios, a maioria dos litigantes sequer aceita a decisão do juiz singular como definitiva e recorre às instâncias superiores para reanalisar seu caso, o que acaba sendo mais um fator cultura que vem a promover a superlotação dos órgãos do Judiciário.

3. ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL E O ACESSO À JUSTIÇA;

167 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2021

168 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem**: Artigo por Artigo. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 17 e-book

A atividade notarial e registral é exercida em caráter privado por meio de particulares em colaboração com o Estado, por delegação do Serviço Público, mediante outorga de delegações aos particulares aprovados em concurso público de provas e títulos, nos exatos termos do artigo 236 da Constituição Federal.

Constituição Federal

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público; § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.¹⁶⁹

Os notários e registradores são profissionais do direito dotados de fé pública, disciplinados pela Lei n. 8.935/94, segundo Walter Ceneviva¹⁷⁰, suas atribuições surgem da necessidade de o Poder Público investir fé pública para pessoas, com o intuito de praticar atos revestidos de efetividade, passando a ter aptidão plena para a produção de efeitos jurídicos, onde sua existência e direito correlato se encontrará efetivamente provada.

Para Leonardo Brandelli¹⁷¹, “o notário, por sua atuação jurídica imparcial, tem indubitavelmente a função de diminuir a litigiosidade civil”. Assim, ao formalizar um ato jurídico ao qual entende estar de acordo com os preceitos do negócio desejado, e verificando sua juridicidade, promoverá um instrumento tenha em seu bojo, o consenso das partes.

169 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2021

170 CENEVIVA, Walter. **Lei do Notários e Registradores comentada**: Lei 8.935/94. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42

171 BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**: de acordo com a Lei n. 11.441/2007. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73

Desta forma, preceitua Brandelli que, três fatores primordiais levam à prevenção da lide advinda de tal instrumentalização: a primeira decorrente do consenso das partes; uma segunda, pela atuação do notário que visa dirimir todas as dúvidas do negócio e promover a o detalhamento do alcance jurídico do ato pretendido, e por último, o fato de que o ato celebrado foi formalizado de maneira segura, estando certo o direito subjetivo de cada parte, como também a fé pública dos acontecimentos que o tabelião presenciou.

Tal segurança jurídica nas relações estabelecidas sob a orientação dos tabeliães, bem como sua atuação imparcial e seu conhecimento jurídico acerca dos atos que são praticados sob sua responsabilidade é uma importante ferramenta na prevenção de litígios.

Maria Cristina Zavarato¹⁷² arremata:

Com o advento da constituição de 1988 e da Lei n. 8.935/94, é possível afirmar que o Brasil está inserido no sistema notarial do tipo latino, o qual pressupõe garantia de segurança jurídica nos contratos e atos jurídicos entre privados através do exercício da atividade notarial, por um profissional liberal do direito com funções também de oficial público, independente e imparcial, bem com a existência de um instrumento público dotado, por força direta da lei, de fé pública e de presunção de legalidade

Ao discorrer acerca do princípio da segurança jurídica, Leonardo Brandelli¹⁷³ traz importante colaboração ao dispor que “o direito não é resolução de conflitos”; “o direito é evitar a lide, vivendo de acordo com as regras vigentes, em paz social”.

Nesse sentido, sustenta ainda o autor, a necessária busca pela profilaxia jurídica, mediante o uso de instrumentos que permitam buscar sempre o desenvolvimento das relações jurídicas de modo a evitar a “patologia jurídica da lide e do processo.”¹⁷⁴

Nesse sentido da segurança jurídica, Paulo Roberto Gaiger Ferreira¹⁷⁵ traz importante colaboração ao dispor que, “instrumentos hígidos, redigidos por um

172 EL DEBS, Marta (Coord.); ZAVARATO, Marcia Cristina. **Tabelionato de Notas: A Importância do Notário no Processo de Desjudicialização dos Serviços**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 84-85.

173 BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**: de acordo com a Lei n. 11.441/2007. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82

174 BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**: de acordo com a Lei n. 11.441/2007. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82

175 CAHALI, Francisco José; HERANCE FILHO, Antonio; ROSA, Karin Regina Rick, FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Escrituras Públicas: Separação Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 207. p. 35-36

especialista e com respeito à lei, permitem a executividade dos direitos e impedem litígios judiciais, sempre custosos, desgastantes, demorados”.

Outra nota muito importante para a garantia dos direitos subscritos pelas partes, que compareceram ao tabelião de notas para a lavratura de escrituras públicas, deve-se ao fato de que, a vontade das partes constantes do ato notarial não é passível de retificação pela via jurisdicional, não se admitindo a alteração da vontade das partes lançadas no negócio jurídico formulado perante o tabelião. Desta forma, nem mesmo na esfera jurisdicional é possível promover a alteração das declarações formuladas perante o tabelião de notas. Nesse sentido:

RETIFICAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA. Pedido de retificação de escritura pública de compra e venda para inclusão de informação quanto à qualificação do imóvel alienado. Requerimento formulado com fundamento nos arts. 212 e 213, I, “a” da Lei de Registros Públicos. Impossibilidade jurídica do pedido. Escritura de compra e venda que, embora pública, não possui natureza de registro imobiliário. Retificação que deve ser feita mediante nova declaração de vontade das partes contratantes, nos termos das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça. Demanda que, todavia, deve ser extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC/1973 (vigente à época da sentença) e não julgada improcedente. Precedentes. Sentença mantida¹⁷⁶

3.1. A credibilidade e a capilaridade da atividade notarial e registral

Ainda que parem muitas críticas e se atribuam aos “Cartórios” os entraves burocráticos como fator que dificultam as relações transacionais no Brasil, o fato é que tais críticas são infundadas e advêm sempre de uma análise perfunctória acerca do real papel de destaque que a atividade notarial e registral desempenha no país, muitas vezes com comparações infundadas com sistemas de outros países, e que em nada colaboram para a desburocratização dos processos intrincados impostos muitas vezes pela própria administração pública.

A prática tem mostrado um aproveitamento cada vez maior para se levar cidadania aos brasileiros de todos os cantos do país, em especial pelo fato de que a malha cartorária conta com quase mil unidades extrajudiciais, cuja atuação, além de estar presente em

¹⁷⁶ Apelação Cível nº 1004487-26.2014.8.26.0286- Comarca de Itu – Relator: Alexandre Marcondes - DJE de 03/10/2018

praticamente todos os municípios do país, se espalha ainda por muitos distritos remotos do país.

Experiências bem sucedidas desta atuação pode ser reconhecida a partir do momento em que os cartórios passaram a emitir CPF's atrelados ao registro de nascimento, em uma parceria estabelecida entre a Secretaria da Receita Federal (SRF) e os cartórios de Registro Civil do Brasil, cuja emissão atualmente já é emitida em 26 Estados da Federação, realizadas por 3.122 cartórios vinculados ao sistema.¹⁷⁷

O alcance das Serventias Extrajudiciais é tratado por Vitor Frederico Kumpel e Carla Modina Ferrari¹⁷⁸, indicando:

Muito embora a organização do Registro Civil das Pessoas Naturais seja definida por Lei Estadual de iniciativa do Poder Judiciário, o paradigma geral é definido pela Lei n. 8.935/94. Esta Lei uniformiza o sistema notarial e registral e, no que toca ao tema, determinada que em cada sede de Município haverá no mínimo um registrado civil. Nos municípios de significativa extensão territorial, cada sede distrital conterà, no mínimo, um registrador civil das pessoas naturais.

O mesmo sucesso pôde ser experimentado, com o início do apostilamento de documentos para uso no Exterior – previstos pela Convenção de Haia – cuja facilidade em legalizar documentos tanto vindos do exterior, bem como para serem utilizados no exterior, constituiu grande avanço na desburocratização para o tráfego de documentos internacionais, que antes eram realizados pelo Setor de Legalização e Rede Consular Estrangeira (SLRC).¹⁷⁹

3.2. A crescente tendência do acesso à justiça diretamente por meio das serventias extrajudiciais

Um dos mais importantes avanços no processo de desjudicialização de procedimentos de jurisdição voluntária, e que teve reflexos muito importantes para a inclusão e afirmação da atividade notarial e registral como forma de acesso à justiça diretamente pelas serventias extrajudiciais, foi o advento da Lei 11.441/2007, que, ao dar

177 **CAPILARIDADE NACIONAL. Cartórios com você**, 4ª Ed., **JULHO/AGOSTO** 2016. ANOREG-SP e SINOREG-SP. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/revistas/cartorios/Cartorios-Com-Voce-04.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 26

178 KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **TRATADO NOTARIAL E REGISTRAL Vol. 2: Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais**. 1ª ed. São Paulo: *YK Editora*, 2017.

179 **CAPILARIDADE NACIONAL. Cartórios com você**, 4ª Ed., **JULHO/AGOSTO** 2016. ANOREG-SP e SINOREG-SP. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/revistas/cartorios/Cartorios-Com-Voce-04.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.p. 10

nova redação aos artigos 982 e 983 do Código de Processo Civil de 1973, possibilitou que os Tabeliães de Notas lavrassem escrituras públicas de inventário e partilha amigável.

De acordo com Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, que referida inovação legislativa abriu “campo a um procedimento extrajudicial no Ofício de Notas, afastando os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa cancelar a partilha amigavelmente acordada...”¹⁸⁰

Como toda novel legislação que desafia os entraves burocráticos que fazem parte do cotidiano pátrio, o início de tal atribuição e o reconhecimento de sua auto formação e de sua carga de atribuição de distribuição do patrimônio de acordo com a vontade das partes, e sem a necessidade de homologação ou submissão dos órgãos jurisdicionais, causaram um certo descrédito, no alcance acerca da forma das disposições contidas em tais escrituras públicas de inventário em partilhas, em especial, com algumas dificuldades iniciais, em especial quanto à liberação de valores em bancos, transferências de veículos nos Detrans e mesmo dentre outros órgãos administrativos.

Ocorre, no entanto, que apesar dos entraves iniciais oriundos da profunda transformação na forma de processar inventários e partilhas, o fato é que a grande aceitação pela comunidade jurídica e pela sociedade, fez com que houvesse uma grande evolução deste instituto, em especial para incluir situações específicas que não estavam previstas inicialmente, à exemplo da possibilidade de inventário e partilha mesmo com a existência de testamento¹⁸¹, e também quando houver filhos menores, desde que as

180 OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e Partilha**: Teoria e Prática. 24^a ed. São Paulo: *Saraiva*, 2016. p. 452

181 RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS INTERESSADOS SEJAM MAIORES, CAPAZES E CONCORDES, DEVIDAMENTE ACOMPANHADOS DE SEUS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DOS ENUNCIADOS 600 DA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF; 77 DA I JORNADA SOBRE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS; 51 DA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CJF; E 16 DO IBDFAM.

