

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1142

(Ano XV)

(18/03/2023)

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 1142



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. 1142, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 388. *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



Responsabilidade tributária da empresa de consultoria tributária

Kiyoshi Harada, 08.

ARTIGOS

O caso Robinho é tão peculiar ao ponto de me fazer querer abandonar os estudos do direito

Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 13.

Aplicação da teoria da onerosidade excessiva em contraposição à força maior, em contratos empresariais

Dennyse Torres Meireles, 21.

Feminicídio Doméstico

Maria Adriana Cavalcante Pereira, 36.

A redução do excesso de demandas judiciais na área da saúde pública no Brasil

Leonardo Villanova Combinato, 54.

Juiz das garantias: “imparcialidade do julgador e o novo paradigma do sistema acusatório”

Raphael Gonçalves Azevedo Motta, 71.

Homofobia e transfobia como crime de racismo

Giovanna de Moraes Cizmoski, 88.

Princípio da dignidade na efetivação da erradicação do trabalho análogo ao de escravo

Vilma Jesus de Oliveira, 94.

Cartas psicografadas como meio de prova no processo penal e sua utilização no Tribunal do Júri

Ana Maria Martins Ramalho, 109.

Discriminação racial nas relações de trabalho: da pele ao cabelo - Análise de casos

Fabiana Silva dos Santos, 127.

Personalismo à francesa? Cessão de contratos administrativos e seu caráter intuitu personae

Daian Mendes Borges da Silva, 146.

Os punitive damages e a possibilidade de sua aplicação na indenização por danos extrapatrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro em casos de empresas com grande poderio econômico

Suelen Taina Franz Pandini, 178.

Sustentabilidade: sob os conflitos entre a preservação e o avanço do agronegócio

Marcos Vinicius Ferreira da Silva, 297.

Holding – Aspectos relevantes e o planejamento sucessório na Holding Familiar

Andre Gustavo de Araujo Beltrão, 306.

Violência obstétrica: das consequências jurídicas

Tatiane Rosalina Moreira Tavares, 328.

Usucapião administrativa, serviço extrajudicial e acesso à justiça

Vanessa Zimpel e Carolina Noura de Moraes Rêgo, 347.

Da importância do Provimento nº 63/2017 do CNJ para o reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetiva

Rodrigo Alves Zapparoli, 366.

Tarifa de resíduos sólidos: diretrizes para manter a sustentabilidade do serviço. Caso do município de Araguari/MG.

Fabrcio Mendonça Silva, 375.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA DE CONSULTORIA TRIBUTÁRIA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP¹.

Como se sabe, atualmente, houve um crescimento vertiginoso de profissionais agrupados em torno de empresas de consultoria tributária especializadas no levantamento de créditos tributários a serem compensados de conformidade com a legislação vigente.

Essas empresas oferecem seus serviços na base de participação de 40% a 50% do crédito tributário apurado e compensado, fato que atrai a clientela com muita facilidade em virtude da desnecessidade de despendar despesas com honorários pelos serviços prestados.

Em geral essas empresas são idôneas, aplicando corretamente a legislação tributária vigente. Todavia, algumas delas cometem fraudes para aumentar o volume de créditos a serem compensados, a fim de receber a sua participação na forma acima mencionada. Não se vê participação de advogados nesse tipo de empresas, fato que afasta a aplicação do código de ética profissional. É preciso muito cuidado para separar o joio do trigo. Em qualquer profissão existem os bons e os maus.

O juiz da 1ª Vara Federal de Lins da Justiça Federal da 3ª Região proferiu uma peculiar decisão em que, reconhecendo a fraude fiscal perpetrada pela empresa de consultoria tributária, exonerou a responsabilidade do contribuinte pela multa decorrente de compensação indevida, transferindo-a a empresa prestadora de serviços com fundamento nos arts. 136 e 137, III, b do CTN:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

¹ Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site:www.haradaadvogados.com.br

Para livrar a responsabilidade do contribuinte pela multa aplicada pelo fisco federal o digno magistrado sentenciante argumentou que o art. 136 do CTN, apesar da expressão “independe da intenção do agente ou do responsável” exige culpa em sentido estrito, sob pena de ferir a dignidade da pessoa. Estribou-se no magistério de Regina Helena Costa para desenvolver a sua argumentação.

Concordamos que o art. 136 do CTN afasta o dolo, mas não prescinde da culpa em sentido estrito. Conforme escrevemos, “dizer que independe da intenção do agente significa que independe da vontade consciente e livre de praticar a conduta antijurídica, ou seja, independe do dolo. De fato, se alguém, por simples esquecimento, deixou de pagar o tributo no prazo legal, não há que se falar em intenção, que pressupõe a deliberação de não pagar” [1]. Contudo, discordamos do argumento de que a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva fere a dignidade da pessoa, mesmo porque essa responsabilidade é abrigada no nosso ordenamento jurídico, quer na esfera pública, quer na esfera privada. A dignidade humana, valor protegido em nível da cláusula pétrea pela Constituição, não pode ser invocada para acobertar condutas antijurídicas.

Aplicou-se o art. 136 do CTN para livrar a contribuinte da multa aplicada, transferindo-a à empresa de consultoria tributária com fundamento no art. 137, III, b do CTN:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:
I – quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
II – quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
III – quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Separou-se a responsabilidade pelo tributo, cabente ao contribuinte, e a responsabilidade pela multa que foi transferida à empresa de consultoria.

O inciso III, do art. 137 cuida de casos em que as infrações decorrem direta e exclusivamente de dolo específico, a exemplo do que acontece com o inciso I que cuida

da responsabilidade penal do agente. A alínea b em que se estribou a decisão judicial sob comento cuida de ação dolosa praticada por mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores. Nesses casos, não faria sentido responsabilizar a vítima pelas infrações cometidas pelos agentes.

Primeiramente, a fraude perpetrada pela empresa de consultoria não tem enquadramento no citado inciso III, b, porque ela não se qualifica como mandatário, preposto ou empregado, por ser uma prestadora de serviços contratada pelo contribuinte.

Em segundo lugar, a responsabilidade de que cuida o art. 137 do CTN é a de natureza criminal. A responsabilidade tributária que abrange o tributo e a multa pecuniária é sempre do sujeito passivo, na condição de contribuinte ou de responsável tributário. A multa por infração fiscal tem natureza tributária sendo incluída na obrigação tributária principal (art. 113 e § 3º do CTN). Não é passível de separação, como se tratasse de duas realidades distintas.

Única hipótese de responsabilidade tributária direta de terceiro, por substituição, é a do art. 135 do CTN:

Art. 135 São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Veja-se que essa responsabilidade pelos créditos tributários resultantes da prática de atos pelo agente com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto pressupõe vinculação do agente com a situação caracterizadora do fato gerador. Não há, nem pode haver responsabilidade tributária de terceiro alheio à situação configuradora do fato gerador. O mesmo acontece na responsabilidade solidária de que cuida o art. 134 do CTN:

Art. 134 Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Positivamente, equivocada se acha a decisão proferida pela 1ª Vara de Justiça Federal de Lins, quer porque não se confundem a responsabilidade tributária com a responsabilidade penal, que é sempre pessoal do agente que praticou o crime ou a contravenção penal, quer porque incindível a obrigação de pagar o tributo da obrigação de pagar a multa pecuniária, ambos componentes da obrigação tributária principal, quer, finalmente, porque a responsabilidade tributária só pode ser atribuída à terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária (art. 128 do CTN).

Uma empresa de consultoria tributária que presta serviços à uma empresa comercial, por exemplo, para recuperação de crédito tributário não vende, nem compra mercadoria da citada empresa comercial, tampouco, pratica qualquer ato relacionado com o fato gerador da obrigação tributária. Quando ela presta serviços de consultoria à uma empresa industrial, igualmente, não realiza ato de industrialização, direta ou indiretamente, pelo que não pode ser responsabilizada pelo imposto ou multa pecuniária. Se a empresa de consultoria praticou fraude fiscal tipificado como crime ou contravenção penal deve responder pessoalmente perante a instância própria. É o que decorre do art. 137 do CTN.

Há o grande perigo de decisões da espécie prosperar por conta das costumeiras confusões, e passar a responsabilizar generalizadamente todas as empresas de consultoria tributária pelas multas aplicadas a sujeitos passivos, pela compensação indevida de tributos levada a efeito por orientação da consultoria tributária. O passo seguinte seria a responsabilização de advogados por eventuais orientações dadas a clientes que venham ser refutadas pelo fisco, ensejando a imposição de multa pecuniária.

Em nome do princípio da segurança jurídica decisões que se afastam do direito legislado, ainda que abstratamente sustentáveis em termos de justiça devem ser estancadas no nascedouro. O Judiciário distribui a justiça segundo os parâmetros da lei. O Judiciário age apenas e tão somente no passado. Agir no futuro é tarefa do legislador.

[1] Código tributário nacional comentado, 4^a ed., Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada. São Paulo: Rideel, 2019, p, 217.

O CASO ROBINHO É TÃO PECULIAR AO PONTO DE ME FAZER QUERER ABANDONAR OS ESTUDOS DO DIREITO

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal; concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduiu-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL) Professor e Advogado²;

1. DELIMITANDO O ESTUDO

Estudo de Direito Internacional, de Direito Constitucional e Direito Criminal. Este último ramo do Direito orientou os meus estudos desde o primeiro contato, quando iniciei a Escola de Formação de Oficiais na Academia Policial Militar do Guatupê (ano de 1987). Aliás, antes, tinha iniciado o curso de Direito no Centro Universitário de Brasília (ano de 1986), abandonado para ingressar na Escola de Especialistas de Aeronáutica, também abandonado (ano de 1986).

Trato do notório caso Robinho, o qual tramita no processo de Homologação de Decisão Estrangeira (HDE) n. 7.986, no qual o requerido é Robson de Souza, o Robinho.

Robinho foi acusado de estupro coletivo e condenado por tal crime, tudo no território italiano, cujos detalhes devem ser omitidos, isso por determinação do art. 234-B do Código Penal.

Em iminente trânsito em julgado da sua condenação, Robinho é anunciado como reforço ao Santos.³ Ele, após condenação em segunda instância, teve o pedido de cumprimento da pena no Brasil, parecendo continuar vida regular no Brasil. Veja-se:

²; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.²

³ FERNANDEZ, Eduardo; VALIM, Eduardo. Santos anuncia a volta de Robinho: atacante, de 36 anos, fecha por cinco meses salário simbólico vinculado a bônus. Em 2017, ele foi condenado a nove anos de prisão por violência sexual na Itália. Globo: G1, 10.10.2020, às 19h56. Disponível em: <<https://ge.globo.com/sp/santos-e-regiao/futebol/times/santos/noticia/santos-anuncia-a-volta-de-robinho.ghtml>>. Acesso às 22h40.

O ex-jogador de futebol Robinho, condenado a nove anos de prisão por estupro na Itália, participou na manhã deste sábado (21) de um campeonato de futevôlei na praia de Santos, no litoral de São Paulo. Robinho é alvo de um pedido de extradição feito pelo Ministério da Justiça italiano. Porém, enquanto o processo não é concluído, o ex-atacante vai à praia e participa de eventos esportivos.

O crime de violência sexual em grupo aconteceu em 2013, quando Robinho era um dos principais jogadores do Milan. Nove anos após o caso, a justiça italiana condenou em última instância o ex-jogador e um amigo dele a cumprir nove anos de prisão pelo crime de violência sexual.

Condenado por estupro, o ex-jogador participou da 2ª Copa WON de futevôlei, que aconteceu na Praia do Boqueirão. O campeonato está dividido em três categorias: iniciante, open e estrelas. A iniciante e a estrelas serão disputadas no sábado e a open no domingo.⁴

Ao meu sentir, ele está certo em tentar continuando vida normal, embora a ameaça estressora esteja presente. De todo modo, é necessário, e espero, que o Direito seja tratado como ciência, não apenas um instrumento da política.

2. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL DO EXEQUATUR DESSA PENA

Anteriormente, na redação originária da Constituição Federal vigente, a matéria era discutida em sede do Supremo Tribunal Federal (STF), visto que está afeta diretamente à soberania estatal (CF, art. 102, inc. I, alínea "h"). No entanto, o utilitarismo exagerado, o desejo de redução de processos no STF, alterou a CF, transferindo a competência para o STJ (CF, art. 105, inc. I, alínea i - incluída pela EC n. 45, de 30.12.2004).

A Itália pediu o *exequatur* da pena imposta ao ex-jogador. Mas, não é o caso, mesmo estando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) processando o pedido. Já poderia ter obstado *in limine* o processamento do pedido e tende ao erro.

O Código penal é claro sobre a matéria, *in verbis*:

Eficácia de sentença estrangeira

⁴ RIOS, Érika. Condenado por estupro na Itália, ex-jogador Robinho participa de Copa de futvôlei no litoral de SP: ex-atacante foi à praia do Boqueirão, em Santos, neste sábado (22). G1, 22.10.2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2022/10/22/condenado-por-estupro-na-italia-ex-jogador-robinho-participa-de-copa-de-futevolei-no-litoral-de-sp.ghtml>>. Acesso em: 5.3.2023, às 21h30.

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único - A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

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.

O Ministro da Justiça fez a necessária requisição, só que abusando do poder, visto que pede a execução da pena, quando a lei só autoriza parcialmente a execução dos efeitos civis da condenação. Pior, o MPF opinou favoravelmente à execução da pena no Brasil.⁵

A Homologação de Decisão Estrangeira n. 7.986-IT, autuada em 22.2.2023, está fundamentada no art. 100 da *Lei de Migração* (Lei n. 13.445, de 24.5.2017), conforme consta do relatório da Presidente do STJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura.⁶

3. OPORTUNIDADE PARA JULGAMENTO DOS FATOS NO BRASIL

⁵ 5 RIOS, Érika. Condenado por estupro na Itália, ex-jogador Robinho participa de Copa de futevôlei no litoral de SP: ex-atacante foi à praia do Boqueirão, em Santos, neste sábado (22). G1, 22.10.2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2022/10/22/condenado-por-estupro-na-italia-ex-jogador-robinho-participa-de-copa-de-futevolei-no-litoral-de-sp.ghtml>>. Acesso em: 5.3.2023, às 21h30.

⁵ CARTA CAPITAL. MPF concorda com execução da pena de Robinho no Brasil: antes, o STJ já havia indicado que a sentença atende os requisitos para ser reconhecida e cumprida no Brasil. 27.2.2023, às 15h52. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/justica/mpf-concorda-com-execucao-de-pena-de-robinho-no-brasil/>>, Acesso em: 5.3.2022.

⁶ STJ. Presidência. HDE n. 7.986-EX (2023/0050354-7). Min.^a Maria Thereza de Assis Moura. Decisão de 24.2.2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=178742458&tipo_documento=documento&num_registro=202300503547&data=20230224&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 6.3.2023, às 13h50.

Já escrevi, volto a afirmar que a soberania é a principal característica da soberania. Não é elemento do Estado, este é composto por povo, território e governo. Mas, um Estado soberano exige uma Constituição e um Código Penal.

A solução no caso, em respeito à soberania, seria o acordo para o cumprimento de pena. Não existindo, qualquer solução que defira o pedido de *exequatur* será teratológica.

Academicamente, acerca do cumprimento da pena em outro Estado, já me debrucei e escrevi:

A remoção de uma pessoa presa para outro Estado soberano se dará, via de regra, por meio da extradição. Esta "*é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo*".⁷

Outra medida que possibilita a retirada do estrangeiro de nosso país é a expulsão. Esta "*é uma medida tomada pelo Estado, que consiste em retirar forçosamente de seu território um estrangeiro, que nele entrou ou permanece irregularmente, ou, ainda, que praticou atentados à ordem jurídica do país que se encontra*".⁸ A expulsão não é considerada como pena, mas apenas uma medida preventiva de polícia.⁹ Assim, sendo apenas a retirada do estrangeiro do país, este ficará impune em seu país de origem, salvo se a lei penal daquele país o atingir pelo referido crime.

A extradição e a expulsão são disciplinadas no Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19-8-1980), o qual define as hipóteses de cabimento de uma e de outra medida. Ressalte-se que a Constituição Federal não admite a extradição de brasileiro nato, e limita a extradição de brasileiro naturalizado. Também, veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, incisos LI e LII).

Mereceu grande repercussão na imprensa o delito praticado contra o empresário Abílio dos Santos Diniz. Tal delito não teve natureza política,¹⁰ portanto, *a priori*, os condenados poderiam ser extraditados. No entanto, não estavam presentes as *hipóteses*

⁷ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 89.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 109.

⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit. p. 89.

¹⁰ STF – Pleno – RECR 160841/SP – Rel. Sepúlveda Pertence – DJ, Seção 1, de 22-9-1995, p. 30.610.

materiais, nem *os requisitos formais* essenciais para a extradição.¹¹ Aliás, a Lei n. 6.815/1980 dispõe: "Art. 89. Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 67.¹² Parágrafo único. A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial."

Por outro lado, não devemos nos olvidar de que as hipóteses que autorizam a extradição baseiam-se no interesse do Estado competente para julgar e punir o extraditando. Como não havia pedido de extradição formulado pelos países dos quais os condenados se originaram, nem de outros países, a hipótese não comportava a extradição. Assim, procurou-se outra saída, que foi a realização de tratados internacionais, visando possibilitar a transferência de presos. Feitos os acordos, o Poder Executivo encaminhou mensagens para o Congresso Nacional, para que fossem editados decretos legislativos autorizadores da implementação do acordo.

O processo para incorporação do acordo em nosso ordenamento jurídico interno envolve três fases, a saber: (a) celebração do ato pelo Presidente da República; (b) edição de decreto legislativo; e (c) decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional ratificado pelo Congresso Nacional.¹³

Diante da complexidade do processo legislativo, dos condenados envolvidos no crime mencionado, a satisfação do interesse dos condenados não ocorreu imediatamente. Com efeito, anteriormente, o Brasil já havia firmado tratado com o Canadá e, diante dos fatos, envidou esforços para efetivar a transferência para a Argentina e para o Chile. Em 26-1-1999, foram publicados os Decretos Legislativos que

¹¹ As *hipóteses materiais* constam do art. 5º, incisos LI e LII, da CF/1988, enquanto os *requisitos formais* constam das Leis n. 6.815/1980 e 6.964/1981 (v. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 243).

¹² Lei n. 6.815/1980, art. 67: Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão de estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação."

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito...* Op. cit. p. 517.

ratificam os tratados firmados com o Chile e com a Argentina (Decretos Legislativos nºs 5 e 6, respectivamente). Dessa forma, as pretendidas transferências podem ser implementadas, por via diplomática, com a efetiva participação do Ministério da Justiça.

Concluindo, para que a transferência de condenado estrangeiro seja concretizada, mister é a existência de tratado sobre a matéria, firmado entre o Brasil e o Estado recebedor. Tal transferência, ratificamos, não significa exatamente uma extradição, nem se confunde com a expulsão.

Não era recente a pretensão de criar um tribunal internacional permanente para tratar dos fatos jurídico-criminais. O Estatuto de Roma, de 17-7-1998, instituiu a Corte Internacional Criminal (CIC), inovando com respeito à remoção de pessoas. Tal estatuto foi aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6-6-2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25-9-2002. Ele entrou em vigor na ordem internacional em 1º-7-2002. No Brasil, vigora desde 1º-9-2002.

O Brasil foi cândido em aderir ao referido ato internacional, eis que ele não parece tão bom assim. Exemplo disso é o fato de os Estados Unidos da América não terem aderido a ele e, mais ainda, seus soldados têm imunidade perante a CIC (Resolução nº 1.422, de 12-7-2002, do Conselho de Segurança da ONU).

A CIC julgará os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Segundo seu estatuto, os países lhe entregarão seus nacionais para julgamento (art. 89). Esse é mais um discurso baseado no eufemismo. A previsão institui inconstitucional previsão de extradição de brasileiros natos para julgamento perante a CIC, mas porque se diz que constitui apenas "entrega de presos", pretende-se permitir violações aos direitos individuais fundamentais insertos na CF.¹⁴

Esse texto transcrito está desatualizado desde a sua publicação, visto que desde o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004, modifiquei a minha posição, isso porque o art. 5º da Constituição Federal passou a dispor:

14 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 358-361.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Entendo que o art. 5º pode ser modificado para restringir direitos fundamentais, desde que não os desnature porque o art. 60 da Constituição Federal dispõe:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

.....

IV - os direitos e garantias individuais.

É cediço que as denominadas cláusulas pétreas não podem ser abolidas. No entanto, o aprimoramento da Constituição Federal pode se dar em alguns pontos até mesmo com a restrição de direitos individuais fundamentais.

A *Lei de Migração* (Lei n. 13.445, de 24.5.2017) revogou o *Estatuto do Estrangeiro* (Lei n. 6.815, de 19.8.1980). Este novo dispositivo legal autoriza a transferência da pena de um Estado para outro no Capítulo VIII (Das medidas de cooperação), Seção III (Da transferência da pessoa condenada), exigindo, como fundamento, tratado ou promessa de reciprocidade (art. 103).