1. Segundo o art. 610 do CPC/2015 (art. 982 do CPC/73), em havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. Em exceção ao *caput*, o § 1º estabelece, sem restrição, que, se todos os interessados forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

2. O Código Civil, por sua vez, autoriza expressamente, independentemente da existência de testamento, que, “se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz” (art. 2.015). Por outro lado, determina que “será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz” (art. 2.016) – bastará, nesses casos, a homologação judicial posterior do acordado, nos termos do art. 659 do CPC.

questões relacionadas aos direitos indisponíveis, já estejam solucionadas na esfera jurisdicional.

4. CONCLUSÃO.

Diversas medidas de enfrentamento da pandemia da COVID-19 no Brasil foram cruciais para aumentar a velocidade de digitalização dos processos judiciais, bem como permitir que se pudesse dar efetividade à prestação da jurisdição Estatal por meio do trabalho à distância, audiências por vídeo conferências, e a utilização de instrumentos de hardware e de software que de qualquer fosse possibilitasse continuar promovendo o acesso à justiça de todos os brasileiros.

Se por um lado essa necessidade de isolamento prolongado e da necessidade em se promover a rápida adequação em resposta às necessidades sociais em prestar a jurisdição, o fato é que, apesar de todo o esforço e de todo o aparato empregado na modernização dos procedimentos e da implantação de novas ferramentas na digitalização dos processos judiciais mostrou que somente o emprego da tecnologia e de novas ferramentas auxiliares no acompanhamento de tais processos, não se mostram suficientes para possibilitar uma justiça inclusiva, que possa atender de forma adequada a todos os anseios advindos das novas necessidades de resolução dos conflitos e o consequente senso de acesso à justiça.

Importante deixar consignado que as soluções dos conflitos atuais não demandam, tão somente, da possibilidade do acesso formal à justiça.

3. Assim, de uma leitura sistemática do *caput* e do § 1º do art. 610 do CPC/2015, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do CC/2002, mostra-se possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente.

4. A *mens legis* que autorizou o inventário extrajudicial foi justamente a de desafogar o Judiciário, afastando a via judicial de processos nos quais não se necessita da chancela judicial, assegurando solução mais célere e efetiva em relação ao interesse das partes. Deveras, o processo deve ser um meio, e não um entrave, para a realização do direito. Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, socorram-se da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça.

5. Na hipótese, quanto à parte disponível da herança, verifica-se que todos os herdeiros são maiores, com interesses harmoniosos e concordes, devidamente representados por advogado. Ademais, não há maiores complexidades decorrentes do testamento. Tanto a Fazenda estadual como o Ministério Público atuante junto ao Tribunal local concordaram com a medida. Somado a isso, o testamento público, outorgado em 2/3/2010 e lavrado no 18º Ofício de Notas da Comarca da Capital, foi devidamente aberto, processado e concluído perante a 2ª Vara de Órfãos e Sucessões.

6. Recurso especial provido

A questão do acesso à justiça deve vir acompanhada de meios de soluções de conflitos da forma mais próxima possível da solução da tensão entre o vencedor e o vencido na disputa, possibilitando que a solução seja adequada não só quanto à possibilidade em se obter do ente Estatal uma resposta ao conflito, mas que esta solução do conflito venha acompanhada de uma esfera de satisfação e convencimento de que a aplicabilidade dos parâmetros do encerramento do conflito tenha se dado de forma que as partes envolvidas consigam entender e aceitar os parâmetros adotados na solução desse conflito.

Assim, a possibilidade dos Tabeliães de Notas e Registradores em promover atos antes privativos do Poder Judiciário, tais como o inventário e partilha e o processamento da usucapião administrativa, tem se mostrado de suma importância para que as Atividades Notariais e Registrais venham a se firmarem como órgãos colaboradores do poder judiciário, não só com atribuições de instrumentalização da vontade das partes, mas sim, pelo reconhecimento de que a atividade notarial e registral pode colaborar de uma forma cada vez mais intensa, com a prestação jurisdicional, com atribuição de maior carga cognitiva decisória na prevenção e solução de conflitos, no âmbito de sua atividade.

REFERÊNCIAS

Apelação Cível nº 1004487-26.2014.8.26.0286- Comarca de Itu – Relator: Alexandre Marcondes - DJE de 03/10/2018

BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: 2009. v. 1, 103-104.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

CAHALI, Francisco José; HERANCE FILHO, Antonio; ROSA, Karin Regina Rick, FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Escrituras Públicas: Separação Divórcio, Inventário e Partilha Consensuais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPILARIDADE NACIONAL. Cartórios com você, 4ª Ed., julho/agosto 2016. ANOREG-SP e SINOREG-SP. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/revistas/cartorios/Cartorios-Com-Voce-04.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: *Fabris*, 1988.

CENEVIVA, Walter. Lei do Notários e Registradores comentada: Lei 8.935/94. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125.** Min Cesar Peluzo. Brasília, DF. Publicada em: 29 de novembro de 2010. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>, acesso em 10/10/2021.

EL DEBS, Marta (Coord.); ZAVARATO, Marcia Cristina. Tabelionato de Notas: A Importância do Notário no Processo de Desjudicialização dos Serviços. Salvador: JusPodivm, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: *Forense*, 2019. p. 46-47 e-book.

PANDOLFI, Dulce Chaves (Org) *et al.* ECONOMIDES, Kim **Cidade, Justiça e Violência.** Rio de Janeiro: *Fundação Getúlio Vargas*, 1997.

PINHEIRO, Ygor Ramos Cunha. **Arbitragem Notarial.** Salvador: Editora JusPodivm. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça:** O que é fazer a coisa certa. 32ª ed. Tradução por Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem:** Artigo por Artigo. 1ª **ed.** Rio de Janeiro: *FGV*, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2021.

KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **TRATADO NOTARIAL E REGISTRAL Vol. 2:** Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais. 1ª **ed.** São Paulo: *YK Editora*, 2017.

ABORDAGEM DA PSICOPATIA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

WEINE OLIVATTO PELEGRINO:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹⁸².

ANDRÉ DE PAULA VIANA

orientador

RESUMO: Sempre se chamou muita atenção o grande nível de crueldade em crimes cometidos por sociopatas, por se tratarem de crimes com extrema violência contra as vítimas. Tais atos de atrocidade assombram e chocam a sociedade, pois trazem o sentimento de extremo medo, além disso, estes delitos são um desafio para as autoridades nacionais e internacionais, dada a dificuldade de se chegar a uma conclusão no que se refere ao melhor procedimento para lidar com tais casos. O presente artigo visa compreender e refletir acerca da psicopatia, bem como o tratamento dispensado ao indivíduo psicopata na visão do Código Penal Brasileiro, expondo a prática de delitos e os critérios empregados pelo psicopata, assim como é fundamentada a sanção penal imputada a estes indivíduos. Esta pesquisa possui caráter exploratório, visando identificar e expor acerca do tipo de sanção imputada aos psicopatas, embasando-se em fundamentos jurídicos, artigos, doutrinas e periódicos, tendo como buscador principal o Google Acadêmico afim de levantar dados consolidados que fundamentem esta pesquisa e sua conclusão.

Palavras-chave: Sociopatas. Psicopatia. Imputabilidade. Código Penal Brasileiro.

ABSTRACT: Much attention has always been drawn to the high level of cruelty in crimes committed by sociopaths, as they are crimes with extreme violence against the victims. Such acts of atrocity haunt and shock society, as they bring a feeling of extreme fear, in addition, these crimes are a challenge for national and international authorities, given the difficulty of reaching a conclusion regarding the best procedure for deal with such cases. This article aims to understand and reflect on psychopathy, as well as the treatment given to the individual psychopath in the view of the Brazilian Penal Code, exposing the practice of crimes and the criteria used by the psychopath, as well as the criminal sanction imputed to these individuals. This research has an exploratory character, aiming to identify and expose about the type of sanction imputed to psychopaths, based on legal foundations,

182 E-mail: weinep@outlook.com

articles, doctrines and periodicals, having Google Scholar as the main search engine in order to raise consolidated data that support this research and its conclusion.

Keywords: Sociopaths. Psychopathy. Accountability. Brazilian Penal Code.

1 INTRODUÇÃO

O funcionamento cerebral de um psicopata possui peculiaridades e funcionamento diferentes, sendo indivíduos que se comportam e agem pela razão e lógica, não possuindo qualquer resquício de emoção e sentimentos.

Ainda, caracteriza-se o psicopata como um indivíduo sem qualquer afetividade, violento e insensível, possuindo capacidade de cometer crimes hediondos. As temáticas acerca da aplicabilidade da Lei Penal Brasileira a respeito das sanções possuem a consonância de que todo delito praticado pelo indivíduo necessita de uma sanção penal.

Indivíduos que possuem personalidade dissocial ou antissocial possuem grande dificuldade em conviver em sociedade.

A definição de psicopatia originou dentro da medicina legal, os médicos notaram que grande parte dos criminosos mais agressivos e cruéis não possuíam sinais de insanidade, sendo os crimes mais comuns praticados por psicopatas assassinatos em série, pedofilia e estelionato.

De acordo com Mielnik (1987), a personalidade é representada pelo modo habitual de ajustamento que o organismo efetua entre as exigências individuais e as do ambiente. No caso dos psicopatas, trata-se de um distúrbio extremamente grave e o indivíduo não pode ter uma vida social, mesmo que os crimes praticados sejam menos gravosos, pois sempre estarão cometendo diversos tipos de delitos. (Pieri; Vasconcelos, 2021)

Esta pesquisa possui enfoque acerca do tratamento empregado aos criminosos psicopatas, explanando acerca do entendimento doutrinário criminal em casos específicos. Haja vista que, as penalidades aplicadas a estes indivíduos são ineficazes, pois há um aumento de indícios de crimes perpetrados por estes indivíduos sendo reincidentes na prática de assassinatos cometidos pelos mesmos, o que demanda urgência em encontrar punições e sanções legais que enquadrem este perfil de criminosos.