Estabelece a Lei de Migração que a competência para execução da pena de preso transferido será da justiça federal. No caso vertente, não é o caso de transferência de pessoa condenada e sim de eficácia da sentença criminal estrangeira. Então, parece, a melhor hipótese seria a ***extraterritorialidade condicionada da lei criminal brasileira, com fulcro no princípio da nacionalidade (art. 7º, inc. II, alínea "b", do Código Penal), até porque estão preenchidos todos os requisitos do § 2º do artigo mencionado.***

A regra é que, em face da soberania, a pessoa cumpra a pena segundo a jurisdição de onde cumprirá a pena. A transferência de preso para local próximo da família para cumprimento da pena tem relação com a proteção da sua dignidade. No caso vertente é o contrário, sendo objetivada a eficácia da sentença condenatória italiana no Brasil.

A Presidente do STJ invoca o regimento interno do tribunal para estabelecer a competência e o procedimento, regulado nos seus arts. 216-A *usque* art. 216-N. Ocorre

que o *exequatur* para o cumprimento de pena contra a vontade do condenado não é amparado pela Lei de Migração, que exige "manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante" (art. 104, inc. V).

4. CONCLUSÃO

O procedimento do Regimento Interno do STJ é constitucional. Porém, ele não alcança o pedido de extraterritorialidade da sentença criminal condenatória para cumprimento da pena imposta contra a vontade do condenado, sem que exista, no mínimo, tratado ou acordo de reciprocidade.

O pedido que tramita no processo de HDE n. 7.986/IT pode ser deferido pelo STF, desde que a decisão fique condicionada, ao início da execução, perante a Justiça Federal, à existência de tratado ou acordo internacional de reciprocidade entre o Brasil e a Itália. Isso parece ser fácil porque é evidente a vontade dos dois Estados.

APLICAÇÃO DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA EM CONTRAPOSIÇÃO À FORÇA MAIOR, EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

DENNYSE TORRES MEIRELES:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro. ¹⁵

RESUMO: O presente artigo trata sobre a aplicação da teoria da onerosidade excessiva em contratos empresariais, em situação de descumprimento contratual enquanto a pandemia ocorria, a fim de descaracterizar ou mitigar o uso da teoria da força maior e colaborar com o estudo acerca dos institutos jurídicos civilistas. Isto porque houve certa discrepância de qual instituto melhor se adequaria a ser utilizado em nos tempos pandêmicos, especialmente entre contratos empresariais, tendo em vista suas particularidades e raciocínio lógico-jurídico. Para que o resultado fosse alcançado, foi utilizado o método de levantamento bibliográfico para elaboração do artigo. A partir do mencionado levantamento bibliográfico, percebe-se a dúvida comum de qual instituto utilizar-se, visto que a teoria da força maior fora amplamente arguido, mesmo que indevidamente, por vezes, visto sua inaplicabilidade ao caso em concreto. Nesse contexto, o artigo busca identificar qual teoria se faz mais adequada em situações de inadimplemento contratual em razão da pandemia de covid-19.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo científico. Descumprimento. Contratos. Pandemia. Direito. Teoria. Onerosidade.

APPLICATION OF THE THEORY OF EXCESSIVE ONEROSITY IN OPPOSITION TO FORCE MAJEURE, IN BUSINESS CONTRACTS

ABSTRACT: This article deals with the application of the theory of excessive onerosity in business contracts, in a situation of contractual breach while the pandemic occurred, in order to mischaracterize or mitigate the use of force majeure theory and collaborate with the study of civilist legal institutes. This is because there was a certain discrepancy as to which institute would best suit to be used in pandemic times, especially between business contracts, in view of their particularities and logical-legal reasoning. For the result to be achieved, the method of bibliographic survey was used to prepare the article. From the aforementioned bibliographic survey, one can see the common doubt of which institute to use, since the force majeure theory was widely argued, even if improperly, sometimes, given its inapplicability to the specific case. In this context, the article seeks to identify which

¹⁵ E-mail: dennyssetmeireles@gmail.com.

theory is most appropriate in situations of contractual default due to the covid-19 pandemic.

KEYWORDS: Scientific article. non-compliance. contracts. Pandemic. Right. Theory. Onerousness.

1 INTRODUÇÃO

O descumprimento contratual, por óbvio, é um problema que deve ser evitado na sociedade. Entretanto, sua existência impõe a viabilidade de medidas que possam justificá-la ou diminuir os efeitos decorrentes dela ao devedor, concretizadas em diversas teorias do Direito Civil. Assim, se faz necessário verificar no caso concreto a possibilidade da aplicabilidade de alguma teoria e, se sim, qual melhor se aplica. Nesse sentido, a pandemia de Covid-19 inegavelmente afetou a contraprestação dos contratos, sendo judicializado sua revisão e/ou exclusão de responsabilidade do devedor, em sua maioria, pela teoria da força maior. Todavia, a ciência jurídica alerta que em contratos empresariais, é necessário levar-se em consideração as particularidades dos mesmos, já que detêm seus próprios princípios, dentre eles o do pacta sunt servanda, não havendo, em sua maioria, espaço para alteração ou revisão aplicáveis aos contratos quando pedido unilateralmente.

Em tempos pandêmicos e pós-pandêmicos, se faz mais necessário essa ponderação, visto que a pandemia originou fortes consequências às estruturas econômicas (VENTURIN et al., 2021) conforme se pode verificar adiante.

2 MUDANÇA DE REALIDADE ADVINDA DA PANDEMIA

Os contratos empresariais têm características específicas, pela ótica do Código Civil no art. 421-A, uma vez que se presumem paritários e simétricos. Isto implica em raciocínio lógico-jurídico próprio para a relação contratual entre duas ou mais empresas.

Nesse sentido, é necessário enfatizar que os contratos são verdadeiros instrumentos econômicos para uma empresa, vez que se constituem como meios legítimos para o objetivo final das partes que ali os firmam. Portanto, não há parte hipossuficiente para que possa desequilibrar a relação contratual, e, em contrapartida, as partes detêm conhecimento técnico para pactuarem cláusulas que melhor se coadunem com os seus objetivos.

Contudo, é de conhecimento notório que algumas situações são imprevisíveis na ciência jurídica, e assim pode se entender a pandemia de Sars-Cov-2, conhecida como Covid. Isto porque pressupor a existência desta em relação à outra parte da relação contratual é praticamente impossível e beira à má-fé, levando-se em consideração que a boa-fé objetiva guarda conformidade com o padrão social da ética e deve respeitar a legítima expectativa depositada na relação, conforme julgado do TJDF:

(...) IV. O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes de uma relação de consumo a adoção de postura que guarde conformidade com os padrões sociais de ética, correção e transparência, a respeitar a legítima expectativa depositada nessa relação. Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva cria deveres anexos à obrigação principal, os quais devem ser também respeitados por ambas as partes contratantes. Dentre tais deveres, há o dever de cooperação, que pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual, que, uma vez descumprido, implicará inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa (violação positiva do contrato).

Acórdão 1168030, 07148415120188070003, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 30/4/2019, publicado no DJE: 8/5/2019.

Nesse diapasão, é plenamente possível a mudança nos estados de coisas que são imprevisíveis às partes e se faz necessário diferenciar o acontecimento imprevisível e o inconcebível, para evitar-se a má técnica interpretativa. Isto porque as partes, enquanto firmam contrato, consideram mudanças passíveis de acontecer, ou seja, dentro da álea de risco contratual (BRANCO, 2021).

Assim, os efeitos da mencionada pandemia em relações contratuais devem ser observados em consonância com os princípios basilares da relação existente, bem como do raciocínio lógico-jurídico da relação contratual existente, porque uma vez observados corretamente, permitem a aplicação de uma das teorias civilistas que melhor se adequam à realidade do contrato existente.

Indubitavelmente, a diversidade de teorias civilistas foi discutida com afincamento durante a duração de todo o período pandêmico de Covid. Contudo, as duas teorias que mais se foram noticiadas e difundidas foram a Teoria da Força Maior e a Teoria da Onerosidade Excessiva. Nesse sentido, foi o tema da XII Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação Empresarial¹⁶, em 2021.

2.1 Pacta Sunt Servanda

¹⁶ É Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB) promove a maior competição de arbitragem e mediação empresarial da América Latina, sendo o foco de vários núcleos de estudo.

Nas relações contratuais existentes é certo que se permeiam princípios norteadores, dentre os quais, em especial destaca-se o *pacta sunt servanda*, o qual, seu ponto principal é que o disposto no contrato se constitui lei entre as partes, em virtude da autonomia da vontade (PEREIRA e TEIXEIRA, 2020).

Segundo Maikon Junior Pereira e João Ricardo Ribas Teixeira (2020, p. 14) “o princípio da Pacta Sunt Servanda destina - se a preservar a autonomia da vontade declarada, incluindo a liberdade de firmar o contrato em causa, bem como a segurança da relação jurídica subjacente”.

Nessa perspectiva, sabe-se que o referido princípio não é absoluto, visto a sua relativização em decorrência de outros princípios, como a Boa-fé objetiva e seus deveres anexos, bem como o surgimento de teorias contratuais modernas (MOREIRA e FACHINETTO, 2021).

Ainda, sobre a relativização de princípios basilares, como o do *pacta sunt servanda*, face às teorias contratuais modernas, uma vez que são estas que permitem sair da rigidez do contrato firmado e possibilitam uma revisão contratual, é possível afirmar:

Ocorre, todavia, que o surgimento das teorias contratuais modernas possibilitou a relativização dos basilares tradicionais das relações jurídicas quando o caso concreto assim exigir, ou seja, evidenciaram a possibilidade de revisão contratual por expressão de vontade unilateral que ocorrerá, em regra, por intermédio do poder judiciário (MOREIRA e FACHINETTO, 2021.)

Da mesma forma, em virtude da relativização do Pacta Sunt Servanda, em 2019 foi promulgada a Lei da Liberdade Econômica, de número 13.874, a qual estabeleceu que a intervenção estatal será menos recorrente, tendo em vista que os mesmos se presumem paritários e simétricos, devendo a alocação de riscos ser respeitada, bem como a revisão contratual ocorrer somente de maneira excepcional e limitada, conforme art. 421-A, I, II e III:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Dessa forma, em que pese o esforço legislativo para se permanecer o *pacta sunt servanda* explícito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como princípio intrínseco às relações contratuais, é imperioso reconhecer que no arcabouço jurídico nacional ele não é mais um princípio absoluto, admitindo excepcionalidades para a intervenção estatal ocorrer, a serem decididos pelo poder judiciário a revisão ou resolução contratual.

2.2 Teoria da força maior

A teoria da força maior é um instituto que tem como objetivo excluir a culpa do devedor que se encontra inviabilizado de adimplir com sua obrigação contratual, afastando-se do *pacta sunt servanda*. De forma que é considerada como excludente de responsabilidade, tratada no art. 393 do Código Civil de 2002:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir.

Sendo imperioso ressaltar que pela leitura do parágrafo único do art. 393 do CC/02, depreende-se que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis ser evitados ou impedidos, ou seja, não é qualquer situação, mesmo que seja grave, que deverá ser considerada como força maior, principalmente se há formas de se evitar ou impedir os efeitos.

Nesse sentido se coaduna o entendimento do Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, no REsp 1.564.706/PE, no qual afirma que a necessidade não se verifica em qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável que possa ser, mas sim aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação.

Nessa perspectiva, no respectivo julgado, o Min. Relator ainda aborda outros dois fatores indispensáveis: o fato necessário, consubstanciado na impossibilidade absoluta que interfere o adimplemento contratual, que não é, e não deve ser confundido com dificuldade ou onerosidade do devedor, e a inevitabilidade, consubstanciada na

inexistência de meios para evitar ou impedir o inadimplemento da parte que a suscita (VIANA, 2007).

Dessa forma, a aplicação da teoria da força maior não pode ser aplicada de qualquer maneira, devendo ser observados todos os requisitos necessários e intrínsecos a ela (TARTUCE, 2021), para evitar, portanto, a sua desvirtuação e uso indevido.

2.3 Teoria da onerosidade excessiva

Dessa forma, se faz necessário estudar a teoria da onerosidade excessiva. O Código Civil de 2002 dispõe que nos contratos de execução continuada ou diferida, pode haver a resolução do contrato ou a sua modificação equitativa caso a prestação dele decorrente se tornar excessivamente onerosa ou de extrema vantagem para a outra parte, conforme art. 478 e 479:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Ademais, a presente teoria também é conhecida como teoria da imprevisão, a qual todo e qualquer contrato se submete a uma álea natural. Vantagens e desvantagens derivadas de oscilações próprias do dinamismo econômico são estéreis para fundamentar pequenos resolutorios ou modificativos da engenharia contratual. Durante o intercâmbio obrigacional oriundos de contratos de execução continuada ou diferida, a lei se preocupa em manter dentro de padrões razoáveis a harmonia e a correspondência entre as obrigações dos contratantes. Em razão disso, se eventuais extraordinários e imprevisíveis empecem sobremaneira a manutenção do pacto por um deles, e desde que não haja qualquer comportamento desleal por parte do contratante sobrecarregado, admite-se a resolução do contrato “por onerosidade excessiva”.

Mas é fundamental não perder de vista que a “resolução por onerosidade excessiva” regulada no art. 478 do Código Civil tem um requisito adicional não contemplado na legislação consumerista (CDC, art. 6, V): a resolução só será juridicamente viável se a onerosidade excessiva para uma das partes representar “extrema vantagem para a outra.” Por mais que se interprete com temperança esse pressuposto explicitado na legislação civil,

é defeso consentir na “resolução por onerosidade excessiva” sem a sua presença.” (OLIVEIRA, 2009, p. 390.)

Contudo, a doutrina e a jurisprudência vêm ampliando a interpretação da aplicação do requisito de “extrema vantagem”, alterando o alcance restritivo da teoria. (BRANCO, 2021).

Frise-se que é em cada caso concreto que poderá ser considerada a aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva ou imprevisão. Levando-se em consideração que a teoria tem como objetivo salvaguardar os contratos de longa duração, quando no decorrer de sua execução ocorrem fatores imprevisíveis (PEREIRA e TEIXEIRA, 2020).

Neste sentido, Nery Júnior (2011, p. 589), entende:

Acontecimentos estranhos, independentes da vontade das partes, que elas não podem prever e que de tal forma alteram as circunstâncias que, na execução, o contrato deixa de corresponder, não só à vontade dos contratantes, como à natureza objetiva dele.

Dessa forma, percebendo-se que nos contratos empresariais a parte majoritária das empresas tratam de atividades financeiras que tem como objetivo evitar as consequências de situações difíceis, o que é possível que ocorra é uma dificuldade financeira, e não uma impossibilidade total de adimplir suas obrigações contratuais. Devendo, nesse raciocínio, ser aplicada a Teoria da Onerosidade Excessiva, uma vez que a contraprestação do serviço ofertado no contrato torna-se dificultoso, ou seja, excessivamente onerosa a uma das partes. Mas, em nenhum momento impossibilitada integralmente, de forma que deve o magistrado decretar, após a análise dos requisitos.

Nesse sentido, é necessário frisar que deve ser analisado cada caso concreto para não se ver a aplicação da teoria da onerosidade excessiva sem uma maior diligência nos casos, escancarando-se a seriedade do instituto jurídico.

3.APLICAÇÃO DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA EM DETRIMENTO DA FORÇA MAIOR EM TEMPOS PANDÊMICOS

Inicialmente, o instituto de força maior não deve ser aplicado de maneira imediata e abstrata, necessitando que seja feita uma análise diligente das circunstâncias fáticas para poder confirmar ou, neste caso, negar sua existência, com base na impossibilidade da parte que o alegou adimplir o que foi pactuado. E, por isso, um dos principais requisitos para a admissão da hipótese de força maior é, sem dúvidas, identificar o nexo causal entre o evento imprevisível e o descumprimento contratual.

Assim, segue-se o ensinamento de Silvio de Savio Venosa e Roberta Densa (2021), que afirmam que por mais que a pandemia seja considerada um evento de força maior, ainda é necessário à análise do nexo causal, pois somente assim será verificado quanto a crise impactou o cumprimento da obrigação específica. Isso pelo motivo de a pandemia, em si, pode ser configurada como situação de força maior, mas é no caso concreto que se poderá inferir quanto à crise afetou o descumprimento da obrigação em específico, devendo haver o nexo de causalidade, no caso analisado, entre a pandemia e o descumprimento contratual. Ressaltando ainda que vários setores comerciais permaneceram suas atividades laborais na pandemia.

Flávio Tartuce (2021) afirma, ainda, que não basta apenas alegar o surgimento da Covid-19 como hipótese de caso fortuito ou força maior para a exclusão da responsabilidade contratual, nos termos do art. 393 do CC, mas que é necessário atender ao dever anexo de transparência da boa-fé objetiva, de forma que aqueles que almejam uma revisão contratual devem "abrir as contas", demonstrando especificamente os problemas econômicos existentes em seus negócios, causados pela grave crise sanitária.

Os estudos acima mencionados, pormenorizando a aplicação da força maior se dá pelo fato de que o referido instituto serve para garantir a resolução contratual (MONTEIRO, 2020), mas há o princípio da conservação dos negócios jurídicos no ordenamento jurídico, fazendo-se evitar a resolução judicial dos contratos empresariais.

Contudo, há julgados nos Tribunais de Justiça brasileiros que apontam pela possibilidade de revisão contratual, fundamentando-se na força maior, como se pode perceber no Agravo de Instrumento de nº 10000200652576001, julgado pela 4ª Câmara Cível do TJ/MG:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CEMIG - CONTRATO DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (CUSD) DE ENERGIA ELÉTRICA - MONTANTE DO USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (MUSD) - ISOLAMENTO SOCIAL EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19 - FECHAMENTO DO COMÉRCIO EM SHOPPING CENTER - CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR - REVISÃO CONTRATUAL - POSSIBILIDADE. - O art. 393 do Código Civil prevê que "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado" - Em razão da pandemia resultante da propagação do coronavírus (COVID-19) houve regulação na esfera federal, estadual e municipal, com a adoção de infinidade de medidas para a contenção da propagação do vírus de rápida disseminação, com a determinação de suspensão das atividades de centros comerciais situados ou instalados em ambientes fechados, tais como shopping

centers, galerias e estabelecimentos similares - O Contrato de uso do sistema de distribuição (CUSD) de energia elétrica firmado com a CEMIG dispõe acerca da possibilidade de revisão do MUSD contratado, em razão da ocorrência de caso fortuito ou de força maior que perdure por mais de sete dias, ocasionando na redução do uso do sistema de distribuição de energia elétrica. (TJ-MG - AI: 10000200652576001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 19/11/2020, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/11/2020)

Inferre-se do supramencionado julgado a aplicação da Teoria da Força Maior, contudo, entende-se o art. 393, caput, do Código Civil, no sentido de que se prevendo contratualmente a possibilidade do uso da força maior ou caso fortuito, para se afastar a responsabilidade civil, é possível se utilizar do instituto.

Enfatiza-se, entretanto, a necessária interpretação contratual em todos os seus termos e pormenores para aplicá-la corretamente no caso concreto.

Assim, não há dúvidas de que a pandemia de Covid-19 é um evento de força maior, mas é imperioso verificar sua incidência direta nas relações contratuais (VENTURIN et al., 2021).

Nesse raciocínio, uma vez que o modelo comercial pode não ter sido afetado diretamente pelo período pandêmico, bem como não se verifica a completa impossibilidade do cumprimento da obrigação, mas sim uma extrema dificuldade, é adequado a verificação de outro instituto jurídico, sem ser o de força maior, para se aplicar nas relações contratuais empresariais. Assim, afirma Milagres (2020, p.121) que:

Não se pode de forma genérica e não contextualizada ao modelo comercial, defender a extinção contratual. É preciso muita cautela, sob pena de frustração generalizada dos contratos, considerando o ambiente de contratos conexos, interdependentes e em rede.

Ademais, é importante explicitar que em que pese a teoria da onerosidade excessiva tratar da resolução contratual, vide art. 478 do Código Civil, o princípio da conservação dos negócios jurídicos possibilita a utilização do instituto para revisão judicial dos contratos:

Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual. (Enunciado nº 176 CJF/STF III Jornada de Direito Civil).

Ainda, no mesmo raciocínio jurídico, o art. 479 do Código Civil dispõe que a resolução pode ser evitada, uma vez oferecido ao réu a possibilidade de modificar equitativamente as condições do contrato. Dessa forma, cabe às partes a escolha da resolução ou revisão contratual.

Nesse sentido, é amplamente possível se utilizar do artigo 478 para revisão contratual. Assim, diante de uma extrema dificuldade para adimplir uma obrigação contratual empresarial, deve ser analisado a Teoria da Onerosidade Excessiva.