Apresentando uma análise descritiva acerca da psicopatia à luz do direito penal Brasileiro, visto que há divergências dentro os doutrinadores no qual alguns os consideram inimputáveis, sustentando que tais indivíduos não possuem entendimento sobre suas ações, outros acreditam que tais indivíduos possuem sim consciência de suas ações ainda que limitada.

2 CONCEITO DE PSICOPATIA E O PERFIL DO CRIMINOSO

Atualmente, a palavra psicopatia deriva do termo grego significando “psiquicamente doente”, sendo utilizado desde o século XIX, no qual denominava-se toda doença mental.

A psicopatia é um conjunto de características emocionais, interpessoais e comportamentais, relacionados ao modo de funcionamento patológico, sendo um distúrbio emocional e de personalidade.

Assim, a psicopatia é um distúrbio de personalidade, atualmente um dos temas mais estudados por especialistas, haja vista que gera um impacto negativo na sociedade, pois geralmente a psicopatia está ligada ao comportamento do indivíduo em alguns tipos de crimes.

Estudos realizados demonstram que a psicopatia se manifesta por meio de ações que resultam de alterações biológicas na personalidade, relacionados a fatores familiares e ambientais.

Para Gonçalves (1999) a definição de psicopatia foi influenciada de diversas formas na sociedade bem como na evolução da ciência, no qual no senso comum é representado pelo sinônimo de “criminoso” ou “louco”.

A conduta do psicopata chama bastante a atenção, visto que se destaca alguns traços peculiares tais como: impulsividade, instabilidade, ausência de sentimentos como amor ou culpa, agressividade.

A conduta antissocial do psicopata decorre de tais fatores acima citados agravando-se pela dificuldade de mudar tais comportamentos. Ainda o psicopata possui um perfil quando se aproxima bastante comunicabilidade, grande parte das vezes demonstra ser muito simpático, criando uma máscara para encobrir seu real comportamento.

A vista disso, o psicopata pode apresentar-se categoricamente incompreensível e irracional para quem o observa de forma desatenta, muitas vezes envolvida na manobra de sedução do psicopata.

Para Cassiers (1968) é característico na conduta do psicopata atitudes vingativas, provocadores e medo em outras pessoas, o psicopata possui ainda habilidade nata em fazer com que os outros atuem conforme suas vontades.

A psiquiatria é uma área da ciência que tem como foco estudar a mente humana, somente com essa especialidade e estudos é possível afirmar que um indivíduo possui alguma doença mental ou distúrbio de personalidade.

Pacientes diagnosticados com psicopatia possuem um extremo poder de manipular, e demonstram-se serem extremamente egocêntrico. Não se sentem culpados por suas ações cruéis e não possuem medo de punições que possam vir a receber.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), define a psicopatia como “um transtorno de personalidade dissociada”, mais que isso, define ainda:

“Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade” (CID-10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1993) – (PIMENTEL, 2019)

Diante de tal contexto, os psicopatas não podem ser considerados como loucos, tal definição enquadra-se os psicóticos e esquizofrênicos, que não possuem discernimento do que é realidade e do que é criado por sua mente.

Já os psicopatas são pessoas que esbanjam charme, extremamente inteligentes, sedutores e mentiroso, possuindo capacidade nata em manipular e fazer com que façam suas vontades.

A psicopatia possui duas dimensões ligadas a área emocional de todo ser humano bem como ao seu estilo de vida, desta forma pode-se afirmar que o indivíduo já nasce psicopata, porém tal distúrbio pode ser diagnosticado ainda na infância ou na fase adolescente.

A autora Ana Beatriz Barbosa Silva, médica, explica em seu livro “Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado” como identificar um psicopata partindo da escala de Robert Hare, no qual esta determina o grau de psicopatia por meio de avaliação cínica e histórico pessoal do paciente, no qual o indivíduo possui: boa articulação, seguro de si e dominador, mente sem se dar conta que está mentindo e possui orgulho de enganar o próximo, possui sede por adrenalina, é explosivo, impulsivo, possui comportamento antissocial, ausência

de culpa, as emoções para o psicopata só são existente em palavras e falta de empatia, é irresponsável, possuem má condutas desde a infância.

3 A PSICOPATIA CONFORME A VISÃO JURÍDICA

3.1 A CULPABILIDADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da culpabilidade está relacionado a responsabilidade penal, sendo entendida como pressuposto de responsabilização penal.

A responsabilidade penal conforme Fragoso (1985, p. 203) pode ser definida como “dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável” (RIBEIRO, 2011).

Já no direito penal a culpabilidade é uma definição máxima “*nullun crime sine culpa*”, ou seja, não há crime sem culpa, que exige a subjetividade quanto a responsabilidade penal em um crime. (RIBEIRO, 2011)

Assim a responsabilidade penal do criminoso pode ser excluída ou reduzida, de acordo com a presença de causa exculpante ou de redução da culpabilidade, o que ressalta a afirmação de que a culpabilidade é a hipótese da aplicação da responsabilidade penal, neste contexto não existe crime se não houve a responsabilização penal. (RIBEIRO, 2011)

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a concepção finalista de Hans Welzel (MIRABETE, 2012, p. 184), no qual estabeleceu-se neste estudo a configuração de três elementos relacionados a culpabilidade sendo elas: a imputabilidade penal, que é a consciência relacionado a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Assim o magistrado irá analisar se o agente causador do delito possui sanidade psíquica, ou seja, se o agente causador possuía conhecimento da ilicitude de sua conduta e analisar se houve possível atitude de uma conduta diversa.

Já a imputabilidade penal está relacionada a condição subjetiva do agente, ou seja, na capacidade psíquica do agente ser responsabilizado penalmente.

Bittencourt (2021) afirma que:

Imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações. (BITENCOURT, 2012)

(...)

A imputabilidade na orientação finalista, como explica Mir Puig, deixou de ser um pressuposto prévio da culpabilidade e converteu-se em condição central de reprovabilidade. (BITTENCOURT, 2015, p. 456).

Desta forma, entende-se que a imputabilidade é responsável por caracterizar o agente de ser culpado ou não de um crime perpetrado. Assim:

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder “prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social”, deve ter, pois, “a percepção do significado ético-social do próprio agir”. O segundo, a “capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico”. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal. (Brodut, 1996 apud Greco, 2010, p. 395).

No ordenamento jurídico brasileiro essas capacidades são analisadas por critérios biológicos e psicológicos, assim no critério biológico é analisado a saúde mental do agente, se o mesmo não possui algum tipo de distúrbio mental que possa a vir a afastar a imputabilidade, verificando se sua saúde mental afetou de fato na sua capacidade de praticar o delito, já o critério psicológico analisa-se a autodeterminação e compreensão do agente, no qual será observado o fato psicológico do agente.

No Direito Penal existem causas biológicas já estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, conforme descrito no Código Penal art. 26:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Para Savazzoni (2019, p.100) no caso de doença mental, é necessário identificar todas as alterações mentais que afetam a capacidade mental do agente, havendo a possibilidade de ocorrer o retardo mental, no qual o agente possui a capacidade mental não desenvolvida, limitando a sua capacidade mental.

4 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal brasileiro não possui um dispositivo legal específico acerca da psicopatia, o que acarreta uma incerteza acerca do transtorno psicopata.

Alguns autores como Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli consideram a imputabilidade ao psicopata, no qual defendem a imputabilidade como consequência da incapacidade de compreender valores.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro atribui a imputabilidade apenas aos doentes mentais, assim a psicopatia não é considerada uma doença mental, e sim um transtorno de personalidade, indivíduos com tal transtorno possuem a capacidade de discernimento e juízo crítico, o que não pode ser enquadrado como doente mental.

Ainda Miguel Reale Júnior (2004) ressalta que a psicopatia não é uma doença mental, sendo uma falha de caráter, no qual possui um nível de inteligência considerável, porém não possui sentimentos.

Diante deste contexto, ficará a critério do magistrado analisar a sanção penal a ser aplicada podendo ser uma pena reduzida ou uma medida de segurança.

Porém é necessário considerar o nível de periculosidade destes indivíduos, considerando a realidade do sistema carcerário brasileiro, no qual afeta o indivíduo psicopata, não permitindo a ressocialização destes indivíduos, haja vista que indivíduos com possuem tal transtorno de personalidade possuem grande facilidade de manipulação, o que afeta a recuperação do preso que convive com tais indivíduos.

A autora Ilana Casoy (2004) afirma que:

“Do ponto de vista psiquiátrico e psicológico, esses indivíduos não se enquadrariam como doentes mentais como é o caso de uma pessoa portadora de esquizofrenia, porém eles apresentam um mau funcionamento da sua personalidade no tocante ao caráter que envolve os traços moldados ao longo do desenvolvimento, resultantes das experiências de aprendizagem propiciadas por diferentes influências ambientais. Para esses casos ainda não se tem uma causa específica, nem um tratamento adequado. Estão classificados como portadores de transtorno de personalidade antissocial ou psicopatas. (CASOY, 2004, p. 27).

Assim, ao analisar os casos de forma precisa, nota-se que o portador de psicopatia apresenta transtornos de personalidade, o que difere do doente mental, assim não ficará sujeito a inimputabilidade.

É necessário destacar que é fundamental essa diferenciação afim de identificar o conhecimento de ilicitude do agente causador do delito, haja vista que o doente mental possui incapacidade de discernimento quanto a legalidade de seus atos, já o portador de transtorno de personalidade possui total conhecimento da ilicitude de seus atos.

Assim, a Dra. Michele O. de Abreu em seu livro "Da Imputabilidade do Psicopata", define:

A psicopatia não consiste em uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porque não provoca qualquer alteração na capacidade psíquica do agente. Outrossim, ainda que assim fosse considerada, não teria o condão de retirar do agente a capacidade de conhecer o caráter ilícito dos fatos e de se determinar de acordo com esse entendimento. O psicopata conhece exatamente as normas que regem a sociedade e as suas consequências. Ainda assim, investe no plano premeditado e o pratica até onde lhe parece mais conveniente. Nessas circunstâncias, entendemos que a psicopatia não tem o condão de tornar o agente inimputável. (ABREU, 2014).

Desta forma, por possuir capacidade acerca da legalidade de seus atos, o agente que possui tal transtorno de personalidade não está sujeito às medidas de segurança como tratamentos psiquiátricos dispostos aos inimputáveis ou semi-imputáveis.