Consideração inafastável, ainda, é que, no Brasil, a extrema dificuldade nas empresas foi o resultado caótico proveniente da pandemia de COVID-19. Isto porque a redução do consumo mundial afetou o mercado financeiro, que também sofreu com o aumento exponencial do desemprego, sendo compreensíveis as dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas e a sua interferência nas relações contratuais das mesmas, visto que o contrato tem uma função econômica para a consecução dos objetivos finais das empresas.

De fato, em maio de 2020, o Ministério da Economia do Brasil ratificou que somente no referido mês foram contabilizados cerca de 960.258 pedidos para o seguro-desemprego, sendo o número um representante do aumento de 53% na comparação com maio de 2019, quando ainda não havia irrompido o vírus do SARS-Cov-2.

Outrossim, verificando-se no caso concreto da empresa uma extrema dificuldade para adimplir sua obrigação contratual, e não a completa impossibilidade de cumprimento da obrigação contraída, em período pandêmico e pós-pandêmico, período este completamente extraordinário, aconselha-se a priorização da aplicação da Teoria da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva em detrimento de outros institutos, tal qual o da Força maior (MONTEIRO, 2020).

Para esclarecimento, contudo, de extrema dificuldade, ou extrema vantagem, do art. 478 do Código Civil, tem-se o Enunciado nº 365 da IV Jornada de Direito Civil, que prevê:

A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

Assim, estando uma das partes contratuais obrigada a uma prestação extremamente desproporcional à sua devida contraprestação, a outra parte estará em vantagem, sendo esta um reflexo automático da onerosidade excessiva (RODRIGUEZ, 2021). Porém, é necessário enfatizar que o fato externo e imprevisível necessita provocar um desequilíbrio exponencial na relação contratual, a ponto da outra parte, se receber a prestação prevista contratualmente, justifica enriquecimento sem causa, conforme se verifica:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INADIMPLEMENTO DE PARCELA DO CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO PELO CONTRATANTE. SERVIÇO INTEGRALMENTE REALIZADO. ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL PELA OCORRÊNCIA DE FATO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. 1. Em que pese ser possível a flexibilização da força obrigatória dos contratos, notadamente com base na teoria da imprevisão, esta só tem lugar nos casos em que o fato externo e imprevisível provoca desequilíbrio desproporcional nas obrigações contraídas, levando, a um só tempo, ruína de uma parte e enriquecimento sem causa à outra. 2. Fato alegado que não alterou qualquer das obrigações contraídas, mas apenas tornou o objeto contratado desinteressante para o contratante. 3. Tendo sido realizado todo o serviço, sem qualquer comunicação prévia da outra parte, deve o contratante realizar os pagamentos devidos e livremente pactuados. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em contrapartida, em consonância com o tema discutido no presente artigo, o TJ-SP, em acórdão de Apelação Cível nº 1016763-71.2020.8.26.0224, na qual aplicou o art. 478 para resolver a lide:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Ação de rescisão de contrato c. c. pedido de isenção de multa contratual. Sentença de improcedência. Interposição de apelação pela autora. Preliminar de inadmissibilidade da apelação interposta. Rejeição. Observância do princípio da dialeticidade. Exame do mérito. Celebração de contrato entre as partes, por meio do qual a ré assumiu a obrigação de prestar o serviço de coleta de lixo gerado no estabelecimento comercial da autora. Alegação de que os efeitos da pandemia de COVID-19 culminaram no fechamento do estabelecimento comercial da autora por tempo indeterminado e na consequente ausência de geração de lixo naquele local, de modo a tornar desnecessário o serviço de coleta. Ausência de impugnação específica. Presunção de veracidade, consoante inteligência o artigo 341 do CPC/2015. O advento da pandemia de COVID-19, acontecimento imprevisível, inevitável e não produzido pelas partes, inviabilizou a continuidade da execução do contrato, dada a superveniente desnecessidade do serviço de coleta, causando desequilíbrio na relação, já que, ante a previsão de faturamento mínimo mensal, independentemente da coleta ou não

de sacos de lixo (cláusula quinta do contrato), a autora seguiria obrigada a pagar valores relativos a serviço que não mais era útil ao seu estabelecimento, sendo tal conjuntura apta justificar o acolhimento do pedido de rescisão contratual, sem imposição de multa a qualquer contratante, conforme a teoria da imprevisão, expressa no artigo 478 do Código Civil. Reconhecimento do direito ao desfazimento antecipado da avença, sem a imposição de multa, não exime a autora da obrigação de pagar eventuais contraprestações pendentes, as quais poderão ser exigidas pela ré em ação própria. Reforma da r. sentença, para julgar procedente a ação, declarando a rescisão do contrato de prestação de serviços de coleta celebrado entre as partes, com isenção de cobrança da multa prevista no instrumento contratual. Apelação provida.

Frisa-se que as partes não optaram pela revisão contratual, mas sim pela resolução contratual.

Contudo, importante ressaltar que no âmbito das relações contratuais empresariais ainda há forte presença do *Pacta Sunt Servanda*, e para muitos magistrados e doutrinadores, até mesmo a Covid-19 não pode levar à interferência excessiva nos contratos. O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro João Otávio de Noronha, afirmou ainda que "a **Recomendação 63/2020** do Conselho Nacional de Justiça também não sugere a extinção das garantias contratuais indispensáveis para o equilíbrio econômico das instituições financeiras", apontou. Nesse sentido, os juízes que decidem assim cometem um erro indesculpável perante o ministro, que afirma que "não há princípio de miserabilidade no direito empresarial, e as garantias são pensadas exatamente para momentos de crise".

Por fim, percebe-se que apesar do forte impulso do *Pacta Sunt Servanda*, hodiernamente tem-se aceito mais os institutos para justificativa de inadimplemento contratual, dentro dos limites da boa-fé processual, buscando um equilíbrio da relação jurídica.

4 CONCLUSÃO

Em suma, pode-se inferir que o Código Civil busca proteger e equilibrar as relações contratuais existentes, mesmo que por intervenção judicial excepcionalmente, sendo os contratos empresariais regidos e protegidos por particularidades próprias. Contudo, infere-se o avanço para tal intervenção judicial, vez que anteriormente, em virtude dos vieses principiológicos outrora fortemente influenciados pela autonomia privada das partes e do *Pacta Sunt Servanda*, não havia possibilidade para tal feito.

Neste sentido, uma vez que a regra jurídica nas relações contratuais é o adimplemento das obrigações contraídas, e a exceção é o inadimplemento daquelas, o Código Civil buscou instrumentos para justificar o inadimplemento, sem maiores prejuízos para as partes contratuais, levando-se em consideração a mudança nos estados de coisas, imprevisíveis às partes, que desequilibrem a relação jurídica, causando vantagem excessiva a uma das partes, com o decorrer do tempo.

Destarte, inegavelmente sendo a pandemia de Covid-19 é um evento de força maior, e a partir dele se tem diversas consequências no âmbito das obrigações e relações dos contratos empresariais. Assim, sendo o vírus da Covid-19 considerado um evento imprevisível às partes que firmaram contratos antes de seu início. Contudo, diversos sujeitos presentes em relações contratuais empresariais, principalmente os de prestações continuadas, não restaram completamente impossibilitados de adimplir suas obrigações contraídas, mas sim com extrema dificuldade.

De forma que, se no caso concreto isto acontecer, afasta-se o uso do instituto da força maior e, em contrapartida, aplica-se a onerosidade excessiva, visto ser a mais adequada, para revisar os contratos empresariais, mantendo-se a relação jurídica existente e adequando-se à realidade fática das partes.

Frise-se que o estudo jurídico acerca aplicação da teoria mais adequada coaduna-se com a busca de uma correta interpretação do raciocínio lógico-jurídico das relações contratuais empresariais.

Para isso, buscou-se entender as questões principiológicas dos contratos empresariais no ordenamento jurídico, as suas particularidades, e como o período pandêmico impactou os estudos da ciência jurídica quando aos estudos nos institutos do direito civil.

5 REFERÊNCIAS

BRANCO, Lucas Faillace Castelo. Onerosidade Excessiva em Tempo de Coronavírus no Brasil e a Frustração do Propósito Contratual no Direito Inglês. 2021.

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.

CHICARELLI, Ana Laura Gonçalves; DO CARMO, Valter Moura. A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL FRENTE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE PAUTADA NA TEORIA DA IMPREVISÃO E ONEROSIDADE EXCESSIVA. **Percursos**, v. 3, n. 34, p. 26-29, 2020.

CURLE, Jamie; ALLIN, Charles. Coronavirus COVID-19 and frustration: Is your contract at risk. **Reino Unido. Recuperado de <https://www.dlapiper.com/en/belgium/insights/publications/2020/03/coronavirus-COVID-19-and-frustration-is-your-contract-at-risk>**, 2020.

DE SALVO VENOSA, Sílvio; DENSA, Roberta. Mora em tempos de pandemia. 2020.

DE FARIAS VENTURIN, Edileuza Valeriana et al. O inadimplemento das obrigações no contexto da pandemia por COVID-19. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 9, p. 89610-89622, 2021.

RODRIGUEZ, Vitória Maria Fernandez. REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2021.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Os efeitos do coronavírus (COVID-19) e a irreversibilidade não imputável do incumprimento contratual. Separata de: FILHO, Carlos Edison do Rêgo et al. **Coronavírus e Responsabilidade Civil: Impactos Contratuais e Extracontratuais**. Indaiatuba, SP: Foco, 2020. cap. 11, p. 115-126. ISBN 978-65-5515- 069-8. E-book.

MONTEIRO, Julyanna Assunção Silva. A pandemia de covid-19 e o instituto da revisão contratual: uma análise da aplicabilidade das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva nos contratos. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2020.

MOREIRA, Gabriel Barbosa; FACHINETTO, Fabiana. A (IM) POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS EM FUNÇÃO DA PANDEMIA DO COVID-19. **Salão do Conhecimento**, v. 7, n. 7, 2021.

PEREIRA, Maikon Junior; TEIXEIRA, João Ricardo Ribas. DIREITO EMPRESARIAL NA PANDEMIA. **TCC's Direito**, p. 14-14, 2020.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19". Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 11. ed. revisada, atualizada e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. **Consultor Jurídico**, v. 20, n. 4, 2020.

TJ-RJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: TJRJ – AI: 0041901-45.2020.8.19.0000. Relator: Des. Francisco de Assis Pessanha Filho. Data de Julgamento: 01/10/2020. Décima Quarta Câmara Cível. Data da Publicação: 02/10/2021. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047B713691DE5A896DD8C6B254C42795A1C50D2356364E>. Acesso em: 21 nov. 2022.

TJ-SP. APELAÇÃO CÍVEL: TJSP – APL: 1016763-71.2020.8.26.0224. Relator: Des. Carlos Dias Motta. Data do Julgamento: 08/04/2021. 26ª Câmara de Direito 51 Privado; Foro de Guarulhos - 4ª Vara Cível. Data da Publicação: 08/04/2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14526063&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_77723431b7eb495eb3f1d574e0f6c986&grecaptcharesponse=03AGdBq24NxupmGsmRZZH0_YPIUnuAANc6khVEMO6GTtOvWbtJhmLIcMIshKueMxPr9TVUiJ3ZaWsTi8XZWlciFAOp2nCuD9bvAiiRecFe7uDtbJeuyJVPECsv6Ia2o7fg_zpgg9NNI45YZriQIY8q1DFldPtS6lgrUqHE_gFKTuTzKE47LXpiNIjRgksZkdzWKxtszwBQq9oH8i9sq4eUdNhnKZsHAda0GgFkkd_t0Lallb1ITvpr2NFH0sE_7SPHEN75Z1JNtiYS3jiwS9iyfs8G0vReEh5jls_qlIBrgjOFt3reo1tLF9hN5QM6dDQwxrFob093ty2utMmuZw_i44AGpCDXwVc9xtGTHf3aXcfX9x1lpp7842fvia7uFm0QxfakN_MT73U3syCUMJ4jQDuCoZxWxmopMh9YLAvFO6QGMG2LrvDz7nkj2kv_sgux0DjySbCclmYXuKEfBhTOB6UmcpwL1aEcsiagzUnqpX4INCS2p0o6LWHoWv0QTtdIGRHB8KxHsT3STR_-CxeNfB-MHQ. Acesso em: 21 nov. 2022.

VIANA, Marco Aurélio S. Curso de direito civil: direito das coisas, Artigos 1.255 a 1.509. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FEMINICÍDIO DOMÉSTICO

MARIA ADRIANA CAVALCANTE PEREIRA:¹⁷.
Bacharelada em Direito pela Universidade de
Gurupi – UnirG.

GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO¹⁸

(orientador)

RESUMO: Desde os primórdios, a posição da mulher na sociedade sempre fora inferior à do homem, sendo relegada a um papel de subordinação a eles. Apesar dos avanços sociais ocorridos ao longo da história, entre eles a busca de igualdade entre ambos, a situação até então necessita ser analisada, uma vez que, a mulher ainda sofre muito preconceito e ocupa pouquíssimo lugar de destaque. Soma-se a isso, o fato de elas serem vítimas de todo tipo de violência, e que em alguns casos, a simples razão de serem mulheres, as leva ao óbito. Nessa perspectiva, o ato de matar uma mulher em razão da sua condição de gênero, é denominado de feminicídio. Assim, o presente estudo teve como objetivo discutir as razões e consequências (jurídicas e sociais) do feminicídio doméstico, em que buscou analisar de forma clara e sucinta o quão longo é o caminho que as mulheres ainda precisam percorrer para ter o respeito da sociedade e um pouco mais de dignidade humana, bem como sua integridade física preservada. Nesse sentido, a base para a realização desse trabalho passou pela seguinte questão: analisar os efeitos jurídicos do feminicídio doméstico no Brasil e demonstrar a relevância de se pôr em prática essas bases de proteção para ampliar a segurança dessas mulheres. Logo, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a partir de livros e periódicos, nacionais e internacionais, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Como resultados, analisou-se a questão da qualificadora do crime de feminicídio, observando se é objetiva ou subjetiva, ficou estabelecido por esse estudo que ela é objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita.

Palavras-chave: Gênero. Crime contra a mulher. Homicídio. Qualificadora.

DOMESTIC FEMINICIDE

ABSTRACT: From the beginning, the position of women in society has always been inferior to that of men, being relegated to a subordinate role. Despite the social advances that have

¹⁷ E-mail: adriana_cavalcant@hotmail.com

¹⁸ Advogado e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: profgilsonfilho@gmail.com

occurred throughout history, including the search for equality between them, the situation until then needs to be analyzed, since women still suffer a lot of prejudice and occupy very little prominent place. Added to this, the fact that they are victims of all kinds of violence, and that in some cases, the simple reason that they are women, leads to death. From this perspective, the act of killing a woman because of her gender condition is called femicide. Thus, the present study aimed to discuss the reasons and consequences (legal and social) of domestic femicide, in which it sought to clearly and succinctly analyze how long is the path that women still need to travel in order to have the respect of society and a little more human dignity, as well as their physical integrity preserved. In this sense, the basis for carrying out this work was the following question: to analyze the legal effects of domestic femicide in Brazil and demonstrate the relevance of putting these protection bases into practice to increase the safety of these women. Therefore, the methodology used was the bibliographical review, from books and periodicals, national and international, to better describe, argue and outline the research objectives. As a result, the question of qualifying the crime of femicide was analyzed, observing whether it is objective or subjective, it was established by this study that it is objective, as it focuses on crimes committed against women because of their female gender and/or always that the crime is linked to domestic and family violence itself.

Keywords: Crime against women. Murder. Qualifier. Genre.

1. INTRODUÇÃO

A história da humanidade é marcada por diversos movimentos civis e sociais, entre eles, estão os que defendem os direitos das mulheres. Devido ao desenvolvimento histórico e as mudanças ocorridas na sociedade ao longo da sua história, a mulher sempre buscou o seu lugar entre os pares.

Desde os primórdios, o fato é que para as mulheres o seu lugar era sempre inferior ao homem, enquanto ele chefiava e comandava a família e demais afazeres sociais, para elas sobravam apenas os serviços domésticos e o cuidado com os filhos. Atualmente, apesar, do progresso em relação a situação da mulher, depois de muitas lutas, e de conseguir direitos e garantias, o seu papel e a sua imagem ainda estão atrelados à uma posição de inferioridade em relação ao homem.

Nessa perspectiva, pode-se observar ainda, essa submissão do gênero em relação aos homens quando se analisa diversas pesquisas que mostram as ínfimas oportunidades de trabalho, a disparidade salarial e de cargos de chefia, entre outros. Para além dessas questões, o exemplo mais claro sobre o tratamento dado à mulher ainda, nos dias atuais, está nos casos de violência doméstica, no qual, milhares de mulheres são agredidas de todas as formas possíveis e em alguns casos, brutalmente assassinadas por seus parceiros

por motivos fúteis. A esse fato, o sistema jurídico reconhece como crime de feminicídio tipificado no Código Penal Brasileiro. Embora esse ato seja tipificado como crime e atualmente ser considerado crime hediondo, a todo instante é divulgado casos como esses em todos os lugares.

A situação se torna ainda mais caótica, pois frequentemente são registrados casos em que são subjugadas e violentadas de todas as maneiras, e mesmo com as leis de proteção os casos aumentam cada dia mais e mais, revelado um cenário preocupante com essas situações, e levando a dúvidas quanto à eficácia do sistema de segurança.

Frente a esse fato, o presente trabalho teve como objetivo central discutir as razões e consequências (jurídicas e sociais) do feminicídio doméstico, em que buscou-se analisar de forma clara e sucinta o quão longo é caminho que as mulheres ainda precisam percorrer para ter o respeito da sociedade bem como sua integridade física preservada.

Nesse sentido, a base para a realização desse trabalho passou pela seguinte questão: analisar os efeitos jurídicos do feminicídio doméstico no Brasil e demonstrar a relevância de se pôr em prática essas bases de proteção para ampliar a segurança dessas mulheres.

Ao discutir sobre o feminicídio doméstico, tencionou nessa pesquisa evidenciar ferramentas que possam ampliar a rede de proteção as mulheres vítimas de violência doméstica, assim como a responsabilização dos que cometem esses crimes. Nota-se que diante de uma realidade ainda muito preocupante, discutir sobre o feminicídio, principalmente quando se leva em consideração os casos crescentes desse crime, se torna fundamental a sua discussão.

2. METODOLOGIA

O presente estudo teve como metodologia, o método indutivo e qualitativo, assim como a revisão de literatura, que foi embasado pela pesquisa bibliográfica realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

Dessa forma, a pesquisa foi realizada por meio de levantamento de documentos e coleta de dados, resultando em uma busca feita em bases tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de julho e agosto de 2022.

3. A MULHER NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Um dos grandes embates existentes na história da humanidade diz respeito às questões de gênero. Desde as antigas civilizações, a relação entre homem e mulher foram

pautadas por regras e condutas de cada parte, em sua maioria desfavorável ao sexo feminino.

Nessa ideia, as mulheres, antes, eram vistas apenas para procriar e cuidar do lar, com o advento das mudanças sociais, culturais e do feminismo, as mulheres nos dias atuais são independentes e donas da própria vida. Contudo, a relação com os homens ainda é permeada pela disputa e pela diferença de tratamento em todas as esferas da vida social.

Apesar de serem “emancipadas”, elas até então não se livraram do estigma por ser mulher e, carrega dentro de si uma luta constante por igualdade e autonomia, que nem mesmo a proteção jurídica conseguiu superar.

De acordo com Barreto (2016) devido a um processo histórico, as mulheres estiveram confinadas dentro do lar por milênios, sendo encarregadas pelos trabalhos domésticos, e funções de esposa e mãe.

Como bem descreveu Braick (2015) em sua obra *“História: das cavernas ao terceiro milênio - do avanço imperialista no século 19 aos dias atuais”*, as mulheres eram tratadas como mero objeto de procriação e considerada como propriedade dos homens, aos quais devia obediência e subordinação, nesse contexto histórico, a questão envolvendo os gêneros já era evidenciada.

Isso se remete inclusive no processo de criação do ser humano, Souza (2016) explica que a reprodução da espécie humana só é possível com a participação dos dois seres, em que para perpetuar a espécie, homens e mulheres passaram a conviver permanentemente e constantemente, assim surge a sociedade humana. Desde que o homem começou a produzir seus alimentos, começaram a definir papéis para homens e para mulheres, considerando o aprendizado de cada um nas tarefas diárias, a atividade de cuidar foi sendo desenvolvida pela mulher, embora ela também ajudasse no cultivo e na colheita dos alimentos produzidos.

Verifica-se de imediato, que a mulher já nascera predestinada a cumprir um papel estritamente familiar e de pouca representatividade, deixando para o homem o papel de domínio e de autonomia. Essa diferenciação, ainda na fase histórica, mostra claramente o papel desempenhado por esses gêneros e que perduraria por muitos séculos.

No entanto, há historiadores que não colocavam a mulher no papel central da sociedade, aparecendo marginalmente na história, Margareth Rago Martins (2016) acentua que todo discurso sobre temas clássicos como a abolição da escravatura, a imigração europeia para o Brasil, a industrialização, ou o movimento operário, evocava imagens da

participação de homens robustos, brancos ou negros, e jamais de mulheres capazes de merecerem uma maior atenção.