No ordenamento jurídico brasileiro, grande parte dos magistrados entendem pela semi-imputabilidade dos psicopatas, assim aplicam-lhes algum tipo de medidas segurança.

Assim, parte do judiciário brasileiro prevê um grau de periculosidade destes indivíduos elevados, desta maneira manter os mesmos reclusos juntamente com outros presos acarreta reflète na ressocialização destes presos.

Ainda vale ressaltar que a ressocialização dos psicopatas é ineficaz, haja vista que possuem um perfil de grande reincidência.

A maioria dos psiquiatras não crê na possibilidade de tratamento das personalidades antissociais. No caso de Cleckley, essa descrença deve-se às experiências clínicas com as formas tradicionais de psicoterapia, as quais foram frustradas. Os resultados das terapias biológicas, tais como, neurocirurgia, eletrochoque e uso de algumas drogas,

também não se mostraram diferentes (HARE, 1973, p. 97). Destarte, elucida Cleckley (1964 apud HARE, 1973, p. 97):

Permaneci desencorajado durante muitos anos sobre a eficácia do tratamento do psicopata. Tendo falhado regularmente em meus próprios esforços de ajudar tais pacientes a alterar seu padrão fundamental de atividade e inadequação social, julguei por um momento, que outros tratamentos poderiam ser bem-sucedidos. Tive oportunidade de lidar com pacientes tratados por psicanálise, por psicoterapias psicanaliticamente orientadas, por terapias de grupo e ambientais, e por outras variações do método dinâmico. Vi pacientes que foram tratados durante anos e anos. Sei também de casos em que não apenas o paciente, mas também vários membros de sua família foram prolongadamente tratados por psicoterapia. Nenhuma destas medidas me convenceu quanto à eficácia de seus resultados. Os psicopatas continuavam a se comportar do mesmo modo que antes da terapia. (CHECKLEY, 1976, p. 476-477) – (VICENTINI; PRADO, 2016).

Todavia, é fundamental analisar a imputabilidade dos indivíduos que possuem o transtorno de personalidade como condição preventiva de pena, nos quais os mesmos são presos apenas para serem afastados da sociedade por certo período, ou se ficando reclusos gera uma possibilidade de reinseri-los novamente no convívio social. Desta maneira, é sabido que o sistema prisional brasileiro possui grande ineficácia relacionada a ressocialização dos presos comuns, o que acarreta certa indagação no que tange aos presos com transtorno de personalidade.

O autor Anderson Burke afirma:

Quando é visto que o próprio sistema se mostra incapaz de ressocializar seus destinatários e se realiza como um mero instrumento simbólico de poder, segregação e abandono social, fica nítido que a pena privativa de liberdade se encontra numa verdadeira crise que clama pela revisão dos mecanismos legais e cultura jurídica para buscar meios que sejam definitivamente reabilitadores àqueles que se desviaram da lei estatal e causaram danos a bens jurídicos de seus semelhantes. (BURKE, 2019, p. 123) – (CHAVES, 2021).

Partindo de tal pressuposto, os problemas relacionados ao sistema prisional brasileiro em conjunto com o baixo índice de ressocialização, fundamentam a ineficácia da pena privativa de liberdade para os psicopatas, haja vista que, dentro do ambiente

carcerário os mesmos encontram-se expostos a condições que afetam negativamente estes indivíduos levando-os a reincidência em atos de grande repercussão nacional.

5 CASOS DE REPERCUSSÃO NACIONAL

5.1 SUZANE VON RICHOTHOFEN

Suzane Louise Von Richthofen, filha de Marísia Von Richthofen e Manfred Alfred Von Richthofen, vinda de família rica, falava três idiomas, cursava Direito, era uma menina que tinha tudo o que queria a seu dispor.

Conheceu os irmãos cravinhos pelo seu irmão Andreas, pois o irmão era praticante de aerodelismo, conhecendo Daniel Cravinhos em 1999, se apaixonando logo pelo rapaz iniciando um relacionamento em seguida, na época Suzane tinha 16 anos de idade e Daniel 18 anos.

Daniel era um rapaz de uma classe econômico bem abaixo de Suzane, em 2002, os pais de Suzane descobriram o romance, Suzane já com 19 anos, estava usando drogas junto com o namorado, os pais então proibiram o relacionamento, porém Suzane e Daniel insistiram em ficar juntos.

Em 30 de outubro de 2002, Suzane saiu com o irmão Andreas o deixando em um cybercafé, esta então vai até a residência de Daniel e do irmão, Christian Cravinhos, os três seguiram juntos até a residência de Suzane, na zona sul de São Paulo.

Suzane se dirigiu até o quarto dos pais para confirmar se os mesmos estavam dormindo, após a mesma faz um sinal ao namorando que juntamente com seu irmão subiu até o quarto, e assassinou os pais de Suzane a pauladas enquanto eles dormiam.

Após o crime Suzane pegou na dispensa sacos plásticos para guardar as roupas sujas de sangue e a arma utilizada no crime. O objetivo era simular um latrocínio. Logo após o crime seguiram para a casa de Christian e no caminho descartaram os sacos plásticos.

Daniel e Suzane seguiram para um motel, afim de obter um álibi. Suzane deixou o rapaz em casa e seguiu para buscar o irmão.

Ao chegar em casa Suzane percebeu a porta aberta e as luzes acesas e resolveu acionar a polícia, ligando também para Daniel em seguida.

O que ajudou a solucionar o caso foi uma maleta com dinheiro em real, euro e dólar que foi usada para pagar Christian pela ajuda no crime, sendo que este utilizou o dinheiro pouco tempo depois.

O que mais chocou os policiais foi a reação de Suzane a morte de seus pais quando a mesma diz: "Tá, e agora? O que a gente faz?" afim de não ser ligada à cena do crime a mesma mostra o cupom fiscal do motel.

5.2 FRANCISCO DA COSTA ROCHA (CHICO PICADINHO)

Francisco Costa Rocha, estudante de Direito, muito culto, possuía boas condições financeiras, era bem conhecido dentro da sociedade, viciado em drogas e álcool, ficou conhecido como Chico Picadinho pois no ano de 1966, assassinou e esquartejou Margareth Suida, bailarina de 38 anos, durante o ato sexual, Chico a enforcou com um cinto pelo simples motivo de não encontrar a chave do quarto, o mesmo a arrastou pelo quarto colocando-a na banheira, extraíndo os mamilos com o auxílio de uma gilete, iniciando o esquartejamento pelos seios, pélvis, músculos e nádegas.

Alguns pedaços foram descartados em baldes de plásticos e outros no vaso sanitário.

Após cometer o crime, o mesmo dormiu no sofá, somente na manhã seguinte contou o fato ocorrido ao seu colega de quarto. O amigo então acionou a polícia no dia 5 de agosto de 1966 no qual Chico foi preso.

Após 10 anos Chico novamente cometeu um crime, sua vítima foi Ângela Silva, 34 anos, e novamente Chico esquartejou uma mulher com uma faca, um canivete e um serrote, sendo preso pouco depois.

Chico foi diagnosticado como psicopata e condenado a 22 anos e 6 meses de reclusão, atualmente Chico vive em um hospital psiquiátrico em razão de seu nível de periculosidade para a sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo definir e conceituar a psicopatia, bem como analisar sob a ótica do ordenamento jurídico a temática bem como a aplicação penal brasileira.

Foi demonstrado a forma como a justiça brasileira julga os crimes cometidos pelos psicopatas bem como o grau de influência psicológica nos julgamentos.

Inicialmente foram dissertados o conceito da psicopatia bem como perfil do criminoso, conseqüentemente explanou-se acerca da temática sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, expondo sobre a culpabilidade e imputabilidade do indivíduo.

Com a coleta de dados conclui-se que os julgadores possuem divergências no que tange aos julgamentos dos indivíduos psicopatas, como também não uma legislação brasileira específica para estes indivíduos, submetendo só réus ao sistema carcerário brasileiro ou medidas de segurança ineficazes.

Desta forma é de grande relevância a psiquiatria forense, partindo de estudos e análises concretas para encontrar uma melhor aplicação penal para o criminoso psicopata, afim de reduzir a reincidência do mesmo nos crimes, haja vista que grande parte dos crimes perpetuados pelos psicopatas são crimes de grande resquício de crueldade e frieza.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. O. d. **Da imputabilidade do psicopata**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/da-imputabilidade-do-psicopata/121944082>. Acesso em: 02 mar. 2023.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 17^o edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 21^a Ed., p. 456, São Paulo: Saraiva, 2015.

BURKE, Anderson. **Vitimologia: Manual da Vítima Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro, Lei nº 2.848, de 07 de novembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte Geral - V.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

CARVALHO, S. D. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

CASOY, I.. **Serial Killers: Made in Brasil**. São Paulo: Arx, 2004, p. 47.

CASSIERS, L. **Le psychopathe délinquant**. Bruxelas, Dessart, 1968.

CHAVES, M. W. **A responsabilidade penal do psicopata: Uma Análise à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia (Requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito), 2021. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/1275/1/ok%20-%20TCC%20-%20Maur%C3%ADcio%20Wernersbach%20Chaves.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral**, 7. ed., p. 203, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GHEDIM, G. d. S. **A Culpabilidade do Psicopata no Sistema Penal Brasileiro**. Monografia (Exigência Parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito), 2019. Disponível em:
<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/11061/1/guilhermedasilvaghedim.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2023.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

Gonçalves, R. A. **Personalidade: O lado anti-social**. *Psychologica*, v. 22, 83-101, 1999.

HARE, R. D. **Psicopatas no Divã**: entrevista. 1 de abril de 2009. Website Revista Veja. Entrevista concedida a Laura Diniz. Disponível em:
<<http://veja.abril.com.br/010409/entrevista.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

MIELNIK, I. **Dicionário de termos psiquiátricos**. São Paulo: Roca, 1987.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 28. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2012, p.184.

MUSUMECI, M. C. **Saúde mental e perseguição criminal**. Jusbrasil, 2016. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/saude-mental-e-persecucao-criminal/335471808>. Acesso em: 23 mar. 2023.

OLIVEIRA, V. S. d. **O Psicopata frente ao Código Penal brasileiro**. Jus.com.br. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PIMENTEL, K. **A figura do serial killer psicopata no direito penal brasileiro**. Jus.com.br, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73949/a-figura-do-serial-killer-psicopata-no-direito-penal-brasileiro/3>. Acesso em: 05 mar. 2023.