Frente a esses fatos indaga-se: onde estava a mulher durante a história da humanidade? A resposta é simples, porém insatisfatória: segundo Martins (2016) estava confinada ao espaço da vida privada, envolvida no cuidado com o lar, na educação dos filhos, na atenção ao marido; ocupada demais para ser percebida pela história.

Segundo Souza (2016) a função de reprodutora da espécie, que cabe a mulher, favoreceu a sua subordinação aos homens, por ser considerada “frágil” e incapaz de assumir um papel de chefia do grupo familiar, o homem com a sua força física e seu autoritarismo, acabou por assumir o poder dentro da sociedade e da família.

Desse modo, esse novo poder, surge às sociedades patriarcais, que eram caracterizadas pelo autoritarismo do homem inclusive no seio familiar, principalmente na paternidade, garantia de posse de bens e herança para as futuras gerações (SOUZA, 2016).

Nos primeiros períodos da civilização, o conceito de família se resumia ao seguinte fato: o homem provedor da comida, do sustento e a mulher a dona do lar, cuidando da prole e da casa, nada mais se estendia a ambas as posições. A família também se resumia quase que exclusivamente a um homem, sua esposa e os seus filhos, se algo fugia desse cenário não era considerado família (SOUZA, 2016).

Ressalta-se que, um dos ramos mais antigos do Direito, o poder familiar em seus primórdios era exercido quase que exclusivamente pelo chefe de família – o homem, tendo sua origem na Roma antiga, no qual a lei concedia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida do seu próprio filho, podendo ainda dispor de sua mulher quando se achasse conveniente, afinal, sobre ele detinha o poder de vida ou de morte, o conhecido pátrio poder.

Esse poder paterno sobre o filho é bem antigo e já era reconhecido pelas XII Tábuas (450 a.C.), mais necessariamente pela tábua IV, que tratava do pátrio poder, com isso, as mulheres eram cada vez mais ligadas à sexualidade, sendo submetida aos interesses do homem, tanto na reprodução de sua linhagem quanto no repasse de bens através da herança, a mulher, então, passou a ser do homem (SOUZA, 2016).

Todavia, essa ideia de submissão da mulher perdurou por séculos, ainda que durante a história, várias mulheres (principalmente as rainhas de grandes reinos) se sobressaíssem sob o domínio do homem, no geral, a mulher era vista como algo inferior ao homem e não possuía direito a um posicionamento político e/ou social (MARTINS, 2016).

Logo, a situação da mulher começou a melhorar com os primeiros movimentos do feminismo, na baixa Idade Média, o qual surgiram as primeiras ideias feministas. A autora

francesa Christine de Pisan (1364-1430) foi a precursora da escrita a lançar ideias feministas com poemas e tratados de política e de filosofia, que defendia a concepção de igualdade entre homens e mulheres (OLIVIERI, 2016).

Sua principal obra “Cidade das Damas” aborda a igualdade natural entre homem e mulher e a mesma autora ainda registrava vidas femininas que se tornaram ícones de liberdade e poder, como por exemplo, Joana D’Arc (1412-1431) a padroeira da França e heroína da Guerra dos 100 anos (OLIVIERI, 2016).

No período do Renascimento houve um retrocesso na condição da mulher, limitando-as aos estudos e trabalhos domésticos, foi no século XVIII com a entrada do Iluminismo e da Revolução Francesa que se pode perceber as reivindicações dos direitos da mulher, o que se tornaria realidade no século seguinte.

Assim, se no século XVIII houve as primeiras reivindicações acerca do direito das mulheres, foi no século XIX, no contexto da Revolução Industrial que a mulher começou de fato a ter presença significativa na sociedade, e essa formalização se deu através do trabalho (SOUZA, 2016).

Observa-se, que foi por meio do trabalho que a mulher se solidificou perante a família e a sociedade, conquistando não apenas independência financeira, mas o direito de se tornar dona da própria vida. A entrada no mercado de trabalho para a mulher foi e ainda é mais significativa do que para o homem, uma vez que este sempre esteve nesse ambiente.

Assim, as divorciadas ou mãe solteiras começaram a crescer no meio do século passado, fazendo com que o conceito de família e de mulher fosse expandido e alterado, com o dinheiro advindo do trabalho, a mulher passou a ser chefe de família, principalmente quando não havia homens por perto.

Entretanto, o que não modificou foram as relações de trabalho, e numa época remota na história da humanidade a mulher já sofria preconceitos, no meio laboral não poderia ser diferente.

Muitas foram e ainda são as situações em que a mulher desempenha as mesmas funções do homem e o seu salário, no entanto, é inferior, além disso, muitas ainda sofrem resistência para conseguir cargos de chefia ou mesmo de confiança. Há também que se fazer menção ao fato de que nos anos 50 surgiu os primeiros movimentos pelos direitos da mulher, que tinha como objetivo o despertar das mulheres no que diz respeito a seus problemas, cabendo a elas, aprovarem ou reprovarem as suas ações (VIEIRA; JÚNIOR, 2016).

Depois desses movimentos, a mulher começou a ganhar destaque na sociedade, e não apenas dentro de casa, deixando de fazer apenas os serviços domésticos e indo trabalhar fora e conquistando a sua independência e liberdade.

Assim, a história da mulher tem sido conquistada através de luta e à custa de muito trabalho, buscando sempre o resgate de sua dignidade e igualdade de direitos. Apesar disso, ela não conseguiu fugir do maior dos seus problemas: a violência. Milhares de mulheres são vítimas de todo tipo de violência diariamente, principalmente dentro dos seus lares, cuja terminologia criminológica é definida como violência doméstica, e em alguns casos, ela pode acabar em morte, em razão do seu gênero.

4 FEMINICÍDIO DOMÉSTICO

Conforme mostrado no tópico anterior, a mulher sempre fora subjugada na sociedade, as garantias e autonomia que tem hoje, só conseguiu por meio de várias lutas e batalhas. Entre as várias dificuldades e obstáculos que as mulheres enfrentam, a proteção do seu corpo e da sua dignidade ainda é a mais latente.

Um dos crimes mais comuns praticados na atualidade contra a mulher é o feminicídio. Derivado do termo *femicídio*, que foi utilizado a *priori* em 1976 pela socióloga sul-africana Diana Russell, o feminicídio é inicialmente caracterizado como o assassinato de mulheres pelo simples fato de serem mulheres, sendo uma maneira de exterminar o gênero feminino ou como um genocídio de mulheres (MENEGUEL; PORTELLA, 2017).

Nessa situação, o algoz desses crimes, possui ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade sobre a vítima, matando-a como forma de extermínio, transparecendo o mais profundo desprezo pela figura da mulher (BRANDALISE, 2018). Por meio desse entendimento, é possível perceber que o surgimento do feminicídio deriva de uma relação complexa entre homens e mulheres, em situações que a mulher ocupa um papel de coadjuvante perante o homem, é o pensamento machista que se ancora a motivação para o esse crime. (SCHRAIBER; D'OLIVEIRA, 2013).

É fato que a sociedade atual ainda é machista colocando a mulher frente a preconceitos e julgamentos, enquanto que o homem é visto como algo muito mais importante, o que os tornam pessoas violentas contra elas, levando em alguns contextos a morte de milhares de mulheres diariamente. O feminicídio, é identificado como um ponto final num processo iniciado ainda no início da sociedade, ao qual a mulher sempre ganhou papel irrelevante e de pouco (ou nenhum) destaque.

Cabe destacar que o feminicídio não é especificamente praticado por homens, qualquer gênero pode cometer esse delito, o que caracterizará o crime será a motivação do ato.

Segundo Schraiber; D'Oliveira (2013) mulheres também podem praticar o feminicídio, uma vez que a razão de ser contrário a existência de uma mulher pode vir de qualquer pessoa, mesmo que estatísticas mostram um índice maior de homens cometendo esse crime, mulheres também podem ser vistas como geradoras da prática do feminicídio.

No entanto, é cabível frisar que são os homens que em sua maioria praticam o feminicídio, e grande parte dos crimes ocorrem dentro dos domicílios. Esse fato, é denominado de feminicídio doméstico, já que ocorre dentro do âmbito do lar/domicílio da vítima e causado pelo seu parceiro (a) (CUNHA, 2017).

Nesse contexto, o feminicídio doméstico, como bem mencionado posteriormente, é aquele onde se considera que exista motivos de condição de sexo feminino quando o crime envolver uma agressão doméstica e familiar em desfavor da mulher (CUNHA, 2017). Mais limitado ao Brasil, o feminicídio, como terminologia, foi imposto por meio da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Violência contra a Mulher em 2012. Nesse documento, foi proposto o Projeto de Lei 292/2013, do Senado Federal, buscando mudar o Código penalista brasileiro para incluir em seu texto o crime de feminicídio, no qual ele adentraria como uma circunstância qualificadora do homicídio (BRASIL, 2013).

A busca pela inclusão do feminicídio no texto penal se deve pela crescente onda de índices que mostraram a morte de mulheres em seus lares apenas pela sua condição de gênero (CUNHA, 2017). Importante conceituar para título de informação, o que seja uma violência doméstica, como bem acentua a Lei que a normatiza (Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha) regulamenta que é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Dessa forma, qualquer agressão à mulher em razão do seu gênero e que gere morte, ocorrido dentro do seu domicílio ou em um ambiente familiar, caracterizará o feminicídio doméstico (BAETA, 2019). Devido a relevância desses crimes ao longo dos últimos anos, a legislação brasileira, tem buscando penalizar esses casos, tipificando o crime de feminicídio no seu ordenamento jurídico.

4.1 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Crimes cuja natureza sejam a violência ou morte de mulheres não são recentes, existiam normas que previam a penalização dos autores nesses casos, como exemplos, a Lei nº 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Criminais que trouxeram uma nova forma de solucionar litígios interpessoais, tais como medidas de conciliação e transação penal. Ainda nessa norma, foi instituído os princípios da oralidade, da celeridade e da

informalidade, que dava possibilidade de ressocialização mais efetiva, principalmente quando gerado por conflitos familiares (DIAS, 2012).

Apesar disso, a supracitada lei não fora bem aceita pela doutrina jurídica, uma vez que houve uma interpretação em que a violência sofrida pela mulher em seu domicílio estaria no mesmo patamar que uma simples briga de vizinhos ou acidente de trânsito, tendo inclusive, a mesma pena. Segundo Vieira; Junior (2016) esta lei era uma afronta aos direitos das mulheres, porque além de torná-las uma simples coadjuvante dos crimes que são vítimas, os seus agressores poderiam ser penalizados apenas com uma cesta básica.

Diante dos fatos, após sofrer críticas, outras leis foram criadas e promulgadas, como a Lei nº 10.778/2003 que previu a possibilidade de acolhimento à mulher, viabilizando equipe de saúde para oferecer atenção oportuna, eficaz, segura e ética as vítimas desses crimes. Surge também, a Lei Federal nº 10.886/2004 que ampliou a segurança jurídica das mulheres vítimas de violência ao acrescentar ao Código de Processo Brasileiro o tipo penal "violência doméstica", aumentando o tempo de punibilidade do agressor.

Contudo, é evidente que a Lei Maria da Penha é a precursora das leis que regem sobre violência doméstica e proteção às mulheres vítimas de violência que realmente se mostrou eficaz, surgida em 2006 por causa da violência sofrida pela biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, esta lei trouxe várias regras a esses casos, aumentando também as penas para dar mais rigorosidade para aqueles que praticam ou praticaram a violência doméstica (BRASIL, 2006).

A principal inovação da Lei Maria da Penha foi a mudança do texto do art. 129 do Código Penal, que permitiu que os acusados por violência contra mulheres em seus domicílios ou em ambiente familiar pudessem serem presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Soma-se a isso o fato de que esses agressores não tenham direitos a penas alternativas (BRASIL, 2006).

Outro ponto positivo trazido pela presente lei foi a delimitação conceitual dos tipos de violência doméstica: que se desdobra em física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Essas definições foram importantes para dar maior entendimento sobre esse crime, e seu alcance (BRASIL, 2006).

Insta salientar que nessa norma também se aumentou o tempo de detenção e criou medidas protetivas como a remoção do agressor do domicílio e a proibição de sua aproximação da vítima (BRASIL, 2006).

Ademais, também se menciona que em 2019 surgiu a Lei Federal nº 13.827 ao qual acrescentou novas regras à Lei Maria da Penha. Sobre essas mudanças, menciona-se a inclusão do art. 12-C, abaixo transcrita:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (BRASIL, 2019).

Ao comentar sobre essa norma, Girão (2019) acentua que na falta de delegado no processo da denúncia, é permitido que qualquer policial poderá afastar o agressor tanto da mulher vítima da violência quanto de seus dependentes". Essa medida é importante, porque gera uma maior eficácia da norma e traz uma segurança jurídica à vítima, uma vez que o preso não terá a liberdade provisória concedida em caso onde configurar risco à integridade física da mulher ou que tenha descumprido alguma medida protetiva de urgência.

No caso em tela, o feminicídio também ganhou uma ampliação específica, a Lei nº 13.104/2015 que se alterou o art. 121 do Código Penal, onde incluiu no § 2º, inciso VI, dispositivos que protegem significativamente à mulher diante de seus algozes; a saber:

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

§ 7ºA pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).

(BRASIL, 2015)

Destaca-se frente a essa norma, que a inclusão do feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, este foi incluído no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990), ou seja, o feminicídio não é considerado um simples homicídio, ao contrário, devido a sua motivação, a gravidade desse crime é alta, uma vez que ele afeta não somente à vítima e seus familiares, mas toda uma sociedade. A pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos.

Galvão (2018) afirma que a tipificação do crime de feminicídio é de suma importância para o Direito e para a sociedade brasileira, uma vez que ele tira esse crime da invisibilidade ao qual se encontrada desde sempre. A morte de mulheres por conta da sua condição de gênero é um atentado claro à dignidade da mulher e sua integridade física.

O mesmo autor acrescentar que a tipificação desse crime não busca prevenir, mas nominar uma ação que existe e que não é conhecida por este nome; em outras palavras,

tirar da conceituação genérica do homicídio um tipo específico realizado em desfavor da mulher, apenas por ser mulher (GALVÃO, 2018).

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Diante do exposto acima, a entrada em vigor da Lei do Feminicídio trouxe impacto na vida das mulheres, porque gerou maior confiança no ordenamento jurídico, por punir o agressor de um crime e dar resposta equivalente a gravidade desse crime, para os familiares e para a sociedade.

No campo jurídico, os Tribunais já se posicionaram a respeito desse tema. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi o primeiro a ser indagado sobre eventuais questões que a normatização pode levantar e a primeira surgiu no que se refere a possibilidade de um crime de feminicídio ser considerado também homicídio qualificado por motivo torpe.

Aqui, é necessário informar que para se provar um feminicídio é imprescindível que se tenha uma prova inequívoca. Em caso de houver uma dúvida ou questão que gere incerteza, invoca-se o instituto do *in dubio pro reo*. É preciso deixar claro que as razões para o cometimento do presente crime sejam em razão da violência de gênero (BIANCHINI; GOMES, 2016).

Nesse sentido, cita-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. **HOMICÍDIO QUALIFICADO** (ART. 121, § 2º, II, III, IV E VI, DO CP). **FEMINICÍDIO**. DECISÃO DE PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. MOTIVO FÚTIL. MEIO CRUEL. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. 1. **Havendo dúvida, por menor que seja, a respeito da incidência ou não de determinada qualificadora, é de se reservar ao Tribunal do Júri, uma análise detalhada e pormenorizada da questão, cabendo-lhe dirimir a questão já que, na fase de pronúncia, vigora o princípio *do in dubio pro societate*.** 2. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito 0005682-88.2022.8.27.2700, TJTO. Rel. EURÍPEDES LAMOUNIER, GAB. DO DES. EURÍPEDES LAMOUNIER, julgado em 19/07/2022, DJe 27/07/2022 19:06:54). (grifo meu).

No entanto, em entendimento contrário, o ministro Nefi Cordeiro (2019) argumenta que seja possível a coexistência das qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe. Segundo o ministro, esse entendimento não geraria o *bis in idem* (dupla punição

pelo mesmo crime), haja vista que o feminicídio possui natureza objetiva, enquanto a qualificadora do motivo torpe é de caráter subjetivo. Assim, ele explica:

É devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto a primeira tem natureza subjetiva e a segunda, objetiva (HC 440.945).¹⁹

Apesar desse entendimento, cabe destacar que é possível acontecer um excesso de acusação, onde pode agrupar, como exemplo, uma classificação de crime hediondo. Ao falar sobre isso, imperioso informar que nem todo delito denominado femicídio é configurado como feminicídio. Existem casos de confusão desses termos, o que deve ser explicitado pela defesa, afim de evitar um excesso acusatório (BIANCHINI; GOMES, 2016).

A qualificadora do feminicídio também é motivo de discussão. Há doutrinadores e decisões judiciais que afirmam ser esse crime ser de natureza subjetiva, enquanto que outros entendem ser de caráter objetivo. No primeiro posicionamento, entende-se que quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio.

Nesse sentido Biachini (2016) explica que esse crime é subjetivo porque o criminoso pode cometer o homicídio não exclusivamente com base na condição de gênero. Esse autor cita na sua defesa um exemplo: uma mulher faz uso de uma minissaia, o seu parceiro comete um homicídio contra ela e, isso ocorre em razão de presumir que ela tem de se submeter ao seu gosto, como se dela tivesse posse. Em casos como esse, há uma ofensa à condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino.

Cavalcante (2015) na mesma linha de entendimento acima, afirma que o critério subjetivo no crime de feminicídio se baseia nas causas ensejadoras do delito. Aqui, o que importa não é o crime ser motivado contra a mulher e sim pela sua condição de sexo feminino.

Entretanto, é majoritário o entendimento que nesse cenário, o feminicídio é um crime de caráter objetivo. De acordo com Nucci (2017, p. 46) o feminicídio possui uma “qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher, o agente não mata a

¹⁹ AgRg no HABEAS CORPUS Nº 440.945 - MG (2018/0059557-0). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1718482&num_registro=201800595570&data=20180611&formato=PDF. Acesso em: 01 ago. 2022.

mulher somente porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, por motivos variados”

No mesmo caminho, o STJ tem se orientado da seguinte forma:

[...] considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise.²⁰

Sendo assim, afirma-se que a qualificadora do feminicídio é de caráter objetivo. Dessa forma, como esclarece Nucci (2019, p. 758) “o feminicídio figura como uma continuidade da tutela especial abarcada pela Lei Maria da Penha, tratando-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher”.

A título de exemplo, expõe-se o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. VALORAÇÃO NEGATIVA. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CARACTERÍSTICAS DO FEMINICÍDIO VALORADAS NA CULPABILIDADE. MACHISMO E SENTIMENTO DE POSSE.** CRIME COMETIDO NA FRENTE DO FILHO DA VÍTIMA. AGRAVANTE DA TRAIÇÃO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 525 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...]. 2. É cediço que o sentimento de posse, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza motivo torpe, contudo, no presente caso, **é de rigor que tal circunstância seja valorado negativamente na conduta, pois o réu mesmo com apenas 02 (dois) meses de relacionamento viu-se no direito de tirar a vida da vítima por entender que dela era proprietário.** 3. **Está suficientemente demonstrado que o crime ocorreu na presença do filho menor da vítima,** tanto pelo depoimento dela quanto do depoimento de outras testemunhas. Tal situação já foi diversas vezes julgada por este **Tribunal de Justiça, que tem entendimento que a presença de filhos no momento da**

²⁰ REsp 1.707.113/MG. Relatoria do Ministro Felix Fischer. Publicado no dia 7.12.2017.

ocorrência do crime é causa de reprovação das circunstâncias do crime. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) 0000144-98.2014.8.27.2703, Rel. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, GAB. DO DES. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, julgado em 21/06/2022, DJe 22/06/2022 14:22:32). (grifo meu).

Diante de tais argumentos, entende-se nesse estudo, que o feminicídio possui caráter objetivo, devido a gravidade que ele alcança e os efeitos que ele gera para as famílias e para a sociedade, é mais do que urgente que tal crime tenha a mais alta pena imposta.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos assuntos que mais se discute no momento atual na sociedade brasileira é a respeito dos desafios da identidade de gênero. Que as diferenças entre os gêneros homem e mulher sempre foram evidentes isso é claro e notório, mas o que se observa nas últimas décadas é uma crescente onda de disparidade entre o tratamento dado à mulher em relação ao homem.

A mulher como uma figura considerada 'vulnerável' é vista como alguém inferior ao homem, imagem esta, que se iniciou ainda nos primórdios da civilização, mas que se mantém viva até os dias atuais. Ainda que as mulheres tenham lutado por igualdade, a sua imagem de inferioridade ainda persiste, tanto aos olhos dos homens (e até para algumas mulheres!), elas ainda estão abaixo deles, em todos os aspectos.

Com base nesse cenário, esta pesquisa buscou analisar o crime de feminicídio doméstico, evidenciando no decorrer do presente estudo sua tipificação pela Lei nº 13.104/2015.

Para além do seu texto, o que se concluiu foi que a norma ainda não é plenamente esclarecida, ficando ainda em aberto alguns apontamentos. A título de exemplo, esta lei ainda gera dúvida quanto ao que se deve levar em consideração para a formalização do crime em espécie, além da questão de gênero.

Ademais, também ficou em aberto sobre a questão da sua qualificadora, se ela é objetiva ou subjetiva. Sobre esse ponto, firma-se entendimento de que a qualificadora é objetiva, em razão da necessidade de penalizar de imediato e sem detalhamentos aqueles que mata mulheres em razão de seu gênero.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAETA, Juliana. **Pelo menos 16 mulheres são vítimas de violência doméstica por hora em Minas; 64 morreram este ano.** 2019. Disponível em:

<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pelomenos16mulheress%C3%A3ov%C3%ADti masdeviol%C3%AAnciadom%C3%A9sticaporhoraemminas64morreramesteano1.728112>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BARRETO, Gabriella Pereira. **A evolução histórica do Direito das mulheres.** 2016. Disponível em: <https://gabipbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/395863079/a-evolucao-historica-do-direito-das-mulheres>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BIANCHINI, Alice. **O que é “violência baseada no gênero”?** 2016. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violenciabaseada-no-genero>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13. 104/2015.** 2016. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRAICK, Patricia Ramos. **História: das cavernas ao terceiro milênio - do avanço imperialista no século 19 aos dias atuais.** Moderna, 2 ed. São Paulo: Moderna, 2015.

BRASIL. **Lei Maria da Penha.** Senadora Lúcia Vânia. Lei Federal nº 11.340, de 07 Ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

_____. **Lei 13.104, de 09 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

_____. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRANDALISE, Camila. O que é feminicídio? **Entenda a definição do crime que mata mulheres**. 2018. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/entretenimento/2018/08/21/o-que-e-femicidio-entenda-a-definicao-do-crime-que-mata-mulheres.htm>. Acesso em: 30 jul. 2022.

CORDEIRO, Nefi. **Jurisprudência fortalece mecanismos legais de proteção à mulher**. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Jurisprudenciafortalece-mecanismos-legais-de-protecao-a-mulher.aspx>. Acesso em: 30 jul. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts 121 ao 361)**. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodvim, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GALVÃO, Patrícia. **Feminicídio**. 2018. Disponível em: <http://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

GIRÃO, Marcos. **Lei nº 13.827/2019 – alterações na Lei Maria da Penha**. 2019. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-no-13-827-2019-alteracoes-na-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

MARTINS, Flat James de Souza. **Processos de exclusão e inclusão dos valores femininos na sociedade**. 2016. Disponível em: http://www.iprb.org.br/artigos/textos/art151_199/art159.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. **Feminicídios: conceitos, tipos e cenários**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, Sept. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Parte Especial**. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **Mulheres: Uma longa história pela conquista de direitos iguais**. 2016. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 28 jul. 2022.

SCHRAIBER, L.B; D'OLIVEIRA, A.F. **Mulheres em situação de violência: entre rotas críticas e redes intersetoriais de atenção.** Rev Med (São Paulo) 2013; 92(2):134-140.

VIEIRA, Edileuza Garrido; JÚNIOR, Eumar Evangelista de Menezes. **Violência doméstica contra a mulher: Cenário judicial brasileiro em meio à necessidade da eficácia da Lei Maria da Penha.** 2016. Disponível em:
http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16680. Acesso em: 30 jul. 2022.

A REDUÇÃO DO EXCESSO DE DEMANDAS JUDICIAIS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

LEONARDO VILLANOVA COMBINATO:
Graduando em Direito, Centro Universitário
de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC ²¹

LETICIA LOURENÇO SANGALETO TERRON²²

(orientadora)

RESUMO: Diante da alta demanda de processos da área da saúde aguardando uma decisão nas comarcas do país, fez-se necessário a análise do Sistema Único de Saúde e do Judiciário em conjunto. Diante disso, percebeu-se a real necessidade da maioria dos pacientes que buscam sanar suas necessidades por meio da justiça gratuita, sendo este um dos quesitos relevantes que comprovam a precariedade dos solicitantes. Trata-se de um tema de suma importância, ligado ao direito de ação e ao direito à vida, que devem ser tratados com os quesitos agilidade, baixo custo aos cofres do Estado, gratuidade aos usuários, além de garantir um serviço de qualidade conforme a CF de 1988. Em grande maioria a precariedade dos atendimentos se dá por conta da má administração de verbas públicas, mas não cabe julgar apenas este quesito quando se pode fazer algo por meio outras soluções já existentes, como sistemas criados pelo CNJ e câmaras de mediação, faltando apenas aprimorar seu funcionamento. Foi utilizada neste trabalho a metodologia dedutiva com revisão bibliográfica de artigos científicos, doutrinas e pesquisas que apontam o nível de judicialização da saúde no país e os resultados já obtidos com alguns programas implantados.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Direito Constitucional. Saúde Pública.

THE REDUCTION OF EXCESS LEGAL DEMANDS IN THE AREA OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL

ABSTRACT: Faced with the high demand for processes in the health area awaiting a decision in the regions of the country, it was necessary to analyze the Unified Health System and the Judiciary together. In view of this, it was noticed the real need of most patients who seek to remedy their needs through free justice, which is one of the relevant questions that prove the precariousness of the applicants. It is a matter of paramount importance, linked to the right of action and the right to life, which must be dealt with in terms of agility, low cost to the State coffers, free of charge to users, in addition to guaranteeing a quality service in accordance with the CF of 1988. In most cases, the precariousness of care is due

²¹E-mail: leonardocombinato@hotmail.com

²² Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, leticiasanga@bol.com.br

to the mismanagement of public funds, but it is not appropriate to judge this issue alone when something can be done through other existing solutions, such as systems created by the CNJ and mediation chambers, just needing to improve its functioning. The deductive methodology was used in this work with a bibliographic review of scientific articles, doctrines and research that point out the level of judicialization of health in the country and the results already obtained with some implemented programs.

Keywords: Health Judicialization. Constitutional Law. Public Health.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo possuindo o maior sistema de saúde pública e totalmente gratuito do mundo em comparação ao número de habitantes do Brasil, o SUS Sistema Único de Saúde sofre grande sobrecarga principalmente nos grandes centros e em locais onde a infraestrutura é precária.

Sendo um país de grandes proporções territoriais, este possui em cada região determinados problemas específicos de saúde conforme a concentração de pessoas ou até mesmo a biodiversidade presente em cada ecossistema, por isso desde sua divisão política até a divisão do SUS são distribuídas em três partes; União em que o centro está no Distrito Federal, Estados membros coordenados pelos seus governadores, e Municípios coordenados pelos respectivos prefeitos, além de agentes específicos de outros órgãos da saúde, como exemplo o Ministério da Saúde dentre outros, que por um lado facilitam a administração e por outro podendo criar convergência entre as decisões.

As demandas e verbas destinadas aos setores de saúde espalhados pelo país provêm destes três polos, sendo estes responsáveis separadamente ou em conjunto, quando há falta de determinado tratamento ou medicamento.

O Direito à saúde é um dos elencados na Constituição Federal de 1988, sendo ele de suma importância, pois mantém outro direito que é a vida, portanto o Estado se torna responsável a cuidar bem dos seus administrados, e caso haja violação destes direitos o cidadão poderá ser indenizado, pois, o Estado possui sua responsabilidade Civil objetiva.

Para tanto, percebe-se a necessidade de amparo pré-processual tanto dentro das secretarias de saúde como em câmaras de mediação, evitando que se crie ou prossiga com processo no judiciário evitando que haja abusos nos pedidos e oferecendo alternativas eficazes de se resolver determinada demanda consensualmente, sendo assim o SUS e o judiciário podem fluir rapidamente sem sobrecarga e sem prejuízos aos seus usuários.

2 A JUDICIALIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

O fenômeno judicialização surgiu logo após a segunda guerra mundial, em que alguns países perceberam que um judiciário independente e forte favorece a democracia, além do seu objetivo principal que é atender a necessidade de uma pessoa ou coletividade quando o órgão próprio ou o executivo ou legislativo não o fez.

A judicialização também serve de sinal para fiscalizar e controlar os poderes envolvidos nas lides, principalmente a política, que é alvo de desencanto dos cidadãos pela corrupção que ocorre pelo país e a falta de compromisso com a sociedade.

Vários são os temas que podem ser judicializados; conforme a Constituição de 1988 descreve podem ser tratados temas desde assistência ao idoso, meio ambiente, vida, igualdade, dentre outros, inclusive o direito a saúde tratado neste artigo.

Apesar de ser excelente fonte para fazer valer determinado direito, a Judicialização excessiva não atinge o objetivo sanador dos problemas mais existentes no país, tem se como exemplo a saúde, em que o pedido feito e deferido pelo judiciário de determinado medicamento, somente trará efeitos aquele determinado indivíduo, sendo que os demais usuários da rede de saúde continuarão desamparados á espera da resolução de seu pedido particular, fora o risco da demora que determinadas doenças oferecem aos seus pacientes podendo deixar sequelas permanentes ou até mesmo indo a óbito.

Conforme pronunciou o ex-superintendente do Hospital Sírio-Libanês Vecina Neto (2020, n p):

A judicialização excessiva é um problema para a execução das políticas públicas de saúde no Brasil. "O Judiciário deve exigir dos outros Poderes as políticas públicas que construam os direitos e deve verificar os resultados, mas não deve propor ou executar políticas, porque, ordinariamente, os recursos são mal utilizados, beneficiando apenas um demandante. A maioria das demandas que chegam à Justiça é fruto da falta ou da má execução de políticas públicas que afetam a vida de milhões de brasileiros".

Assim, é interessante que houvesse maior fiscalização e controle sobre os administradores políticos e correspondentes dos órgãos ou hierarquias, para que as verbas bem administradas gerassem a solução coletiva de determinada problema social que ocorre com frequência no Judiciário, fazendo valer com autoridade o direito descrito nos Artigos 196 e 197 da Constituição Federal.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco

de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988, n p).

Quando houver demora ou falta de algum dos serviços prestados pelo Estado, gerando lesão aos administrados, estes poderão valer de seus direitos, conforme a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado.

Para se compreender melhor, ao longo do tempo a Responsabilidade Civil do Estado sofreu grandes mudanças iniciou-se com a teoria da Irresponsabilidade do Estado, sendo na época regido pelo Rei que era considerado um ser "perfeito", dentro de um sistema autoritário, portanto este não cometia erros e automaticamente não necessitava reparar danos causados a particulares. Logo após surgiu em meados do século XIX a Teoria da Responsabilidade com Culpa, tendo que comprovar a culpa do agente que ocasionou a lesão; depois a Teoria da Responsabilidade Administrativa, em que a vítima tem que comprovar a culpa, sem a necessidade de identificar o agente que causou o dano, até que se chegou à teoria atualmente adotada pelo Brasil, a Teoria da Responsabilidade Objetiva, sendo independente de culpa do agente, tendo o interessado apenas que comprovar a relação do fato e do dano ocorrido para se obter indenização.

De acordo com a teoria adotada pela Carta Magna no seu art. 37 §6º:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988, n p)

Toda vez que um particular se sentir lesionado seja pela má prestação, pela não prestação, ou pela ineficácia de determinado serviço ou coisa poderá este ingressar contra o Estado e, também, terceiro que esteja prestando serviços ao Estado, a fim de que seja atendido e indenizado pela lesão que sofreu, conforme defende a Teoria da Falta Administrativa descrita por Glagliano e Pamplona Filho (2021, p.252):

"A teoria epigrafada toma como espeque a visão de que a falta do serviço estatal caracteriza a culpa da Administração, não havendo

necessidade de investigar o elemento subjetivo do agente estatal, mas sim, somente, a falta do serviço em si mesmo.”

O direito à vida e a saúde é algo incomparável, insubstituível, acima de qualquer outra prerrogativa, sendo assim quase sempre será optado por eles, sendo estabelecida dentro do judiciário à ideia do próprio Ministro Celso de Mello na Pet 1246/96 do Supremo Tribunal Federal:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, (...) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado (...) razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (apud CONASEMS, 2021, p. 6).

Principalmente em casos que haja urgência haverá prioridade ao direito à saúde e a vida, sendo depois de responsabilidade do Estado cuidar dos cofres Públicos, conforme pronunciou a Ministra Carmem Lucia, na edição da Folha De São Paulo do dia 07 de novembro de 2016.

Estamos aqui para tornar efetivo aquilo que a Constituição nos garante. A dor tem pressa. Eu lido com o humano, eu não lido com o cofre (apud CONASEMS, 2021, p. 6).

Em vista disso, percebe-se a Responsabilidade Civil que o Estado tem em prestar devidamente seus serviços aos cidadãos e se assim não ocorrer, repará-los, pois configura um direito básico e essencial para população independente de culpa da Administração.

3 CONTROLE DE DIREITOS

O conceito de mínimo existencial pode ser definido como: “condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado” (BARROSO, 2015, p. 214 *apud* ARAÚJO, 2021, n.p.).

Desta feita, é de extrema importância o cumprimento do mínimo existencial pelo Estado, não sendo utilizado como barreiras questões financeiras ou orçamentárias, pois a saúde se trata de um direito essencial, que deve ser colocado acima de outras obrigações, pois está ligado intensamente ao direito a vida, que supera qualquer outro direito ou garantia material.

Por outro lado o que não pode ocorrer é a aprovação de qualquer necessidade que envolva a saúde, pois além de gerar grandes efeitos ao aumento da judicialização, pode

também ocasionar um grande aumento orçamentário para socorrer as necessidades dos indivíduos individualmente, deixando de oferecer o mínimo existencial a coletividade.

Por se tratar de um termo muito amplo, o mínimo existencial, quando interpretado abertamente gera sobre o Estado e sobre o sistema de saúde um fardo e um desgaste grandioso, no qual a assistência desmedida pode gerar um verdadeiro caos a coletividade, automaticamente aumentando a judicialização da saúde, por isso se faz necessário cuidado ao interpretar e colocar em prática o conceito do mínimo existencial, devendo antes ser analisado caso a caso, evitando danos tanto ao requerente de determinada demanda judicial, e também para sociedade.

No caso concreto se faz necessário à análise de alguns requisitos como: a adequação e a necessidade de determinado tratamento de saúde, a impossibilidade de substituição de certo medicamento por outro de efeito análogo e a incapacidade financeira do paciente ou de seus familiares.

Para tanto o Estado pode utilizar-se da medida da Reserva do Possível que tem como ideologia em seu conceito uma obrigação em que não se pode exigir, servindo como válvula de escape de algumas obrigações previstas na Constituição.

Como tudo na administração há de se ter um controle, a teoria da Reserva do Possível pode sim ser utilizada, como meio jurídico de se negar determinadas demandas jurídicas, desde que essas após serem observadas não gerem danos aos envolvidos, principalmente o direito ao mínimo existencial, havendo assim controle das contas do governo, pois os planejamentos do Estado são a longo prazo.

Já a jurisprudência do STJ, tem posição contrária, ao sustentar em suas decisões que os direitos ligados a dignidade da pessoa humana não podem ser ligados a teoria da reserva do possível, ou seja a escassez de recursos, tendo também em uma linha de pensamento mais aprofundada a ideia de que a falta de verbas para determinada área pode ter sido ocasionada pela má administração. (REsp 1.185.474- SC,2010).

4 FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Sendo o único sistema público e gratuito de saúde do mundo em um país com mais de 200 milhões de pessoas o SUS, Sistema Único de Saúde, é administrado em três subdivisões principais, União, Estados e Municípios, conforme descreve Varella. (VARELLA,2019)

Várias são as fontes de arrecadação das quais provem as verbas gastas com o SUS, sendo elas, IPI, ICMS, IPVA, IPTU, Cofins e demais impostos sobre produtos e serviços.

Após captados os impostos eles são distribuídos aos seus principais administradores, sendo que grande parte vem da União, devendo esta sempre investir o valor do ano anterior junto com a variação nominal do PIB. (VARELLA, 2019)

Desde a UBS (Unidade Básica de Saúde), UPA (Unidade de Pronto Atendimento), até outros canais de atendimento médico específico seja de internação, ou ambulatorial para realização de exames todos tem seu papel específico para o atendimento da população Brasileira, seja para emergências, seja para prevenção de determinadas doenças, todos estes financiados fortemente pela União em primeiro lugar e posteriormente pelos estados e municípios com porcentagem mínima de 12% de suas receitas cada um. (VARELLA, 2019)

Já os medicamentos são financiados de forma diferente, os básicos para tratamento de dores, pressão alta, diabetes e também anticoncepcionais, são custeados pelos Estados membros e municípios conforme cada região e o acordo pré-estabelecidos entre as secretárias, já os de alto custo são adquiridos pelos Estados membros e 80% da verba provém da União, sendo o restante pago pelo próprio Estado, tendo apenas a exceção dos medicamentos utilizados para Aids, que são adquiridos Pelo Ministério da Saúde. (VARELLA, 2019)

Todo este sistema subdividido facilita a administração estadual e local, a decidir em quais áreas irá investir as verbas disponíveis, pois cada região do país sofre com certos problemas, para que seja implantado desde políticas sanitárias para prevenção de doenças, ao tratamento de algumas enfermidades complexas, que obtenha êxito conforme a demanda necessária.

Por outro lado quando os órgãos que financiam e administram todo este sistema estão em desacordo com as decisões a serem tomadas podem acarretar catástrofes e o mal funcionamento ou funcionamento tardio de diversas medidas seja de prevenção, de projetos sanitaristas, podendo alavancar extremamente a ocorrência de determinadas doenças, tornando o sistema sobrecarregado podendo chegar ao seu colapso, como exemplo o alto grau de contaminação e internações por COVID 19 no país, gerados pela indecisão sobre medidas de *lockdown*, indecisão sobre a compra de medicamentos para tratamento da doença, a demora para adquirir tanques de oxigênio dentre tantos outros empasses noticiados pela mídia.

No intuito de dar norte aos gestores da saúde pública pelo país, foram criados pelo CONASEMS, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, manuais sobre Judicialização da saúde nos municípios com os temas como responder e prevenir; e a Eficiência do gasto, descrevendo pontos relevantes de como o Estado analisa as compras e métodos a serem investidos no país a forma mais eficaz e econômica, dentre outros. Muitos são os métodos existentes para se medir esta eficiência, porém o mais utilizado é o QALY, no qual mede os anos e a qualidade de vida ganhada para cada decisão tomada,

sejam referentes a tratamentos novos, métodos preventivos, dentre outros existentes, porém, mesmo que os índices sejam ótimos não quer dizer que serão implantados, pois, dependem muito do custo e do impacto financeiro que poderão acarretar. (CONASEMS, 2021).

Nada mais nada menos, o intuito destes programas são facilitar a Administração Pública no geral dentro dos seus princípios deixando evidente o princípio da eficiência muito importante para a qualidade da saúde no Brasil conforme descreve Pazzaglini Filho (2003, p.34).

A gestão administrativa na Administração Pública direta ou indireta, de qualquer do Poderes da União, em decorrência, além do dever tradicional de se reger pela ética, impessoalidade, transparência e sujeição ao ordenamento jurídico, tem de ater-se à eficiência, ou seja, deve ser direcionada sempre ao entendimento, mais adequado, razoável ou eficaz possível, do interesse público. Consequentemente, a eficiência é requisito de validade dos comportamentos administrativos.

Outro princípio abordado é a redução das desigualdades subdivididas em duas categorias, a não discriminação e a redução das desigualdades. A não discriminação é uma forma de igualdade horizontal, ou seja, tratar todos igualmente, independentemente de sexo, cor, raça, religião, classe social, evitando o atendimento prioritário por motivos de relação com o paciente ou interesse particular envolvido. Já a redução de desigualdades é analisada de forma vertical, buscando tratar de modo diferente os desiguais, mas, no intuito de gerar maior igualdade, por meio do atendimento prioritário de casos de extrema urgência e emergência ou regiões mais afetadas por determinada doença ou por indicadores de saúde precários. Toda e qualquer alocação de recursos deve-se ter como base a evidência científica destinando corretamente e justamente os recursos aos mais necessitados e urgentes gerando maior igualdade de atendimento, garantindo os princípios pré-estabelecidos na CF. (CONASEMS, 2021).