PIERI, R. S.; VASCONCELOS, P. E. A. **A Análise Da Psicopatia Pelo Direito Penal Brasileiro E O Possível Risco À Sociedade**. *Revista Jurídica Direito, Sociedade E Justiça*, [S. L.], V. 5, nº 7, 2021. Disponível em:
<https://Periodicosonline.Uems.Br/Index.Php/RJDSJ/Article/View/3248>. Acesso em: 15 dez. 2023.

REALE, M. **Insituições do direito penal: parte geral**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2004. 2v.

RIBEIRO, P. M. P. **O alcance do princípio da culpabilidade e a exclusão da responsabilidade penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2976, 25 ago. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19837>. Acesso em: 02 mar. 2023.

SAVAZZONI, S. d. A. **Psicopatas em conflito com a lei.** Curitiba: Juruá, 2019.

SILVA, A. B. B. **Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado.** O Globo, São Paulo, 2014. E-book.

VICENTINI, A. D.; PRADO, F. R. do. **Eficácia Da Pena Privativa De Liberdade No Tratamento Das Personalidades Antissociais.** ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº 14, jan/jun 2016. ISSN 2175-7119.

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE MUNICÍPIOS E A INDEVIDA RETENÇÃO DO ISS PELO TOMADOR

BRUNO NOGUEIRA REBOUÇAS:

Advogado em São Paulo. Mestrando em Direito Processual e Constitucional Tributário pela PUC-SP. MBA em Gestão Tributária pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela FGV. Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG. Vice-presidente do Comitê de ISS/ICMS da Associação Brasileira de Advocacia Tributária (ABAT) e membro da comissão organizadora do Tax Moot Brazil.¹⁸³

1.Introdução

No presente trabalho, será abordado tema referente ao conflito de competência entre os entes federados municipais, particularmente no que diz respeito à cobrança do Impostos sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS) e à forma de sua cobrança, com duplicidade de recolhimento do imposto, particularmente naqueles casos em que o imposto sobre uma mesma prestação de serviço é exigido tanto no município do prestador como o do tomador do serviço.

Particularmente, será abordado o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *Leading Case* constante do Recurso Extraordinário n.º 1.167.509, julgado pelo Excelso Tribunal em tempo recente, ao passo que questionou a retenção por parte do tomador em caso de descumprimento de mera obrigação tributária acessória, o que não justificaria a cobrança em duplicidade.

Afora isso, deveremos abordar a questão da recuperação de valores pagos indevidamente em relação ao passado, com suas particulares dificuldades práticas, incluindo o tema da repercussão econômica do tributo indireto, atinente à realidade desse tributo municipal atrelada a uma compatível interpretação que deve ser atribuída ao art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN).

Diferentemente do Município de São Paulo, que trouxe previsão normativa (Lei Municipal nº 17.719/2021) se adequando à nova realidade desenhada a partir da decisão do Supremo, faz-se mister ressaltar que há vários municípios do País que ainda não

183 E-mail: rebbruno@gmail.com

adaptaram sua legislação ao dito precedente, de forma que merecem uma especial atenção.

Antes de adentrar no cerne do tema e em suas repercussões, importante perquirir acerca de como se dá – e sob qual fundamento – a exigência dessa retenção pelo tomador de serviços, gerando duplicidade de recolhimento do imposto, o que se passa a fazer desde então.

2.Exigência legal do cadastro do prestador de serviços e dever de retenção do ISSQN

Em sua tratativa legislativa em âmbito nacional, atendendo à preceito normativo constante do art. 146 da Constituição Federal, o denominado dever de retenção do ISS por terceiro, que não se confunde com aquele que pratica o fato gerador do tributo, está previsto no art. 6º da Lei Complementar 116/2003, que assim disciplina a matéria:

Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, **poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação**, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, são responsáveis: (Vide Lei Complementar nº 123, de 2006).

I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.

III - a pessoa jurídica tomadora ou intermediária de serviços, ainda que imune ou isenta, na hipótese prevista no § 4º do art. 3º desta Lei Complementar.

(grifos nossos)

A nível local, com o objetivo de disciplinar aquilo que está previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 116/2003, o dispositivo normativo presente no art. 111-A da Lei municipal nº 15.563/1991 (com alterações trazidas pelo Decreto nº 27.589/2013) assim prescreve:

Art. 111-A O prestador de serviços que emitir nota fiscal ou outro documento fiscal equivalente autorizado por outro Município ou pelo Distrito Federal, para tomador estabelecido no Município de Recife, referente aos serviços descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04), 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09), 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do "caput" do art. 102 desta Lei, fica obrigado a proceder previamente à sua inscrição em cadastro da Secretaria de Finanças, conforme dispuser o regulamento. (Regulamentado pelo Decreto nº 27.589/2013)

§ 1º Excetuam-se do disposto no "caput" deste artigo os serviços provenientes do exterior do País ou cuja prestação tenha se iniciado no exterior do País.

§ 2º As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de Recife, ainda que imunes ou isentas, são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, devendo reter na fonte o seu valor, quando tomarem ou intermediarem os serviços a que se refere o "caput" deste artigo executados por prestadores de serviços não inscritos em cadastro da Secretaria de Finanças e que emitirem nota fiscal autorizada por outro Município.

§ 3º Aplica-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 111 aos responsáveis referidos no § 2º deste artigo.

§ 4º A Secretaria de Finanças poderá dispensar da inscrição no Cadastro os prestadores de serviços a que se refere o "caput":

I - por atividade;

II - por atividade, quando preposto ou representante de pessoa jurídica estabelecida no Município de Recife tomar, em trânsito, serviço relacionado a tal atividade.

§ 5º A Secretaria de Finanças poderá permitir que os tomadores de serviços sejam responsáveis pela inscrição, em Cadastro Simplificado, dos prestadores de serviços tratados no § 4º. (Redação acrescida pela Lei nº 17.904/2013)

(grifos nossos)

Os serviços descritos no item 1 e correspondentes subitens, do art. 102 da mesma lei, referem-se a atividades sujeitas à necessidade de inscrição em cadastro da Secretaria Municipal da Fazenda, conforme dispõe o caput do art. 111-A da Lei municipal nº 15.563/1991.

Tendo em vista que há empresas que prestam serviços que se classificam como "*Serviços de Informática e congêneres*", como consta Lista de Serviços do art. 102 da Lei Municipal 15.563/1991, pode-se inferir que, a depender do município que venha a prestar o referido serviço, pode-se ter a exigência de retenção do imposto municipal, conforme disciplina o art. 6º da Lei Complementar 116/2003.

Nesses casos, o município entende que se trataria de caso de substituição tributária, que assim se define em tais situações, como bem pontua Marcelo Caron Batista:

A relação jurídica não tributária cuja prestação-fim perfaz a hipótese de incidência do ISS contempla, basicamente, duas pessoas apenas, o prestador e o tomador de serviço. Sendo essa, de regra, a configuração da relação de prestação de serviço, o tomador é, por excelência, a pessoa que pode ser colocada, pela lei, no lugar do destinatário constitucional tributário do ISS, ou seja, o prestador de serviço.¹⁸⁴

Em que pese a referida previsão legal, importante salientar que a imputação de responsabilidade tributária por substituição não é um "cheque em branco" instituído pelo legislador complementar, não podendo extrapolar a sua finalidade fiscal para, no lugar disso, servir de sanção ou penalidade ao sujeito terceiro e que se busca responsabilizar.

Como será visto em maiores detalhes, essa foi a linha de raciocínio seguida pelo STF quando da apreciação do tema em específico, em recente *Leading Case* julgado pelo Egrégio Tribunal, justamente ao identificar o caráter sancionatório que buscou o legislador paulista com a instituição da retenção do ISSQN em tais casos, o que se estenderia à legislação de diversos outros municípios que vêm seguindo o mesmo parâmetro, inclusive no que diz respeito à sua aplicação por parte das autoridades fiscais.

184 BATISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin. p. 776.

Nesse sentido, em que pese haver a autorização para que o legislador ordinário venha a disciplinar a questão atrelada à substituição tributária relativa ao ISSQN, vinculando o tomador de serviço ao dever de recolhimento do tributo em nome do prestador, tal hipótese sofre limitações, no sentido de que tal instrumento deve servir à praticidade ou praticabilidade da tributação em âmbito municipal, e não como forma de sancionar aquele indivíduo que deixa de cumprir uma mera obrigação acessória.

Além do mais, tal obrigação é exigida por um outro município que não aquele em que é domiciliado o prestador de serviços, o que reforça a desproporcionalidade de tal penalidade imposta ao tomador de serviços que contrata com prestador localizado em diversa municipalidade.

Frente a tais aspectos, passa-se a analisar a legislação pertinente ao tema em referência à luz da recente jurisprudência do STF, que se firmou acerca do tema em apreço, o que deve incluir a análise conjunta de seus fundamentos e, conseqüentemente, da *ratio decidendi* que prevaleceu para fins de precedente vinculante a juízes e tribunais que venham a apreciar o tema, nos estritos termos do art. 927 do Código de Processo Civil (CPC).

3. Posicionamento do STF acerca da exigência de cadastro municipal e do dever de retenção

Recentemente o STF, analisando situação que fora questionada frente à aplicação da legislação de São Paulo, conforme antes mencionada, entendeu pela impossibilidade de aplicação da obrigatoriedade da inscrição cadastral em São Paulo, declarando inconstitucional também a exigência da retenção do ISSQN por parte do tomador do serviço localizado no município do São Paulo, como se depreende da Ementa da decisão constante do Recurso Extraordinário n.º 1.167.509, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

**ISS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – SUJEITO ATIVO – OBRIGAÇÕES
ACESSÓRIAS – CADASTRAMENTO – RETENÇÃO – TOMADOR
DOS SERVIÇOS DE MUNICÍPIO DIVERSO –
INCONSTITUCIONALIDADE.**

É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestadores de serviços não estabelecidos no território do Município, impondo-se ao tomador o recolhimento do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação.

Além disso, o art. 152 da Constituição Federal veda qualquer tratamento desigual a serviço com fundamento em sua procedência, no sentido de que "*É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.*". Esse foi justamente um dos pontos de argumentação do Exmo. Min. Relator Marco Aurélio em seu voto:

Mostra-se configurada a arguida afronta ao artigo 152 da Carta da República. A medida impugnada dá ensejo a tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço, ante o regime peculiar inaugurado visando estabelecimentos situados fora do Município.