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Segundo CNJ Conselho Nacional de Justiça, entre os anos de 2008 e 2017 houve um aumento de 130% nas ações de saúde, atualmente tramitam mais de dois milhões de ações no Brasil, sendo que a grande maioria é sobre pedidos de medicamentos, inclusive muitos dos medicamentos solicitados se encontram cadastrados na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), mas infelizmente são negligenciados e, também, outros que não constam nesta lista dificilmente serão custeados pelo SUS. (CNJ, 2020)

Existem em primeira instância cerca de 498.715 mil processos relacionados a saúde, existentes em 17 tribunais estaduais e 277.411 mil procedimentos correndo em segunda instância presentes em 15 tribunais de justiça estaduais, sendo que em 2016 gerou um gasto de 1,6 bilhão de reais ao Ministério da Saúde correspondente a um aumento de 13 vezes, todos referentes a demandas judiciais. (CNJ, 2020)

Uma pesquisa realizada sobre a “Judicialização e Saúde Pública: proposta de análise e monitoramento das demandas judiciais individuais para o acesso a medicamentos” e aprovada pela comissão de ética da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da fundação Oswaldo Cruz. (Parecer n.º 105/08 CAAE: 0131.0.031.000-08).

A mesma utilizou-se de dados fornecidos pelo TJ do Rio de Janeiro no período de julho de 2007 a junho de 2008 com 1263 processos, sendo utilizada uma amostra de 289, o estudo foi dividido em duas análises, a primeira se o demandante é beneficiário da gratuidade de justiça; a segunda se nas decisões houve antecipação de tutela.

O Sistema Único de Saúde possui como característica a gratuidade de seus serviços e bens prestados a população, diferente da justiça, que para alcançar o benefício da gratuidade o demandante deverá comprovar sua hipossuficiência e o magistrado perante a análise poderá concedê-la ou não.

Algo interessante percebido durante a pesquisa é que 95,8 dos casos que fizeram o pedido de acesso gratuito da justiça todos foram deferidos, automaticamente demonstrando a linha de pobreza em que se encontram a maioria das pessoas que necessitam do amparo especial do Estado no âmbito da saúde. (TJ/RJ,2008, n.p, *apud* PEPE, V. L. E. *et al*, 2010)

Já no segundo quesito sobre a antecipação de tutela todos os requerentes obtiveram êxito na requisição, sendo que todos os juízes apoiaram suas decisões no *Fumus bonis juris*, Fumaça do bom direito, porém estes tiveram por base provas levadas pelos próprios interessados como o pedido de seu médico. (TJ/RJ,2008, n.p, *apud* PEPE, V. L. E. *et al*, 2010)

Em raros casos foram solicitados outros meios de comprovação do direito requerido, como exemplo declaração originária de pedido do SUS, laudo médico originário do SUS ou outras exigências e em 96,9 % não foi solicitada nenhuma exigência além dos documentos já anexados a petição inicial. (TJ/RJ,2008, n.p, *apud* PEPE, V. L. E. *et al*, 2010)

Alguns dos motivos dos quais fazem com que cresça o número de judicializações no campo da saúde é, a maior expectativa dos pacientes pelo alcance da cura ou melhora de saúde com as novas tecnologias, aparelhos, medicamentos, dentre outros criados atualmente.

O segundo motivo que tem influenciado é a maior facilidade de acesso ao judiciário, por meio de advogados, Defensorias Públicas e Ministério Público. Um outro motivo é a abrangência da interpretação do direito a saúde como algo absoluto, em que todos tem o mesmo direito e necessidade de determinado tratamento, sendo que na prática, deve antes haver análise do que realmente se necessita em cada caso, evitando o desarranjo financeiro que vem ocorrendo no Sistema. A ideia deste último motivo, vem sendo influenciada pela enxurrada de ações no âmbito da saúde com grande número de decisões proferidas sem determinado cuidado de observância, estabelecendo com prontidão os pedidos médicos, junto a fala dos próprios pacientes. (CONASEMS, 2021)

6 MEDICAMENTOS LISTADOS E NÃO LISTADOS

Nas judicializações da área da saúde, podem ser requisitados medicamentos e serviços já relacionados na lista do SUS, e outros não relacionados. Os não relacionados primeiramente devem passar por um processo de aprovação que primeiro envolve pesquisas clínicas, sendo testados em humanos pelos motivos da eficácia e segurança. (CONASEMS, 2021)

Segundo passo a ser tomado é a avaliação e aprovação e registro da Anvisa, após esta avaliação o Conitec, Comissão Nacional para Incorporação de Tecnologias no SUS, faz varias avaliações, das quais as mais importantes são, o valor econômico, o impacto que o novo tratamento trará e se realmente compensa incorpora-la se comparado ao que já esta disponível na relação do SUS. (CONASEMS, 2021)

Em quarta fase o SUS, negocia valores de compra com determinada patente, devido à grandiosa quantidade de produtos que serão fornecidos. Após será realizada análise técnico-política sobre a distribuição e acesso regular do produto no país, cadastrando ele no (Rename) Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde. (CONASEMS, 2021)

Não há o dever do Estado em fornecer tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, por outro lado entende-se que os aprovados deveriam sempre estar à disposição dos que precisam, pois foram planejados os gastos e resultados provindos dele, portanto gerando obrigação de atender a população, porém nem sempre esta obrigação se torna absoluta, pois quando há falta de oferta de determinado produto por escassez, ou por motivo justificado não é fornecido a determinado paciente pelas suas condições clínicas. Em muitos casos essa falta de atendimento pode gerar uma ação ao Judiciário, porém é necessária prévia conversa a fim de tentar resolver a falta por outros métodos existentes, caso haja.

O STF, tem decisão firmada sobre medicamentos não registrados pela Anvisa, devendo atender todos os seguintes requisitos para que

possa ser julgado procedente o pedido. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União". (STF, RE 657718 MG, p.2).

Caso não haja todos os requisitos preenchidos será necessário que o autor busque outra forma de tratamento que possa substituir o requerido, e mesmo que não exista um substituto perfeito já registrado pelos órgãos do país, não justifica o pedido de tratamento não registrado. Por se tratar de tema muito complexo, foram criados apenas diretrizes como o Tema 500 do STF acima descrito, devendo ser analisado com muita precaução cada caso em concreto.

7 MÉTODOS CONTROLADORES DA JUDICIALIZAÇÃO.

Nos dados aqui apresentados, percebe-se a necessidade de políticas públicas regionalizadas voltadas a atender a coletividade, principalmente as comunidades mais carentes, também a precariedade de análise dos fatos interpostos na ação.

Diante do crescente aumento da Judicialização da Saúde no Brasil o CNJ teve a ideia de criar um grupo que pudesse criar parâmetros e medidas mais concretas e eficientes a fim de controlar a forte demanda ao judiciário e que as decisões fossem mais concisas, rápidas e desembaraçadas.

Em 2010 foi primeiramente criada a Resolução n. 31/2010, que busca ampliar a base de informações que o magistrado possui ao proceder a um julgamento, unindo conhecimentos da comunidade médica e científica além de gestores públicos. (CNJ, 2020)

Próximo passo tomado foi à aprovação da Resolução n.107/2010, com a instituição do Fórum Nacional da Saúde, quem tem o proposito de elaborar estudos para aperfeiçoar procedimentos no intuito de criar ferramentas que subsidiem os juizes com informações mais técnicas e científicas formada a partir de evidências. (CNJ, 2020)

Grande foi o avanço quando ocorreu a criação do NAT-Jus, que é o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário, sendo este o principal auxiliador dos magistrados, fornecendo informações técnicas com fundamentos científicos que envolvam procedimentos Médicos e medicamentos a serem fornecidos, pois os Juízes sempre se limitavam a um laudo médico, trazido pela parte autora ao processo, em que poderia haver controvérsias ou detalhes minuciosos que somente um operador da saúde poderia detectar e que poderia levar a um julgamento impreciso. Ocorrido no ano de 2016 com a Resolução n.238/2016 foi expandido o NAT-Jus aos estados com a criação de Comitês Estaduais de Saúde espalhando-se assim os benefícios do Comitê Nacional a todo País e junto ao Ministério da Saúde, o Judiciário recebeu mais um apoio, com o treinamento dos grupos dos NATs pela equipe do Hospital Sírio-Libanês e também a capacitação de Protocolos Terapêuticos Clínicos (PTC) de vários medicamentos. (CNJ, 2020)

Não deixando de lado o bem mais valioso dos últimos tempos, a informação precisa de modo eletrônico, em 2017 foi criado pelo CNJ o e-NatJus Nacional, com um sistema totalmente digital, reunindo dados técnicos sobre casos judicializados na área da Saúde, durante a criação do projeto foi realizada audiência Pública, com a participação de 30 instituições diferentes, desde iniciativa privada, associações de pacientes com doenças raras a gestores e secretários públicos de saúde. (CNJ, 2020)

Este sistema, porém, só foi oficializado em 2018 por meio do Termo de Cooperação n. 51 com o Ministério da Saúde e financiado pelo governo federal, em que a equipe técnica do Hospital Israelita Albert Einstein passou a auxiliar os juízes em casos de urgência durante as 24 horas do dia, além de reunir hospitais filantrópicos que buscam melhoria da saúde brasileira. (CNJ, 2020)

No ano de 2020 o sistema já possuía mil notas técnicas, em que todos os promotores e defensores a partir de solicitação a um magistrado podem ter acesso completo, já seguindo uma evolução na prática dos processos que se subdividiram em jurisdição técnico-científica e a busca por soluções por meio negociável. (CNJ, 2020)

Todo esse sistema gera bons resultados na diminuição da Judicialização da Saúde sendo 72% a menos de entrada de novos processos por conta do aumento de acordos pré-processuais, segundo análise feita pelo CNJ no estado do Tocantins, após a utilização por 95% dos magistrados, dos meios descritos neste capítulo. (CNJ, 2020).

Porem para que o NatJus tenha efeito maior o CNJ avaliará no Premio CNJ de qualidade os quesitos de criação e bom funcionamento em cada tribunal, além de capacitar e aprimorar as decisões proferidas, com intuito de que fiquem cada vez mais técnicas, e que ao longo do tempo aumente o banco de dados e sentenças do programa e-NatJus, facilitando cada vez mais a tomada de decisão, só que para isso os Magistrados devem

utilizar com maior frequência todo este sistema criado além de outras medidas existentes para comprovar a necessidade real do paciente aquele determinado caso. (TRF-2, 2020)

A mediação e outras medidas extrajudiciais são também métodos que podem auxiliar no impedimento de que as ações entrem na esfera judicial, tudo o que pode ser feito antes do início do processo gera benefícios, tanto a parte que necessita do benefício, quanto ao Estado ou parte prestadora de algum tipo de serviço, esta formalidade demonstra a evolução da sociedade em resolver conflitos de maneira mais eficiente, rápida e econômica, além de trazer um maior controle sobre o resultado do pedido.

Resolução do CNJ nº125 de 29/11/2010, prevê esta necessidade e regulamenta:

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

Para tanto, entende-se a necessidade de um procedimento extrajudicial, conciso e pautável juntando a união de profissionais sejam médicos, assistentes sociais, psicólogos, farmacêuticos dentre outros, mais uma série de informações precisas, podendo ser utilizado até mesmo o sistema do CNJ neste artigo mencionado, como meio complementar a resolução de conflitos no princípio das demandas da área da saúde, pois lá se encontram as mais diversas alternativas de resolução para os casos em concreto, seja substituição de medicamentos por similares ou genéricos, ou alternativas de tratamentos diferenciados aos prescritos pelo médico que acompanha o caso.

Este método prévio a judicialização se equipara ao *Alternative Dispute Resolution* (ADR) já utilizado desde 1970 nos EUA para resolução dos mais variados tipos de conflito, e com ele reduziu-se o custo e o tempo para resolução das demandas e o prosseguimento do caso ao julgamento pelo judiciário, no qual vários escritórios de advocacia da época focaram em atender as demandas neste método. O resultado positivo foi tão grande que vários países adotaram a ADR, como a África do Sul, Colômbia, Equador, Argentina, Bangladesh, Ucrânia, Uruguai. Segundo Ribeiro, Wesllay C. apud Sander e Goldberg: a ADR tem destinação a resolver os mais diversos tipos de demandas sejam elas sociais, comerciais, legais e políticas. (RIBEIRO C., WESLLAY, 2016)

Após a pandemia do COVID 19 todas as áreas jurídicas sofreram grandes avanços digitais, com medidas para dar continuidade nos processos de forma virtual, para tanto as medidas alternativas de disputas também tiveram que acompanhar estes eventos.

A ODR *On-line Dispute Resolution* veio para compor as novas necessidades do período pandêmico e pós pandêmico, utilizando-se de audiências virtuais e aproveitando de outros sistemas já digitais de informações, facilitando o serviço dos mediadores na solução dos conflitos, melhorando a organização das falas, facilitando acesso a pessoas debilitadas ou de risco, que não podem ou devem evitar contatos presenciais com outras pessoas, dentre outros motivos já percebidos neste modelo.

A maioria das plataformas não permite que mais de uma pessoa fale ao mesmo tempo; isso reduz o volume das falas simultâneas ou mesmo as evita. Se, de um lado, isso faz com que todos se escutem claramente, evitando interrupções, sob outra perspectiva torna a comunicação menos natural, o que pode dificultar a fluidez da conversa. Nesse cenário o conciliador deverá ter cuidado redobrado para permitir espaços de fala de modo cadenciado e igualitário. (TARTUCE, 2021, p.241)

Portanto mesmo com tantos benefícios é importante que o mediador ou conciliador esteja atento as falas e pedidos da parte autora durante audiência online para que possa solucionar da melhor maneira possível, a fim de atender corretamente a demanda.

Como exemplo aplicado no Brasil, temos algumas poucas câmaras de mediação esparsas pelo país, sendo modelo a CAMEDIS, câmara de mediação em saúde do Distrito Federal, em que é composta por Defensores Públicos, e Servidores da Secretária de Saúde, resolvendo até 80% dos casos discutidos na câmara, evitando que fossem para judiciário. (DEFENSORIA PÚBLICA DF, 2015).

8 CONCLUSÃO

Conforme explanado, o Direito Constitucional de garantia à saúde e a vida deve ser tratado como algo especial, não devendo ser moroso porque pode gerar sérias consequências aos usuários que tanto necessitam do apoio governamental, pois, realmente não possuem condições de custear determinados tratamentos médicos.

De acordo com Art. 23 da CF, a competência da saúde no Brasil se faz pela união de todos os entes, para tanto, se faz necessário à união de todos os órgãos responsáveis pela saúde no Brasil, para que juntos possam atender as demandas de cada setor, pois, por se tratar de um país de grandes proporções cada área necessita de um apoio específico, tratando com exatidão as demandas e doenças existentes, evita-se e previne-se o adoecimento da população, automaticamente reduzindo gastos com a saúde, evitando também demandas judiciais, tudo se cria e se evita através de ciclos, o que se faz no início da cadeia evita-se no fim dela.

Há ainda necessidade de se ir além, trazendo para os órgãos extrajudiciais o sistema de dados de processos voltados a área da saúde, junto ao conhecimento técnico especializado de diversos profissionais, para que, tanto nas exposições extrajudiciais como no judiciário possa obter uma gama de formas de resolver determinados pedidos, descartando os excessivos, oferecendo opções de tratamentos alternativos com o mesmo resultado, não deixando desamparando o paciente, não sobrecarregando o SUS e dando celeridade a resolução do problema.

Para isso, é necessário utilizar-se mais dos projetos do CNJ, dentro e fora do espaço judicial neste artigo descrito e fazer com que todos os magistrados utilizem com frequência deste sistema e seja autorizado que outros indivíduos previamente preparados possam aproveitar o máximo possível do que já existe, colocando em prática o diálogo entre os órgãos de saúde do país e o paciente, esclarecendo e dando soluções para que este tenha êxito no seu tratamento com praticidade e agilidade, utilizando das benfeitorias que a ciência e a tecnologia proporcionam.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cassio José Constâncio. **O mínimo existencial e a reserva do possível na judicialização da saúde**. 2021. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56776/o-mnimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel-na-judicializacao-da-sade>> Acesso em: 30 dez 2021

BOTEGA, Lisandra Vanessa; HOFFMANN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Do Estado Decorrente Da Judicialização De Medicamentos De Alto Custo: Individual e Social**. 2019. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/revista/direito/5db84aa242b49.pdf>> Acesso em: 13 dez 2021

CNJ. **Resolução N°125 de 29/11/2010. 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> Acesso em: 13 de abr 2022

CONASEMS. **Alocação de recursos e o direito a saúde**. 2021. Vol 1. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Cartilha_1_PROVA-3-1-1.pdf> Acesso em: 01 jul 2022

CONASEMS. **Direito a saúde, judicialização e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2021. Vol 2. Disponível em: < https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Cartilha_2_PROVA-3-1.pdf> Acesso em: 03 jul 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DF. **Defensoria consegue evitar a judicialização de 11 casos se saúde em apenas um dia**. 2015. Disponível em: <<https://dp-df.jusbrasil.com.br/noticias/226978305/defensoria-consegue-evitar-a-judicializacao-de-11-casos-se-saude-em-apenas-um-dia>> Acesso em: 19 abr 2022.

GLAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

HERCULANO, Lenir Camimura. **Soluções construídas pelo CNJ buscam reduzir judicialização da saúde.** 2020 Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/> > Acesso em: 13 dez 2021.

MANSUR, Sâmea Luz. **O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea.** 2016 Disponível em: < <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea> > Acesso em: 07 dez 2021.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração Pública.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEPE, V.L.E. et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** 2010. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/?lang=pt> > Acesso em: 02 jan 2022.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 06 jul 2022

RIBEIRO, WESLLAY C. **A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde.** 2017. Disponível em: <///D:/%C3%81rea%20de%20Trabalho/144648-Texto%20do%20artigo-288019-2-10-20180326.pdf> Acesso em: 13 abr 2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 566.471-RN. Voto do Relator: Ministro Marco Aurélio.** 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf> .> Acesso em: 15 dez 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 657718 MG.** Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur_436062/false > Acesso em: 04 jul 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.185.474-SC. Voto do relator: Humberto Martins.** 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399> > Acesso em: 15 dez 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Conciliação em juízo: O que não é conciliar?** 4.ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2021.

TRF-2. **Soluções construídas pelo CNJ buscam reduzir judicialização da saúde.** 2020. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude-noticias-cnj-100620/>> Acesso em: 26 fev 2022.

VARELLA, Drauzio. **Como funciona o SUS?** 2019. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/como-funciona-o-sus/>> Acesso em: 22 dez 2021.

JUIZ DAS GARANTIAS: “IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E O NOVO PARADIGMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO”

RAPHAEL GONÇALVES AZEVEDO MOTTA:

Advogado. Pós-Graduação em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fluminense – UNIFLU.

RESUMO: A finalidade deste trabalho é demonstrar a instituição do Juiz das Garantias realizada pela Lei nº 13.964/2019 que incluiu no Código de Processo Penal a figura de um órgão jurisdicional com competência para a função de garantidor dos direitos fundamentais e controle da legalidade da fase investigatória criminal, de sorte que tal juiz estará impedido de funcionar na fase subsequente do processo penal, na medida em que a sua atuação compreende a investigação criminal até o recebimento da denúncia, após a competência será do juiz da instrução e julgamento, realizando, assim, uma divisão funcional da competência no processo penal. Cuida-se de inovação legislativa que visa preservar a imparcialidade do julgador, porquanto será tratado a figura do Juiz das Garantias sob uma visão garantista prevista na Constituição Federal e Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a adoção do sistema acusatório, o qual objetiva evitar a possível contaminação subjetiva do magistrado que tenha atuado na fase de investigação criminal e, mais adiante seja o responsável pelo julgamento do caso penal. Outrossim, será buscado em linhas gerais abordar a visão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida liminar da ação direta de inconstitucionalidade que suspendeu *sine die* a alteração legislativa supramencionada.

Palavras-Chaves: Juiz das Garantias – Imparcialidade – Sistema Acusatório- Visão do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to demonstrate the institution of the Guarantee Judge carried out by Law nº 13.964/2019, which included in the Code of Criminal Procedure the figure of a court with jurisdiction to act as guarantor of fundamental rights in the investigative phase of criminal prosecution, lucky that such a judge will be prevented from functioning in the subsequent phase of the criminal proceeding, insofar as his performance includes the criminal investigation and receipt of the complaint, after the competence will be the judge of the instruction and judgment, thus performing a functional division competence in criminal proceedings. It takes care of legislative innovation that aims to preserve the impartiality of the judge, so the figure of the Guarantee Judge will be treated under a guarantor view provided for in the Federal Constitution and the American Convention on Human Rights, with a view to the adoption of the accusatory system, which

aims to avoid the possible subjective contamination of the magistrate who has acted in the criminal investigation phase and, later on, be responsible for the judgment of the criminal case. Furthermore, it will be sought in general lines to address the view of the Supreme Federal in the judgment of the preliminary injunction of the direct action of unconstitutionality that suspended the aforementioned legislative amendment sine die.