Ao imputar ao tomador do serviço a retenção do ISS uma vez descumprida, pelo prestador, a obrigação acessória, a Lei local nº 14.042/2005, a par de usurpar competência tributária alheia, discrepa, a mais não poder, das balizas formais delineadas na Constituição de 1988.

No intuito de uniformizar o tratamento tributário e evitar disputas entre os entes da Federação quanto à alocação de investimentos privados mediante a concessão de benefícios e renúncia fiscal, situação mais conhecida como "guerra fiscal", o constituinte atribuiu ao legislador complementar federal a previsão de normas gerais em matéria de tributação, nos termos do artigo 146¹ da Lei das leis, prevendo, entre os temas a serem disciplinados, os conflitos de competência e a definição dos contribuintes no tocante aos impostos.

Daí se comprova que não só a exigência de inscrição seria inconstitucional em tais casos; mas, igualmente, a imposição da retenção do tributo municipal por parte daquele que figura como tomador do serviço em referência. Tal questão fica ainda mais clara em outro trecho do voto proferido pelo Min. Relator, que se passa a transcrever *in verbis*:

A norma, ao estipular a "penalidade" de retenção do ISS pelo tomador dos serviços, nos casos em que o prestador, situado em outro Município, não observar a obrigação acessória de cadastramento na Secretaria Municipal, opera verdadeira modificação do critério espacial e da sujeição passiva do tributo, revelando duas impropriedades formais: a usurpação da competência legislativa da União, a quem cabe editar a norma geral nacional sobre a matéria, e a inadequação do móvel legislativo,

considerada a exigência constitucional de veiculação por lei complementar.

Vale ressaltar ainda que a referida decisão não foi alvo de qualquer modulação de seus efeitos, sendo inquestionavelmente aplicada não só para casos futuros, como também podendo retroagir a situações pretéritas, em que tais exigências foram potencialmente impostas pelo Fisco municipal.

4. Extensão territorial da *ratio decidendi* referente ao precedente firmado pelo STF

A extensão territorial atrelada à *ratio decidendi* vinculada ao referido precedente, nos termos do art. 927 do CPC, não se restringe à municipalidade de São Paulo, de onde proveio o *Leading Case*, se aplicando integralmente a qualquer outra legislação de outros municípios da Federação que tenham a mesma espécie de tratamento conforme mencionado no tópico anterior ao presente

Isso quer dizer que qualquer município que venha a exigir, assim como o município de São Paulo, a inscrição cadastral perante a Administração Fiscal e, em sua ausência, venha obrigar o tomador a reter o valor de ISS, está sujeito às limitações constitucionais traçadas a partir do precedente do STF, de forma que se deve considerar como indevida qualquer retenção que venha a ser exigida nesse sentido.

Definindo-se a *ratio decidendi* como os fundamentos centrais de certa decisão judicial, pode-se dizer que não há – nem deve haver – qualquer limitação para a ampliação do referido entendimento às demais municipalidades, ensejando, inclusive, o direito de as empresas ingressarem com ações judiciais nas situações em que atender aos dois seguintes requisitos: (i) ser prestadora de serviços em relação a um tomador localizado em outra municipalidade e que tenha sido obrigado a proceder à retenção pela falta de cadastro nesse município; e (ii) venha a comprovar que assumiu o encargo ou ônus financeiro do tributo.

Em relação a este último tópico, relativo a quem deve assumir o encargo financeiro da incidência do ISSQN, isso deverá ser objeto do tópico seguinte, em que se deverá explorar mais em detalhes a questão da repercussão econômica, conforme disciplina o art. 166 do CTN, assim como quem deve ser tido como legitimado para ingressar com eventual ação judicial de repetição do indébito tributário.

5. Aspectos processuais/formais para a recuperação de valores pagos indevidamente em períodos passados

Para fins de repetição do indébito, relativamente aos últimos 5 (cinco anos) de prazo prescricional do art. 168 do CTN, importante ter em mente que o ISS, como imposto indireto¹⁸⁵, está sujeito à prova da repercussão econômica ou do ônus financeiro, no formato prescrito pelo art. 166 do CTN.

Vale mencionar ainda que, acerca da natureza jurídica de tributo indireto que é hoje atribuída do ISSQN, é expressa a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), como se constata do AgInt no REsp 1682575-SP, de relatoria do Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia, no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. REPERCUSSÃO DO ÔNUS TRIBUTÁRIO. ART. 166 DO CTN: FUNDADO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL A *QUO* CONCLUIU NÃO RESTAR PROVADA NOS AUTOS A ASSUNÇÃO, PELA RECORRENTE, DO ÔNUS TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1- A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp. 1.131.476/RS, da relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, mediante o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto e, na hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter esta transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los.

2- Especificamente em relação à pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre serviços prestados pela EBCT, a Primeira Turma desta Corte Superior reafirmou sua jurisprudência ao consignar que o tributo assume natureza indireta, exigindo da prestadora a prova de que absorveu o ônus financeiro pelo pagamento indevido da exação, deixando de repassá-lo ao tomador do serviço. Precedentes: AgInt no REsp. 1.788.940-SP, Rel. Min. Gurgel De Faria, DJE 03/04/2020; AgInt no REsp. 1.702.453-SP, Rel. Min. Gurgel De Faria, DJE 31/03/2020.

¹⁸⁵ DE MORAES, Bernardo Ribeiro. **Doutrina e prática do imposto sobre serviços**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1975, p. 466.

3- Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou que o caso concreto necessita de comprovação de que a exação não foi repassada para o valor cobrado pelos serviços prestados, e a revisão dessa orientação exige o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de Recurso Especial.

4- Agravo Interno da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT a que se nega provimento. (**AgInt no REsp 1682575-SP, STJ, 1ª T, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 31/08/2020, DJE 03/09/2020**)

Nesse sentido, em relação à devida interpretação do art. 166, e considerando a natureza de imposto indireto imputada ao ISS, já lecionava Bernardo Ribeiro de Moraes:

De acordo com a norma acima, a repetição o imposto direto é sempre válida. Quanto ao imposto indireto, sua repetição está sujeita ao fato do contribuinte ou interessado fazer prova de que:

- a) assumiu o encargo financeiro relativo ao imposto, não tendo transferido seu valor (prova negativa da transferência do imposto); ou
- b) embora não tenha assumido o encargo financeiro relativo ao imposto, por ter transferido seu valor, demonstra estar devidamente autorizado pela pessoa que enfrentou o encargo a receber a restituição do tributo.¹⁸⁶

Isso quer significar que as empresas teriam direito de reaver os valores indevidamente pagos/retidos em relação ao passado, desde que **(i)** comprovasse ter suportado, no caso concreto, o ônus do tributo (ISSQN) ou **(ii)** caso esteja expressamente autorizada, de alguma forma, por parte de seus fornecedores (prestadores de serviço) a assim proceder. Esse é exatamente o entendimento que hoje transparece à jurisprudência mais recente do STJ (REsp. nº 783/SP; REsp. nº 1989/0010106-4, Ministro César Asfor Rocha).

Caso não se concretize nenhuma das duas situações, ficariam as empresas interessadas impossibilitadas em reaver valores indevidamente pagos no que diz respeito

¹⁸⁶ Idem, p. 465.

ao passado, ao menos quando atuasse como mera fonte retentora de tributo, figurando como tomadora dos serviços a ela prestados.

Já naqueles outros casos em que suportasse o ônus do tributo (ISSQN) retido por outrem, atuando a empresa tomadora como prestadora de serviços, não tomadora, teria direito a repetir os valores indevidamente suportados, desde que também comprovada essa repercussão financeira que teria recaído sobre o seu patrimônio.

Uma dificuldade adicional que se interpõe, além da prova da repercussão econômica, diz respeito à legitimidade de uma empresa domiciliada em outro município para fins de ingressar com ação judicial em município diverso de seu domicílio para pleitear a repetição de um tributo indevidamente pago por terceiro, mas por ele arcado financeiramente ao final do dia.

Em relação a este último aspecto, não há jurisprudência ou entendimentos firmados acerca da questão em específico encontrados, o que demanda eventual necessidade de uma estratégia processual específica a ser adotada por cada sujeito interessado, a depender dos municípios em que prestar serviços fora da municipalidade paulista.

Como ressaltado, tais questões se restringem especificamente àquele montante de tributo que se busca recuperar/repetir em relação a períodos passados, considerando o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para fazê-lo, conforme disciplina o dispositivo normativo constante dos artigos 167 e 168 do CTN, que tratam do prazo para o contribuinte se valer da repetição daquilo que pagou a mais para a Fazenda Pública.

Em relação às futuras retenções que podem vir a ser exigidas do tomador de serviços, não há que se falar em repercussão econômica do ônus financeiro relacionado tributo pago/retido, quando nem sequer esse tributo (ISSQN) chega a ser pago por aquele que a legislação municipal classifica como responsável tributário pelo seu recolhimento.

Isso quer dizer que há bons argumentos jurídicos, com fundamento no precedente recentemente firmado pelo STF, para que a que qualquer empresa tomadora de serviços venha a deixar de reter o ISSQN naquelas situações em que a legislação municipal, a exemplo daquela vigente para o município de São Paulo, exigia que esse recolhimento deveria ser feito pelo tomador dos serviços, notadamente nas situações em que o prestador não possuísse e nem tivesse procedido à inscrição no cadastro municipal perante a Administração Fiscal do município do tomador.

Em que pese isso, com o advento da Lei Municipal nº 17.719, publicada em 26 de novembro de 2021, vigorando a partir da data de sua publicação, definiu-se que os prestadores de serviço estabelecidos fora do Município de São Paulo e que venham a emitir

notas fiscais de serviço a tomadores estabelecidos no Município de São Paulo deixaram de ficar obrigados à sua inscrição perante a Secretaria Municipal da Fazenda (CPOM), o que passou a valer a partir de 27 de novembro de 2021, tornando o referido cadastro facultativo a partir de então. Para tanto, não faz sentido hoje que seja retido qualquer valor a título de ISS por parte dos tomadores desses serviços localizados nesse município, mesmo nas situações em que o prestador não possuir o referido cadastro.

ASSÉDIO MORAL: A SUBMISSÃO DO EMPREGADO À PRESSÃO E AO "PSICOTERROR"

LARISSA JUNQUEIRA:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹⁸⁷.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(orientador)

RESUMO: O assédio moral é um fenômeno que se caracteriza pela submissão do empregado a constrangimentos e humilhações constantes por parte do empregador ou colegas de trabalho. Esse comportamento é cada vez mais frequente nos ambientes corporativos. O assédio moral pode ocorrer por meio de ações, omissões, gestos e palavras com o objetivo de prejudicar a autoestima da vítima e causar danos psicológicos. Este trabalho tem como objetivo estudar a ocorrência do assédio moral nas relações de trabalho, um fenômeno que tem ocorrido há séculos, mas que só recentemente foi incluído no mundo jurídico. As empresas antigas eram baseadas em poder diretivo, hierarquia e subordinação dos empregados. No entanto, as empresas modernas elevaram os níveis de competição, tanto interna quanto externamente, o que muitas vezes leva a uma guerra entre os próprios trabalhadores que vivem sob um clima de competição para produzir mais, temendo o desemprego. O resultado disso é um ambiente hostil que pode levar a violência psicológica em várias formas no âmbito laboral. Sobretudo, presente artigo objetiva analisar o assédio moral sob a ótica o ordenamento jurídico, principalmente com foco no direito do trabalhador através da Constituição Federal e a Consolidação das Leis Trabalhista (CLT).

Palavras-chave: Assédio Moral. Psicoterror. Empregado. Empregador. CLT.

ABSTRACT: Bullying is a phenomenon that is characterized by the submission of the employee to constant constraints and humiliations by the employer or co-workers. This behavior is increasingly common in corporate environments. Moral harassment can occur through actions, omissions, gestures and words with the aim of harming the victim's self-esteem and causing psychological damage. This work aims to study the occurrence of moral harassment in labor relations, a phenomenon that has occurred for centuries, but which has only recently been included in the legal world. Old companies were based on directive power, hierarchy and subordination of employees. However, modern companies have raised the levels of competition, both internally and externally, which often leads to a war between the workers themselves who live under a climate of competition to produce

187 E-mail: junqueira.larii@gmail.com

more, fearing unemployment. The result is a hostile environment that can lead to psychological violence in various forms in the workplace. Above all, this article aims to analyze moral harassment from the perspective of the legal system, mainly focusing on workers' rights through the Federal Constitution and the Consolidation of Labor Laws (CLT).

Keywords: Moral Harassment. Psychoterror. Employee. Employer. CLT.

1 INTRODUÇÃO

O assédio moral no ambiente de trabalho é uma questão que tem despertado cada vez mais atenção e preocupação nos últimos anos. O fenômeno, caracterizado pela repetição de atos hostis, humilhantes e degradantes, tem um impacto significativo na vida dos trabalhadores, afetando sua saúde física e mental, sua motivação, produtividade e qualidade de vida.

O presente trabalho tem como objetivo aprofundar a compreensão do assédio moral, focando especialmente na submissão do empregado à pressão e ao chamado "psicoterror". Essa forma de assédio, marcada pela intimidação psicológica, manipulação e criação de um clima de medo e insegurança, impõe uma dinâmica de poder desigual entre agressor e vítima, minando a dignidade e a autoestima do trabalhador.

A discussão em torno do assédio moral é fundamental não apenas do ponto de vista individual, mas também do coletivo e social. O ambiente de trabalho saudável é um direito de todos os empregados, e a conscientização sobre o assédio moral é o primeiro passo para combatê-lo e promover mudanças significativas nas relações laborais.

Neste contexto, o trabalho abordará não apenas a definição e características do assédio moral, mas também suas causas, consequências e as medidas preventivas e reparadoras que podem ser adotadas. Serão exploradas legislações e a jurisprudência relacionada ao tema, a fim de embasar uma análise aprofundada e crítica.

Por fim, é importante ressaltar que o assédio moral não deve ser tratado como um problema individual, mas sim como uma questão estrutural que demanda ação coletiva. O objetivo último deste trabalho é contribuir para a conscientização e fomentar discussões sobre o assédio moral, visando a promoção de um ambiente de trabalho saudável, justo e respeitoso para todos.

2 ASSÉDIO MORAL E PSICOTERREOR

Diferentes termos são usados para descrever o assédio moral em várias partes do mundo, como Mobbing, Bullying, Bossing, Harcèlement Moral, Harassment e Psicoterror. Este fenômeno tem atraído a atenção de profissionais de diversas áreas, como juristas,

legisladores, psicólogos e médicos, bem como da sociedade em geral, e está se tornando cada vez mais comum na sociedade contemporânea. O assédio moral é uma forma de violência cruel e degradante que pode ter graves consequências para a saúde física e mental da vítima, incluindo a depressão e, em casos extremos, o suicídio. Apesar de ser um tema amplamente discutido, muitas pessoas não têm uma compreensão completa ou têm conceitos equivocados sobre o que constitui o assédio moral. Neste trabalho, limitaremos nosso estudo à ocorrência do assédio moral nas relações de trabalho e suas implicações jurídicas.

O "psicoterror" é uma forma de violência cruel e degradante que ocorre nas relações sociais, caracterizada por pequenos ataques repetitivos a uma pessoa, de forma insistente, com o objetivo de desestabilizá-la psicologicamente. Esse tipo de agressão pode ocorrer por meio de palavras ofensivas, desprezo, humilhações, constrangimentos, maus-tratos e outras formas. A vítima pode se sentir inferiorizada, rejeitada e menosprezada, o que pode levar a problemas de saúde física e mental, bem como à destruição da autoestima da pessoa afetada.

Apesar de vários teóricos tentarem definir o que constitui o assédio moral, estabelecer parâmetros muito restritos é geralmente prejudicial, uma vez que cada caso possui características únicas que surgem do ambiente e da subjetividade das vítimas e perpetradores. Não há uma definição legal clara que proteja os trabalhadores, o que pode limitar a aplicação e interpretação justa dos direitos e excluir situações igualmente caracterizadoras de intimidação que não foram previstas na lei. De acordo com a Cartilha de Prevenção do Assédio Moral, elaborada pelo Superior Tribunal do Trabalho, o assédio moral pode ser definido da seguinte maneira:

Assédio moral é a exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades. É uma conduta que traz danos à dignidade e à integridade do indivíduo, colocando a saúde em risco e prejudicando o ambiente de trabalho. O assédio moral é conceituado por especialistas como toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física e psíquica de uma pessoa, pondo em perigo o seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho.

É importante observar que o assédio moral pode ser facilmente confundido com o estresse, especialmente em situações em que a falta de profissionais na equipe da empresa leva a uma sobrecarga de trabalho individual. Nessas circunstâncias, o profissional pode associar o assédio ao estresse e atribuir os sintomas do assédio ao excesso de atividades profissionais. Por conseguinte, é crucial compreender completamente o fenômeno e suas

consequências para prevenir e coibir a violência no local de trabalho. Alguns especialistas enfatizam ainda que o reconhecimento pleno do assédio é fundamental para que as políticas e as instituições sejam responsabilizadas pelo tratamento dos trabalhadores assediados, visto que o assédio pode resultar em problemas físicos e psicológicos, bem como afetar negativamente as relações familiares e sociais.

3 A SUBORDINAÇÃO DO EMPREGADO

Pode-se perceber que o assédio moral no ambiente de trabalho está intimamente ligado ao poder exercido pelo empregador, ou mesmo pelo superior hierárquico. Infelizmente, muitos funcionários ainda enfrentam esse tipo de situação, a fim de não perderem seus empregos, que frequentemente são a fonte de sustento de toda a família. O poder do empregador é resultado do exercício do poder jurídico derivado do contrato de trabalho, pelo qual o trabalhador é obrigado a prestar serviços sob subordinação.

A relação de trabalho abrange qualquer atividade humana remunerada realizada com fins econômicos, visando a obtenção de recursos financeiros. Nesse sentido, a relação de trabalho compreende também a relação de emprego, uma vez que para sua caracterização é necessária a presença de subordinação e de não eventualidade na prestação dos serviços, o que configura uma relação de emprego. No Art. 3º da CLT temos:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Na seara do direito do trabalho, a subordinação é um dos elementos essenciais para a configuração da relação de emprego. De acordo com a doutrina trabalhista, a subordinação é caracterizada pela existência de uma relação hierárquica entre empregador e empregado, na qual este último se submete às ordens e diretrizes emanadas pela empresa.

Nesse sentido, a subordinação é percebida quando o empregado é obrigado a cumprir uma série de normas e regulamentos internos, além de estar sujeito a um conjunto de regras que disciplinam suas atividades laborais, como horários, tarefas a serem desempenhadas, metas a serem alcançadas, dentre outros aspectos.

Vale ressaltar que, na relação de emprego, a subordinação não pode ser confundida com a mera coordenação ou supervisão do trabalho realizado pelo empregado, uma vez que esta deve se apresentar de forma efetiva e direta sobre a atividade desenvolvida pelo trabalhador.

Para conceituação do requisito subordinação, tem-se os conceitos e ensinamentos do respeitado jus trabalhista Maurício Godinho Delgado (2016), que o define da seguinte forma:

A subordinação corresponde ao polo antiético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

É a partir desse poder diretivo que o empregador pode, infelizmente, se sentir encorajado a praticar condutas abusivas em relação a seus empregados subordinados, o que pode facilmente ser classificado como assédio moral. O poder de dependência ou a simples hierarquia pode ser utilizado como um meio para justificar ou disfarçar condutas inapropriadas que visem o controle ou a humilhação do empregado.

É importante ressaltar que, embora o empregador detenha o poder diretivo na relação de trabalho, ele não possui o direito de abusar desse poder, o que caracteriza o assédio moral. Todas as formas de assédio moral são prejudiciais à saúde física e mental do trabalhador e devem ser combatidas, com medidas de prevenção e combate a essas práticas abusivas, a fim de garantir a integridade e a dignidade do empregado no ambiente laboral.

4 A IDENTIFICAÇÃO DO ASSÉDIO E REPONSABILIZAÇÃO DO AGRESSOR

O empregador tem a responsabilidade de garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável para seus funcionários, incluindo a prevenção e ações para combater o assédio moral. Se um funcionário for vítima de assédio moral no ambiente de trabalho, o empregador pode ser responsabilizado por não ter tomado medidas adequadas para prevenir ou remediar a situação. Além disso, o empregador pode ser responsabilizado por não ter treinado adequadamente os funcionários para evitar e lidar com o assédio moral, bem como por não ter políticas claras para tratar desse tipo de situação.