Key-words: Guarantee Judge - Impartiality - Accusatory System - Supreme Federal Court view

SUMÁRIO: 1. O SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DA CRFB 1988. 2. JUIZ DAS GARANTIAS. 3. NORMATIZAÇÃO DA IMPARCIALIDADE. 4. CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. O SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DA CRFB

De início, consigne-se que a doutrina classifica os sistemas processuais ante a sua estrutura, a saber: inquisitivo, acusatório e misto, sendo certo que o escopo do presente artigo gira em torno do sistema acusatório, no entanto, necessário se faz realizar algumas digressões sobre todos os sistemas mencionados para o bom desenvolvimento do que será exposto adiante.

Pois bem. O sistema inquisitivo consiste num modelo que as funções de acusar, defender e julgar encontram-se nas mãos de uma única pessoa, caracterizando, assim, a figura de um juiz acusador ou inquisidor como também é conhecido, vê-se, pois, que tal modelo remonta a períodos na história civilizatória onde os direitos e garantias dos indivíduos, inclusive o devido processo legal não eram observados.

Outrossim, o modelo inquisitivo autoriza o juiz iniciar o processo penal *ex officio*, ou seja, não há a necessidade de pedido realizado por órgão público ou pelo ofendido para o desenvolvimento regular de um processo crime, ademais, o juiz possui ampla iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, sem que, contudo, ocorra um requerimento por parte da acusação ou defesa.

Observa-se, ainda, que tal sistema ainda trabalha com a possibilidade de descoberta através do processo de uma verdade real, absoluta, em razão disso confere ao juiz amplos poderes instrutórios, possibilitando realizar uma completa investigação sobre o fato delituoso no afã de atingir esta meta inalcançável.

Cabe lembrar que, o indivíduo não era tratado como sujeito de direitos, mas sim como objeto na busca dessa possível verdade material, admitindo, pois, a flexibilização dos direitos e o uso da tortura, visando a confissão do acusado como forma de obtenção de prova.

Assim sendo, o sistema inquisitivo viola os direitos e garantias individuais conquistados pelos indivíduos ao longo da história, demonstrando uma clara afronta a imparcialidade que deve nortear o julgador, visto que não há um distanciamento entre os atores processuais, bem como sobre a gestão da prova.

Por outro flanco, cabe trazer à baila a definição do magistério doutrinário de Geraldo Prado sobre o sistema acusatório, senão vejamos:

Caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial.²³

Exsurge a lição do referido autor que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, isto é, acusação e defesa como sujeitos processuais que atuam no processo de maneira parcial, sendo certo que o juiz figura como um terceiro desinteressado da relação jurídico processual, assim, preservando a imparcialidade do julgador.

Não obstante, caracteriza-se o sistema acusatório com a separação das funções de acusar e julgar, segundo o comando constitucional (art. 129, I, CF) incumbe ao Ministério Público exercer a ação penal pública, de modo que a legitimidade processual para estar em juízo exercendo a pretensão punitiva e executória em nome do Estado fora atribuída a este órgão autônomo e independente.

Corroborando o atual modelo adotado pelo texto constitucional, utilizaremos os dizeres do mestre italiano Ferrajoli a despeito das características do sistema acusatório, vejamos:

A separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.²⁴

Advirta-se que, o Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) fora editado no período ditatorial como é de sabença geral, sendo certo

23 PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 114.

24 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 518.

que as alterações legislativas promovidas ao longo do tempo não foram suficientes para compatibilizar o sistema processual penal a Constituição de 1988, embora tramite desde os idos de 2009 o Projeto de Lei do Senado 156/2009 sobre um novo Código de Processo Penal.

Vale trazer à colação a redação original do art. 4º e 162 do Projeto de Lei do Senado 156/2009, o qual versa sobre a estrutura acusatória, bem como a despeito da iniciativa probatória atribuída as partes, senão vejamos:

Art. 4º O processo terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º

Em razão disso a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) incluiu o seguinte dispositivo legal alusivo ao sistema processual, *in verbis*:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.305) 25

Depreende-se que o legislador tão somente incluiu na legislação a sistemática jurídica processual prevista no Projeto de Lei do Senado 156/2009 como mencionado alhures, em que pese a medida liminar do Supremo Tribunal Federal nas ADINs nº 6298, 6299, 6300 e 6305 tenha suspenso o dispositivo supramencionado.

O fato é que o legislador andou bem ao retirar do Juiz a iniciativa probatória, posto que cabe ao Ministério Público tal mister, reforçando essa linha intelectual tomamos por base os ensinamentos do eminente processualista Renato Brasileiro, *ipsis litteris*:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública,

25 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 8 de março de 2023, às 15h e 45 min.

a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes.²⁶

Por último, passo a examinar o sistema processual misto ou francês, o qual segundo entendimento prevalecente a época da entrada em vigor do Código de Processo Penal era o modelo adotado no Brasil, assim, prossigo na citação do autor utilizado em linhas anteriores, veja-se:

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação²⁷

2. JUIZ DAS GARANTIAS

Primeiramente, antes de iniciar os comentários sobre alteração promovida pelo tão comentado Pacote Anticrime, necessário se faz mencionar que a introdução do juiz das garantias na legislação pátria já constava da redação original do Projeto de Lei do Senado 156/2009 sobre o novo Código de Processo Penal, notadamente no Capítulo II artigos 15 a 18 do citado projeto.

²⁶ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. ver.ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p 44.

²⁷ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. rev .. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p 45.

Com efeito, a Lei nº 13.964/2019 com redação muito semelhante ao projeto de lei mencionado anteriormente incluiu no Código de Processo Penal (art. 3º-B, CPP) a figura de um órgão jurisdicional com competência para a função de garantidor dos direitos fundamentais e controle da legalidade da fase investigatória criminal, de sorte que tal juiz estará impedido de funcionar na fase subsequente do processo penal.

Cabe trazer à baila o artigo 3º-B do Código de Processo Penal visando uma análise mais detida do novel juiz das garantias, *in verbis*:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a

ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)²⁸

Vê-se, pois, que o Juiz das Garantias funciona como um garantidor das regras do Jogo ante as inúmeras atribuições exemplificadas prevista no artigo 3º-B do Código de Processo Penal, sendo que a iniciativa probatória incumbe as partes do processo (art. 3º-A, CPP), não devendo o magistrado atuar de ofício para determinar medidas cautelares de natureza pessoal, real e probatória, seja na fase de investigação criminal, ou na fase de instrução criminal, visando preservar a imparcialidade que deve nortear o julgador.

28 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso: 08 de março de 2023, às 15h e 50 min

Destaque-se que a atuação do Juiz das Garantias compreende a investigação criminal até o recebimento da denúncia, após a competência será do juiz da instrução e julgamento, realizando, assim, uma divisão funcional da competência no processo penal.

Tal medida mostra-se muito salutar para adoção de um sistema verdadeiramente acusatório, posto que visa evitar a contaminação subjetiva que pode incorrer o Juiz que atuou na fase de investigação criminal, o qual muitas vezes determina medidas de natureza cautelar em desfavor do acusado, como busca e apreensão, prisão de provisória, interceptação telefônica, assim como mantém contato direto com as provas produzidas durante esta fase procedimental.

Não obstante, os elementos que são produzidos em sede investigação preliminar, quer seja no bojo de inquérito policial e demais procedimentos a cargo do Delegado de Polícia, quer seja no âmbito do Ministério Público através do procedimento investigatório criminal, fato é que há pouca influência da defesa, tendo em vista a mitigação do princípio do contraditório e ampla defesa ante o caráter discricionário que norteia os referidos procedimentos, como aceito de forma majoritária por parte dos Tribunais Pátrios.

Conclui-se, pois, que na prática fica difícil o juiz que tomou conhecimento do suposto fato criminoso e autoria delitiva, determinando por vezes medidas invasivas ao direito do acusado, acolhendo representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, passe mais adiante adotar um comportamento diametralmente oposto ao que vinha decidindo, por isso a doutrina há muito vem trabalhando sobre o comprometimento da imparcialidade do juiz que irá julgar o caso penal.

3. NORMATIZAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A imparcialidade encontra-se normatizada de maneira expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos instrumento internacional que o Brasil é signatário, possuindo status normativo superior a legislação federal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP, assim, consta no artigo 8.1, *ipsis litteris*.

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para

que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 29

No entanto, a doutrina aduz que os tratados que versam sobre os direitos humanos mesmo que não aprovados com quórum qualificado das emendas constitucionais já possuem hierarquia constitucional integrando o bloco de constitucionalidade, tendo em vista o disposto no artigo 5º, § 2º, CRFB, o qual prevê a regra da não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados na constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nessa esteira, afirma Valério Mazzuoli sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, senão vejamos:

Entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional serão recepcionados como normas constitucionais, ao passo que os ratificados posteriormente valerão como normas infraconstitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo §3º do art. 5º, é prestigiar a incongruência. Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à EC 45) **o tratado terá status de norma constitucional por integrar o núcleo material do bloco de constitucionalidade [...]** O tratado ratificado após a EC 45 não perde o status de norma materialmente constitucional que ele já tem em virtude do art. 5º, §2º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o quórum qualificado do art. 5º, §3º, e, a partir dessa aprovação, integrar formalmente o texto constitucional brasileiro (caso em que será, para além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional).³⁰ (Grifo nosso)

Em que pese a Carta Política não disponha expressamente no seu texto, sustenta-se que tal princípio consta de maneira implícita na norma que veda o juízo ou tribunal de exceção previsto no artigo 5º, XXXVII, outrossim, na garantia de que o processo e a sentença sejam conduzidos por autoridade competente que sempre será determinada por regras estabelecidas anteriormente ao fato sob julgamento, com isso garantindo o princípio do devido processo legal, conforme se depreende do artigo 5º, LIII, CF.

29 BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso: 8 de março de 2023, às 15h e 55 min.

30 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Método, 2014. p.198.

Ademais, como destacado acima o fato é que a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê no seu texto de maneira expressa o princípio da imparcialidade do juiz, de sorte que a mudança legislativa realizada pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 3º-A, CPP a despeito da estrutura acusatório, bem como no artigo 3º-B concernente ao Juiz das Garantias vão de encontro a principiologia adotada na Carta da República dando ao processo penal um caráter mais democrático, deixando de lado os dogmas do passado de viés autoritário.

Sendo assim, os argumentos utilizados no bojo das ADINs nº 6298, 6299, 6300 e 6305 para suspender *sine die* as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime que incluiu a figura do Juiz das Garantias não deixaram de ser alvo de crítica de inúmeros juristas de relevo no cenário nacional, haja vista que a positivação visa atender a necessidade de um sistema processual livre da contaminação subjetiva que sofre o julgador desde a investigação criminal, afetando sobremaneira o princípio da imparcialidade.

Nessa linha intelectual, cabe trazer os argumentos expendidos pelo eminente jurista Lenio Luiz Streck, vejamos:

Em que exatamente contraria a Constituição uma figura — o juiz das garantias — que *materializa a própria principiologia processual-constitucional em âmbito criminal*? Por que, como dizem os juízes-e membros-do-MP que contestam a inovação, "*o legislador federal teria ido além da expedição de normas gerais, ao impor a observância imediata do 'Juiz das Garantias' no âmbito dos inquéritos policiais*"?

Estamos em uma nova Era, então: do Neoconstitucionalismo, que tudo constitucionaliza e "pamprincipaliza" (até a construção de ofurô em sacada pretende ser alçada a uma discussão de "constitucionalidade", assim como o ruído produzido por igrejas depois das dez horas da noite), passamos ao *Neo-Inconstitucionalismo*. Sim, o Brasil inventa uma nova "teoria": tudo agora é inconstitucional, formal e materialmente. Na verdade, trata-se apenas de uma inconstitucionalidade desejada. É inconstitucional o que desejo que seja.³¹

Desta feita, necessário se faz aguardar o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre as alterações promovidas pelo legislador que tão somente realizou uma adequação

³¹STRECK, Lenio Luiz. Juiz das Garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. Consultor Jurídico, 2 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso: 08 de março de 2023, às 16:08.

da legislação pátria ao texto constitucional, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade caso ocorra no futuro pode representar um enorme retrocesso social na busca de um sistema realmente acusatório onde há imparcialidade dos julgadores.

4. CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Pois bem. Feitas as devidas considerações, passaremos a examinar a imparcialidade do Juiz sob o viés subjetivo e objetivo das ciências comportamentais, notadamente da teoria da dissonância cognitiva.

Cuida-se a “Theory of Cognitive Dissonance” de Leon Festinger, um estudo da psicologia acerca da cognição e do comportamento humano: está fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a sempre buscar uma zona de conforto, um estado de coerência entre suas opiniões (decisões, atitudes), daí por que passam a desenvolver um processo voluntário ou involuntário, porém inevitável, de modo a evitar um sentimento incômodo de dissonância cognitiva.³²

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa em artigo escrito para a coluna do Consultor Jurídico explica os aspectos práticos na busca da imparcialidade à luz da teoria da dissonância cognitiva, veja-se:

O desafio da cognição judicial imparcial em face da interação processual precisa dialogar com a noção de dissonância cognitiva. Todos nós buscamos internamente manter a coerência entre comportamentos, opiniões, crenças e atitudes, a saber, a cada nova informação advinda do exterior (informação acrescida), precisamos atualizar o nosso conhecimento e, para tanto, realizamos o processo (in)voluntário de manutenção/modificação das nossas premissas do mapa mental.

A cognição e o comportamento humano estão fortemente vinculados, razão pela qual será necessário (re)organizar mentalmente e justificar a coerência interna. As informações novas podem confirmar ou não as nossas premissas. Se buscarmos manter a coerência interna, tenderemos a mitigar a dissonância com a modificação do comportamento, a invalidação do argumento novo, o acolhimento da

³² DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. rev .. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p 123.

nova informação, mas com a desqualificação (da fonte/conteúdo) ou criando uma exceção, evitando a dissonância³³.

Além disso, o autor Aury Lopes Jr. explica com brilhantismo os quadros mentais paranoicos (Síndrome de Dom Casmurro), o qual poderá acometer o juiz no afã de justificar os comportamentos adotados, senão vejamos:

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos.³⁴

Desse modo, o juiz deve manter uma postura de equidistância em relação as partes com escopo de preservar a imparcialidade, assim como sobre a iniciativa probatória que deverá ficar a cargo das partes, nessa linha intelectual, Giacomolli adverte:

não significa ignorar as pretensões das partes, suas perspectivas e expectativas, mas outorgar confiança e segurança de um julgamento na qualidade de terceiro e não de parte, bem como evitar que seja proferido um julgamento com **dúvida razoável acerca da parcialidade do julgador**.³⁵

No que tange a imparcialidade esta subdivide-se em subjetiva e objetiva. O aspecto subjetivo é avaliado no íntimo da convicção do magistrado, evitando o julgamento por alguém que já possua uma convicção pessoal sobre o objeto posto em exame. Lado outro, o aspecto objetivo leva em conta a postura da entidade julgadora que não deve causar dúvida sobre a sua condução imparcial do processo, ou seja, não há prevalência dos interesses de algum dos sujeitos processuais.

33 DA ROSA, Alexandre Morais. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. Consultor Jurídico, 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>. Acesso: 8 de março de 2023, às 16:13.

34 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.111/112

35 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 280

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a imparcialidade objetiva foi expressamente mencionada no Voto Vista do Ministro Cezar Peluso no HC nº 94.641/BA, *in verbis*.

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de *imparcialidade objetiva*, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja, ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir.³⁶

Insta salientar que a imparcialidade objetiva está umbilicalmente ligada a teoria da aparência, uma vez que havendo dúvida razoável sobre a parcialidade do julgador, deve ocorrer o seu afastamento do feito, em suma, não basta que o juiz esteja sem vínculos subjetivos com a causa, necessário se faz a aparência de que age com imparcialidade, com isso gerando confiança das partes e da sociedade num julgamento legítimo.

Aprofundando na temática da teoria da dissonância cognitiva o autor Ruiz Ritter apresenta alguns processos cognitivos-comportamentais reflexos adotado pelo sujeito visando retomar ao estado de coerência, a saber:³⁷

a) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes (efeito inércia ou perseverança) por meio desse processo, o indivíduo voluntária ou involuntariamente, desvaloriza o valor dos elementos cognitivos dissonantes, retomando, assim, a consonância cognitiva;

b) busca involuntária por informações consonantes com a cognição pré-existente (ou busca seletiva de informações): ante a dissonância, e com o objetivo de retomar sua coerência cognitiva interior, o indivíduo tem a tendência de buscar novos

³⁶ HC 94.641/BA (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/11/2008, DJe 43 05/03/2009),

³⁷ RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 175.

conhecimentos que sejam consonantes com seus elementos cognitivos contrariados. É dizer, há um impulso de sua parte no sentido de procurar informações que preponderantemente confirmem suas hipóteses prévias;

c) evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes: levando-se em conta que há uma pressão interna para fins de se eliminar (ou reduzir) a dissonância cognitiva, parece natural que, paralelamente a isso, surja um processo voluntário (ou involuntário) de evitação do seu aumento, consubstanciado na fuga ativa de contato com elementos possivelmente dissonantes.

Com efeito, a dúvida razoável sob a imparcialidade do julgador que tem contato com a investigação preliminar, por si só, já é suficiente para demonstrar a imparcialidade objetiva à luz da teoria da aparência, outrossim, some-se a esse fato que a teoria da dissonância cognitiva demonstra uma tendência natural do ser humano de eliminar as incongruências dos seus comportamentos-cognitivos reflexos adotados anteriormente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho fora analisar o sistema processual vigente no País à luz da Carta da República e Convenção Americana de Direitos Humanos, haja vista que o Brasil adotou o sistema acusatório, no entanto, o Código de Processo Penal remonta ao período ditatorial, de sorte que a legislação pátria não está de acordo aos mandamentos constitucionais com o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, a instituição do Juiz das Garantias através da Lei nº 13.964/2019 representa um avanço na busca por um processo penal democrático, na medida em que o sistema acusatório impõe uma clara divisão dos sujeitos processuais que atuam no processo, inclusive no que concerne a iniciativa probatória, a qual incumbe exclusivamente as partes, devendo, conseqüentemente, o juiz se manter distante dessa tarefa.

Repita-se, conferir poderes investigatórios ao juiz viola o princípio da imparcialidade, bem como o sistema acusatório na medida em que o juiz tomou conhecimento prévio da prova, determinando muitas vezes medidas cautelares de natureza real, pessoal e probatória aos direitos dos acusados, indubitavelmente, formará um juízo preliminar quanto a solução do litígio, buscando manter a coerência por ocasião do julgamento que venha a confirmar esse comportamento adotado anteriormente, comprometendo a estrutura dialética do processo.

Ademais, há uma possível contaminação subjetiva do magistrado que atuou na fase de investigação preliminar ser o responsável pelo julgamento, uma vez que a manutenção do estado de coerência é algo inato do ser humano, pois o juiz que determinou medidas invasivas aos direitos do acusado, evitará por ocasião da prolação da sentença adotar comportamentos contraditórios, ou seja, confirmará as medidas adotadas mesmo que contrárias a verdade real.

A teoria da dissonância cognitiva explica bem que a psique desenvolve quadros cognitivos-comportamentais reflexos para manter a congruência, notadamente na desvalorização de elementos cognitivos dissonantes (**efeito inércia ou perseverança**), busca involuntária por informações consonantes com a cognição pré-existente (**ou busca seletiva de informações**) e evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes.

Justifica-se, portanto, a instituição do Juiz das Garantias que irá atuar na fase de investigação criminal até o recebimento da denúncia, realizando, assim, uma divisão funcional da competência com o juiz da instrução, pois, certamente, o juiz que acumula esta função ao menos paira uma dúvida sobre a imparcialidade objetiva que deve pautar o magistrado, tendo em conta a análise de questões de natureza cautelar na fase de investigação criminal, assim como a iniciativa probatória do juiz que ainda subsiste no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 114.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 518.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 8 de março de 2023 às 15:30 min.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 8 de março de 2023, às 15h e 45 min.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. ver.ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p 44, 45, 123,124,125.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 8 de março de 2023, às 15h e 50 min.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso: : 8 de março de 2023, às 15h e 55 min.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Método, 2014. p.198.

STRECK, Lenio Luiz. Juiz das Garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. Consultor Jurídico, 2 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso: 08 de março de 2023, às 16:08.

DA ROSA, Alexandre Morais. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. Consultor Jurídico, 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>. Acesso: 8 de março de 2023, às 16:13.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.111/112.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 280.

HC 94.641/BA (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/11/2008, DJe 43 05/03/2009.

RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 175.

Medida liminar na ADIN 6298, Relator Ministro Luiz Fux, 22/01/2020.

HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO

GIOVANNA DE MORAES CIZMOSKI:

Formada Pela FAROL - Faculdade de Rolim de Moura. Especialista em Direito Penal, Processo Penal, Processo Civil e Direito Civil. Aprovada no TJ/RO e Defensoria de Roraima. Assessora de juiz de segunda entrância.

RESUMO: O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. As condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989. Os ministros do Supremo votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria³⁸.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lei nº 7.716/89 e tipos penais. 3. Racismo e suas formas contemporâneas. 4. Ativismo judicial. 5. Conclusão. 6. Considerações Finais. 7. Bibliografia.