As consequências para o empregador podem incluir ações judiciais por parte do funcionário assediado, multas, perda de reputação e impactos negativos na moral e produtividade da equipe. Portanto, é importante que os empregadores adotem medidas preventivas, incluindo treinamentos regulares e políticas de tolerância zero em relação ao assédio moral no local de trabalho. Neste sentido é importante saber identificar o assédio, para que o mesmo possa ser combatido.

O primeiro requisito para identificar o assédio moral nas relações de emprego é a subordinação da vítima ao empregador. O tratamento vexatório, humilhante e

constrangedor da vítima, de forma repetida e prolongada durante a jornada de trabalho ou fora dela, em função das atividades exercidas pela vítima, é outro elemento que caracteriza o assédio moral. O tratamento abusivo em relação à aparência física, comportamento ou hábitos pessoais da vítima também pode ser um elemento de identificação. A reiteração prolongada da agressão é um elemento essencial na caracterização do assédio moral, que deve se tornar um modo de vida do assediador em relação à vítima, com uma sequência constante de ofensas psicológicas. Ofensas eventuais ou atitudes isoladas não configuram o assédio moral, gerando apenas o direito à responsabilização civil por danos morais ou materiais decorrentes da ofensa específica.

A prevenção é a primeira linha de defesa para a vítima de assédio moral, e é importante que o empregado saiba identificar quando a situação configura-se como tal, diferenciando-a dos problemas e estresses comuns do trabalho. Caso identifique o assédio moral, a vítima deve reunir provas para respaldar uma eventual ação judicial, com o objetivo de punir o ofensor e buscar a justa indenização pelos danos sofridos. É crucial que a vítima saiba identificar e documentar o assédio moral para que possa buscar a reparação de seus direitos. Bobroff e Martins (2013) discorrem:

É fato que além da atenção jurídica o trabalhador assediado necessita, principalmente, de apoio por parte das instituições empregadoras, para evitar que os danos persistam. É fundamental resgatar sua autoestima e identidade enquanto sujeito-trabalhador, criando nas instituições um ambiente compatível com os princípios de cidadania. Desta forma, um ambiente de trabalho pautado na comunicação dialógica e no resgate da humanização no processo laboral traz implícitos os princípios da sociedade democrática. Deve-se reafirmar a não violência, a igualdade de direitos e a equidade nesse ambiente, praticando diariamente a cidadania.

Em todo caso, é importante que a vítima tenha o apoio de um advogado especializado em casos de assédio moral para orientá-la sobre os seus direitos e as melhores formas de buscar a reparação pelos danos sofridos. Além disso, o advogado poderá negociar com a outra parte em busca de um acordo amigável, que pode ser vantajoso para a vítima e evitar o desgaste de um processo judicial. Em resumo, o advogado especializado em casos de assédio moral é fundamental para assegurar que a vítima receba a justa reparação pelos danos sofridos e que seus direitos sejam protegidos ao longo do processo.

5 LEIS E NORMAS SOBRE O ASSÉDIO MORAL

O assédio moral no ambiente de trabalho é considerado uma conduta inaceitável e deve ser punida de acordo com a legislação. Os casos de assédio moral frequentemente resultam em condenações pelos Tribunais, com o objetivo de garantir a reparação dos danos morais sofridos pelas vítimas. Algumas pessoas defendem a necessidade de uma lei federal que altere a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para definir e combater o assédio moral de forma mais abrangente. Apesar disso, os Tribunais já estão se manifestando sobre o assunto e a jurisprudência tem se mostrado preparada e sensível na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e no combate a práticas perversas que possam prejudicar a personalidade, dignidade e integridade psíquica dos mesmos, mesmo sem uma previsão legal explícita

As leis e normas que tratam do assédio moral podem variar de acordo com o país e a jurisdição específica. A seguir, mencionarei algumas referências comuns em relação a esse tema no Brasil:

Constituição Federal de 1988: Garante a dignidade da pessoa humana, a proteção contra tratamento degradante ou desumano, bem como o direito ao trabalho em condições dignas.

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): Embora não trate especificamente do assédio moral, contém dispositivos gerais relacionados à proteção da integridade física e psicológica do trabalhador, como a obrigação do empregador em fornecer um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Lei nº 9.029/1995: Proíbe a prática de qualquer tipo de discriminação no ambiente de trabalho, incluindo o assédio moral.

Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista): Introduziu a possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais, abrindo espaço para a reparação de danos morais decorrentes do assédio moral.

Além dessas leis, também existem portarias e normas regulamentadoras emitidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, como a Norma Regulamentadora nº 17 (NR-17), que trata da ergonomia no ambiente de trabalho e pode ser usada como referência para avaliar condições que podem levar ao assédio moral.

É importante ressaltar que as leis e normas podem variar ao longo do tempo e é sempre recomendado consultar as legislações atualizadas e buscar orientação jurídica adequada para entender os direitos e obrigações relacionados ao assédio moral no contexto jurídico específico.

6 PROTEÇÃO CONTRA ASSÉDIO MORAL E PSICOTERROR: AS DIRETRIZES DA CLT

A CLT, no âmbito da legislação trabalhista brasileira, trata de diversas questões relacionadas às relações de trabalho, incluindo dispositivos que buscam proteger os trabalhadores contra o assédio moral e o psicoterror. Embora a CLT não traga uma definição explícita desses termos, ela aborda princípios e diretrizes que visam garantir um ambiente laboral saudável e respeitoso para todos os empregados.

O artigo 483 da CLT estabelece algumas situações em que o trabalhador pode considerar rescindido o contrato de trabalho por justa causa, devido a atos praticados pelo empregador que configurem falta grave.

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a)** forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b)** for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c)** correr perigo manifesto de mal considerável;
- d)** não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e)** praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f)** o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g)** o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas

indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.

Dentre essas hipóteses, encontram-se aquelas relacionadas ao assédio moral e ao psicoterror, como por exemplo, quando o empregador ofender física ou moralmente o empregado, diminuir-lhe o trabalho de forma a afetar a sua remuneração, ou expor o trabalhador a perigo manifesto de mal considerável.

Além disso, a CLT também prevê mecanismos de proteção ao trabalhador que sofre assédio moral ou psicoterror. O artigo 483, §3º, estabelece que, em caso de rescisão do contrato de trabalho motivada por atos de assédio moral ou psicoterror praticados pelo empregador, o trabalhador terá direito a todas as verbas rescisórias devidas na modalidade de dispensa sem justa causa.

No entanto, é importante ressaltar que a CLT não é o único instrumento legal que trata do assédio moral e do psicoterror. Outras leis, como a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e a Lei nº 9.029/1995, também estabelecem diretrizes e penalidades relacionadas a essas práticas abusivas.

Em suma, embora a CLT não traga uma definição específica de assédio moral e psicoterror, ela estabelece princípios e direitos fundamentais que visam proteger o trabalhador contra essas práticas. É fundamental que os empregadores e trabalhadores estejam cientes dessas disposições legais e que adotem medidas para prevenir, combater e denunciar o assédio moral e o psicoterror no ambiente de trabalho.

7.CONCLUSÃO

O assédio moral no ambiente de trabalho é uma realidade preocupante que afeta a vida de muitos trabalhadores em todo o mundo. Ao longo deste trabalho, foi possível compreender que o assédio moral vai além de simples conflitos interpessoais ou pressões inerentes ao ambiente laboral. Trata-se de um problema complexo, que envolve poder, manipulação e a submissão do empregado à pressão e ao "psicoterror".

Nossa análise revelou que o assédio moral tem sérias consequências para a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, afetando negativamente sua autoestima, motivação, desempenho e até mesmo suas relações pessoais. Os impactos são significativos tanto no âmbito individual, com o sofrimento psicológico e emocional das vítimas, quanto no coletivo, pois o clima organizacional deteriora-se e a produtividade é prejudicada.

Ao longo do estudo, também pudemos verificar que a legislação tem avançado no combate ao assédio moral, reconhecendo-o como uma prática abusiva e ilegal. No entanto, é importante ressaltar que ainda existem desafios significativos na implementação efetiva dessas leis e na conscientização sobre o assunto.

Diante desse contexto, é crucial que empregadores, sindicatos, legisladores e demais atores sociais estejam engajados na prevenção e combate ao assédio moral. Medidas como a adoção de políticas internas de combate ao assédio, treinamento de gestores e colaboradores, a promoção de um ambiente de trabalho saudável e o apoio às vítimas são fundamentais para mudar essa realidade.

Além disso, é imprescindível incentivar a cultura da denúncia e do apoio mútuo entre os trabalhadores. O isolamento das vítimas só favorece a perpetuação do assédio moral. Portanto, é fundamental que haja canais seguros de comunicação, onde os trabalhadores possam relatar casos de assédio sem medo de represálias, e que a solidariedade entre colegas seja encorajada.

Em suma, este trabalho teve como objetivo aprofundar a compreensão do assédio moral, com enfoque na submissão do empregado à pressão e ao "psicoterror". Ao refletirmos sobre as definições, causas, consequências e medidas preventivas e reparadoras, esperamos ter contribuído para a conscientização sobre o tema e para o estímulo de ações efetivas no combate ao assédio moral.

A superação do assédio moral no ambiente de trabalho requer uma abordagem multifacetada, que envolva a conscientização, a responsabilização dos agressores, a proteção das vítimas e a promoção de um ambiente laboral saudável e respeitoso. Somente através de esforços coletivos e contínuos poderemos construir um futuro em que todos os trabalhadores possam exercer suas atividades em um ambiente livre de assédio

REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Acesso em: 01 maio 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

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

Brasil. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Dispõe sobre a proibição da distinção entre trabalhadores no tocante a admissão ou à manutenção do emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 abr. 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm]. Acesso em: 12 maio de 2023

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm]. Acesso em: 12 maio 2023

Bobroff, M.C.C., Martins, J.T. Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. Revista de Bioética, v. 28, n. 2, p. 349-359, jun. 2013. Disponível em: [<https://www.scielo.br/j/bioet/a/PXsJn5XjTXJBSVpT4wFt8Qm/?format=pdf>]. Acesso em: 10 maio 2023

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

Tribunal Superior do Trabalho. Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral no Trabalho. Brasília: TST, 2020. Disponível em: [<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+assédio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>]. Acesso em: 02 maio 2023.