1. Introdução

A CF/88 possui mandados de criminalização direcionadas ao legislador infraconstitucional (Congresso Nacional) no sentido de que ele deveria editar lei punindo criminalmente condutas que configurem discriminação e racismo.

O Congresso Nacional previu punição para diversas condutas discriminatórias na Lei nº 7.716/89, lei esta que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Contudo, continua sendo omissa que tange à homofobia e transfobia.

Para suprir essa lacuna legislativa, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedentes o Mandado de Injunção 4733 e a ADO 26 para o fim de estender a tipificação prevista na lei 7.716/89 à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero e isso até que venha ser editada lei específica tratando da homofobia e transfobia como crimes.

³⁸ STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. STF, 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 04/03/2023.

2. Lei nº 7.716/89 e tipos penais

A Lei nº 7.716/89 prevê os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, ou seja, a prática de condutas ilícitas decorrentes de discriminação ou preconceito quanto à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O preconceito é o pensamento que existe no sentido de que certas pessoas ou grupos sociais são inferiores, nocivos, prejudiciais. "O preconceito é subjetivo, interior, está no intelecto da pessoa, configura um pré-julgamento negativo com relação a outro indivíduo ou grupo." ³⁹; Discriminação é a prática de atos que demonstram e exteriorizam o preconceito.

A Lei nº 7.716/89 não previu, expressamente, que os crimes nela tipificados podem ser aplicados em caso de manifestações de preconceito relacionadas com orientação sexual e não há nenhum comando legal que preveja punição de condutas homofóbicas e transfóbicas.

A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, afirmavam que o rol de elementos de preconceito e discriminação do art. 20 era taxativo. Nesse sentido: STF. 1ª Turma. Inq 3590/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/8/2014.⁴⁰

Existe um dever imposto pela CF/88 ao Congresso Nacional para que se crie normas de punição das condutas discriminatórias: art. 5º, incisos XLI e XLII.

Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção no STF no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Já o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia.

O STF, por maioria, julgou procedente o Mandado de Injunção 4733 para a) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e b) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a

³⁹ LAURIA, Mariano Paganini. *Leis Penais Especiais* comentadas artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 534.

⁴⁰ AVALCANTE, Márcio André Lopes. Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social. Entenda a decisão do STF. *Dizer o Direito*, 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>>. Acesso em: 04/03/2023.

fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Quanto à ADO 26, o STF, também por maioria, julgou procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional; e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.⁴¹

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, que as práticas homofóbicas e transfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de **racismo social** e representam verdadeira ofensa a direitos e liberdades fundamentais.

Para o Min. Celso de Mello, a aplicação da Lei nº 7.716/89 para condutas homofóbicas e transfóbicas resulta da aplicação do método da interpretação conforme e não de aplicação da analogia. Também não houve violação da reserva legal. Em verdade a decisão do STF limitou-se a realizar a subsunção de condutas de homofobia e de transfobia aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989) por configurarem racismo.

Segundo Márcio André Lopes Cavalcante, o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual o STF tem reconhecido que o Direito Penal pode ser um instrumento adequado para a proteção dos bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional.

À luz dos tratados internacionais e da análise dos preceitos constitucionais, conclui-se que há um mandado constitucional de criminalização no tocante a toda e qualquer

⁴¹AVALCANTE, Márcio André Lopes. Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social. Entenda a decisão do STF. Dizer o Direito, 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>>. Acesso em: 04/03/2023.

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluída a de orientação sexual e de identidade de gênero.

3. Racismo e suas formas contemporâneas

O racismo é um conceito aberto que abrange preconceitos contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Assim, a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica. Projeta-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, a abranger até mesmo situações de agressão injusta resultante de discriminação ou de preconceito contra pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero.⁴²

4. Ativismo judicial

O ativismo judicial costuma ser definido como a postura ativa do judiciário que regula matérias de políticas públicas. É vista como a extrapolação da **função de julgar e passando a atuar como legislador ativo**.

Há correndo doutrinária que argumenta que, ao estender os efeitos da lei 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, o Supremo Tribunal Federal atuou de forma proativa e expansiva, atingindo esferas de atuação de poderes diversos do Judiciário, evidenciando o chamado ativismo judicial.

Contudo, é evidente que há uma proteção deficiente dos direitos da população homossexual e transexual, grupo que padece de hipervulnerabilidade.

Apenas cientificar o Congresso Nacional para que ele adotasse, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional não se mostrou medida que surtiria efeito, isso porque há no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei tratando da matéria. Contudo, há uma grande resistência de certos setores da sociedade com relação aos direitos de tal segmento social e, em razão disso, esses projetos nunca foram aprovados e os apelos ao legislativo não têm se mostrado eficaz.

⁴² AVALCANTE, Márcio André Lopes. Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social. Entenda a decisão do STF. Dizer o Direito, 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>>. Acesso em: 04/03/2023.

Diante da gravidade da situação e da patente necessidade de solução jurídica para o caso, o procedimento hermenêutico realizado STF atendeu ao mandamento constitucional sem usurpar a competência do Poder Legislativo.

5. Conclusão

Foi fixada como tese pelo Supremo Tribunal Federal que até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989.

6. Considerações Finais

O presente estudo analisa detalhadamente as duas decisões do Supremo Tribunal Federal que levaram à extensão dos efeitos jurídicos da Lei 7.716/1989 quando praticadas condutas homofóbicas e transfóbicas. É um tema que encontra grande repercussão jurídica e social.

A presente análise partiu dos estudos acerca do tema, principalmente de outros artigos científicos, especialmente publicados pelo professor Márcio André Lopes Cavalcante.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Aline Vieira. Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial. Direitonet, 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 04/03/2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 5 de janeiro de 1989.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social. Entenda a decisão do STF. Dizer o Direito, 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>>. Acesso em: 04/03/2023.

CORI-SC. Notícias 14/06 - STJ: STF criminaliza homofobia e transfobia com aplicação por analogia à Lei do Racismo. Disponível em: <<https://www.colegiorisc.org.br/noticias/novidades/stj-stf-criminaliza-homofobia-e-transfobia-com-aplicacao-por-analogia-a-lei-do-racismo/>>. Acesso em 04/03/2023.

GONÇALVES, Antônio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>>. Acesso em: 04/03/2023.

IBDFAM. Criminalização da homotransfobia pelo STF completa dois anos. IBDFAM, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8580/Criminaliza%C3%A7%C3%A3o+da+homotransfobia+pelo+STF+completa+dois+anos>>. Acesso em: 04/03/2023.

LAURIA, Mariano Paganini. *Leis Penais Especiais* comentadas artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 534.

Supremo Tribunal Federal (STF). STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. STF, 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 04/03/2023.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE NA EFETIVAÇÃO DA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

VILMA JESUS DE OLIVEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Especialista em Teoria do Estado, relações privadas e processo pelo Centro Universitário da Grande Dourados-UNIGRAN. Servidora Pública do Ministério Público da União desde 2012.43

RESUMO: Este artigo resulta do estudo sobre o trabalho análogo ao de escravo e seus reflexos à efetivação do princípio da dignidade humana na esfera trabalhista. Em pleno Século XXI, ainda são encontradas situações trabalhistas que expõem o indivíduo à condição análoga à de escravo, sendo uma realidade mais comum do que se imagina. O tema é exaustivamente tratado nos cenários internacional e nacional. No desenvolvimento deste artigo, buscou-se a definição do conceito, a caracterização e os mecanismos adotados pelo Brasil, no combate deste trabalho. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, apoiando-se em pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade; Trabalho; Escravidão; Erradicação.

Sumário: Introdução. Contexto histórico. Conceito do trabalho análogo ao de escravo. Do princípio da dignidade humana enquanto limitador do trabalho em condições análogas de escravo. Da proteção do trabalho análogo ao de escravo. Das políticas públicas brasileiras para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho escravo na sua forma originária foi abolido com a Lei Aurea, em 1888, a qual proibiu o tráfico e permanência de pessoas no Brasil, na condição de escravo.

Entretanto, transcorrido mais de 130 anos da edição dessa lei, a existência de trabalho escravo insiste em perpetuar no Brasil. Ainda que de forma disfarçada,

43Contato: vilmamortari75@gmail.com

ocasionando a exploração de milhares de indivíduos e o conseqüente desrespeito às normas vigentes no país.

O trabalho análogo ao de escravo no Brasil é uma realidade incontestável, como demonstram os dados atualizados do Ministério do Trabalho e Emprego, os quais revelam que entre 1995 e 2010, 36.759 trabalhadores foram resgatados de condições análogas à de escravo.

Esse tema tem sido exaustivamente tratado no cenário internacional e nacional, visto o empenho global na efetivação do princípio da dignidade humana, que atenta para o fato de que cada ser humano, individualmente considerado, é insubstituível, não podendo ser vendido nem trocado por coisa alguma.

O Brasil reconheceu em 1995, a existência deste tipo de trabalho, atualmente, chamado de trabalho em condição análoga à de escravo, o que desencadeou diversas políticas públicas voltadas a sua erradicação. Um dos mecanismos de defesa foi a tipificação do trabalho análogo ao de escravo pela lei penal brasileira.

O trabalho análogo, conforme descrito no artigo 149, do Código Penal, tratou-o como gênero, composto de duas subespécies: trabalho forçado e trabalho em condições degradantes, que serão caracterizados em capítulo próprio.

CONTEXTO HISTÓRICO

A escravidão sempre esteve presente na história brasileira, desde seu descobrimento, no qual os portugueses utilizaram da mão de obra dos nativos e, posteriormente dos negros africanos.

A exploração do trabalho escravo, em sua maioria, formado por negros, permitiu o desenvolvimento de diversas atividades econômicas, dentre as quais as plantações agrícolas, passando pela mineração e produção de alimentos.

Em 1888, a Lei intitulada "Aurea" tornou proibida a manutenção de escravos no Brasil. Contudo, esta Lei impôs apenas a igualdade formal entre os cidadãos, visto que os ex-escravos não dispunham de educação, nem acesso a terra, nem a qualquer tipo de indenização por tempo de trabalho forçado, sendo vítimas, expostas a todo tipo de preconceito, fato pelo qual mesmo após a abolição, muitos continuaram a trabalhar nas mesmas propriedades em troca de moradia e alimentação.

De acordo com o economista Paul Singel "Infelizmente, a Lei Áurea apenas aboliu o apoio legal à escravidão. Ela não aboliu a pobreza, o atraso de grandes áreas do território nacional. Nelas muitos trabalhadores se deixam aliciar em troca de promessas e

algum dinheiro para realizarem atividades em lugares longínquos e ermos, onde ficam à mercê dos patrões”.

Hodiernamente, a escravidão, também chamada de contemporânea apresenta-se sob uma nova roupagem, porém não menos cruel e desumana que a praticada no Brasil colonial, sujeitando indivíduos com baixa ou nenhuma capacitação, dispondo apenas da sua força manual, obrigando-os a aceitarem trabalhos degradantes, em troca da sobrevivência.

Nos últimos anos, de acordo com Eliézer de Queiroz Noleto tivemos uma piora acentuada nas condições de trabalho o que pode ser debitado, em grande parte, à crise do emprego. Há uma tendência mundial de crescimento dos índices de desemprego, e essa dificuldade dos trabalhadores em obter uma nova colocação no mercado de trabalho os leva a aceitar ocupações que não respeitam os direitos trabalhistas mínimos previstos em lei, aumentando, por sua vez, o número de trabalhadores que se encontram no mercado informal.

A Carta Magna, de 1988, veda o trabalho análogo ao de escravo, ao elencar, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV); ao garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade; ao asseverar que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; ao estatuir que é livre a locomoção no território nacional; ao assegurar que não haverá penas de trabalhos forçados e cruéis; ao preconizar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e ao garantir que não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, *caput*, e incisos III, XV, XLVII, *c e e*, LIV e LXVII).

Em 1995 o Governo Brasileiro reconheceu oficialmente a existência de trabalho em condição análoga à de escravo no país, iniciando uma série de estratégias e adoção de instrumentos políticos para combater e erradicar essa prática, destacando-se a tipificação da conduta pelo art.149 do Código Penal (CP), que por sua vez, define e pune com reclusão de dois a oito anos e multa, além da pena correspondente à violência, o crime de redução à condição análoga à de escravo.

Além disso, pode ser citada a ação conjunta de diversos órgãos, dos mais variados setores da sociedade, em busca do combate ao trabalho forçado e análogo ao de escravo, a exemplo da Polícia Federal, Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho que estão engajados na mesma luta: proporcionar melhores condições de trabalho, assim como resgatar a dignidade de cada trabalhador.

DO CONCEITO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

O trabalho em condições análogas às de escravo, segundo o Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo *é aquele que não reúna as mínimas condições necessárias para garantir os direitos dos trabalhadores, que cerceie sua liberdade, avilte a sua dignidade, sujeite-o a condições degradantes, inclusive ao meio ambiente de trabalho.*

A Organização Internacional do Trabalho conceitua da seguinte forma o trabalho análogo ao de escravo:

Toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. O que diferencia um conceito do outro é a liberdade. Quando falamos de trabalho escravo, falamos de um crime que cerceia a liberdade dos trabalhadores. Essa falta de liberdade se dá por meio de quatro fatores: apreensão de documentos, presença de guardas armados e "gatos" de comportamento ameaçador, por dívidas ilegalmente impostas ou pelas características geográficas do local, que impedem a fuga.

A Convenção 29, de 1930, da OIT, ratificada pelo Brasil, adota a nomenclatura de trabalho forçado ou obrigatório, como sinônimo do trabalho análogo ao de escravo, definindo assim, em seu artigo 2º: "para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente"

Para Carlos H. Leite, o conceito de trabalho análogo ao de escravo deve ser bem delimitado, afastando, a tipificação de determinadas condutas que, mesmo infringindo normas administrativas, não podem ser classificadas como o crime propriamente dito, discorrendo que:

O fator determinante para caracterizar trabalho escravo é o cerceamento da liberdade. O trabalhador fica sem condições de sair do local onde está sendo explorado, sofrendo, a rigor, três tipos de coação:

1. coação econômica – dívida contraída com o transporte para fazenda e compra de alimento. O empregado tenta saldar a dívida, mas não consegue devido aos elevados valores cobrados;

2. coação moral/psicológica – ameaças físicas, e até de morte, por parte do responsável pela fazenda e constante presença de capataz, armado, em meio aos trabalhadores;

3. coação física – agressão aos trabalhadores como forma de intimidação.

Já para procurador do trabalho Jairo Sento-Sé, o conceito contemporâneo do trabalho escravo, seguindo a previsão do artigo 149 do Código Penal, consiste como sendo atividade laboral desenvolvida pelo trabalhador em benefício de terceiro, em que se verifica restrição à sua liberdade e/ou desobediência a direitos e garantias mínimos (sujeição a jornada exaustiva ou a trabalho degradante, dívida abusiva em face do contrato de trabalho, retenção no local de trabalho por cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, manutenção de vigilância ostensiva e retenção de documentos) dirigidos a salvaguardar a sua dignidade enquanto trabalhador.

Atualmente, com base nos conceitos elencados, pode-se inferir que o trabalho análogo a de escravo, é representado pelo trabalho forçado e pelas condições degradantes que podem ser caracterizadas por aquelas que vão desde o constrangimento físico e/ou moral a que é submetido o trabalhador, até as péssimas condições de trabalho e de remuneração, como por exemplo, alojamento sem condições de habitação e higiene, falta de instalações sanitárias e de água potável, falta de fornecimento de EPI, jornadas exaustivas, remuneração irregular, promoção do endividamento pela venda de mercadorias aos trabalhadores, dentre outros.

Em palestra no I Congresso de Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário no Estado de Mato Grosso do Sul, o procurador Luís Antônio Camargo de Melo, afirma que a característica mais comum do trabalho forçado é o impedimento da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída, visto que muitos se deslocam da sua cidade de origem para trabalhar em fazendas de difícil acesso, sob a promessa de vida melhor.

O mesmo palestrante, afirma que inúmeras são as situações em que o trabalhador aliciado nem sabe onde está trabalhando. Relata ainda, além de impedido o trabalhador sofre violência, exemplificando a situação de um trabalhador que tentou fugir e foi preso pelos pistoleiros do fazendeiro, que amarraram os pés e as mãos do trabalhador e jogou ele na caçamba da caminhonete, saindo pelas estradas esburacadas da Amazônia, onde o trabalhador foi tomando pancada da própria caçamba – situação conhecida como “banho de camionete”.

Com relação ao trabalho degradante, Camargo de Melo, exemplificou a questão de trabalhadores que morrem por exaustão física, trabalhando ininterruptamente, por

receber o pagamento com base na produtividade. Como exemplo citou o caso do trabalhador cortador de cana, no interior de São Paulo, o qual cortou mais de 24 toneladas de cana em um dia, uma semana depois cortou 16 em um dia e poucos dias depois morreu e foi comprovado que a causa foi exaustão.

Salienta ainda, que além da jornada exaustiva, a condição degradante também é configurada quando se vê nas diligências trabalhadores perdidos no meio do mato, dormindo sobre troncos no chão e com uma lona, sem água, alimento, dentre outros.

Diante dos relatos, ressalta-se que a utilização do trabalho análogo ao de escravo ofende não só o individual que permanece exposto à situação, mas toda sociedade, estendendo a sua natureza ao interesse difuso nas relações trabalhistas, haja vista que viola o ordenamento jurídico e afronta a dignidade humana.

DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO LIMITADOR DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS DE ESCRAVO

A Constituição de 1988, ao elencar nos princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, igualando os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais apresenta novos paradigmas quanto aos direitos fundamentais do trabalho reforçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de todo o direito, além de possibilitar a criação de normas de efetivação das garantias ali previstas.

Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito.

Logo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o homem existe como um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser tratado como mero objeto de realização do capital econômico.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos e devem ser respeitados pelo Estado e seus semelhantes.

Para José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.

Flávia Piovesan entende que a condição humana é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de outro critério, senão ser humano.

O Procurador do Trabalho, Cicero Rufino Pereira, define que a dignidade da pessoa humana, no âmbito trabalhista, pode significar a busca de um ideal de vida para todo ser humano, o qual deseja um trabalho digno (trabalho decente), garantidor de sua sobrevivência (e de sua família), com vida protegida, com direito à habitação, saúde, alimentação, educação, previdência social, lazer, etc.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e inseparável de todo e qualquer ser humano, sendo característica que o define como tal. E tão somente pela sua condição humana, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados tanto pelo Estado quanto por seus semelhantes, não podendo ser sobreposto por interesses meramente mercantis.

Desse modo, a exposição do trabalhador à condição de trabalho análoga à de escravo, ofende e contraria bens jurídicos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, pois subtrai do ser humano não só a sua liberdade, mas o que há de mais sagrado: a sua dignidade.

Ressalta-se que na definição atual de trabalho análogo ao de escravo o principal bem jurídico lesado não é a liberdade, mas sim a dignidade da pessoa humana, bem maior e que repugna as duas espécies de trabalho com redução do homem a condição análoga à de escravo, a saber, o trabalho forçado e o degradante.

Observa-se que no trabalho forçado, ao ser privado de sua liberdade de locomoção e de autodeterminação, o ser humano é tratado como mera mercadoria, pertencente ao tomador dos serviços. Enquanto no trabalho degradante, embora não haja restrição à liberdade, o que se vê é a exposição do indivíduo às condições subumanas de trabalho e de vida, sendo tratado como mero instrumento de produção, suscitando a “coisificação” do ser humano.

Apesar dos relatos chocantes, sabe-se que são reais e atuais, sendo que o princípio que obsta a quantificação e a “coisificação” do ser humano é exatamente a dignidade da pessoa humana, pois conforme já defendido, todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, sendo cada indivíduo ser único e insubstituível, não podendo ser vendido nem trocado por coisa alguma, sob pena de transgredir a lei maior do país.

Afirmativa esta defendida pelo Min. Joaquim Barbosa, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 398041/ PA, conforme ementa transcrita:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido. (398041 PA , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 30/11/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-09 PP-02007)

DA PROTEÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

No âmbito internacional, o Brasil, atendendo as exigências decorrentes dos tratados e convenções dos quais é signatário, assumiu a obrigação de reprimir e eliminar toda e qualquer forma de escravidão. Nesse sentido, segue a observação de Flávia Piovesan:

(...)a proibição do trabalho escravo é absoluta no Direito Internacional dos Direitos Humanos, não contemplando qualquer exceção. Vale dizer, em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como

justificativa para o tratamento escravo. Tal proibição integra o *jus cogens*, que é o direito cogente e inderrogável no âmbito internacional. Tal como o direito de não ser submetido à tortura, o direito a não ser submetido à escravidão é um direito absoluto, insuscetível de qualquer relativização ou flexibilização, a não permitir qualquer juízo de ponderação.

Nesse diapasão, o Brasil, firmou como signatário, os diversos instrumentos abaixo relacionados:

1. Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmado em 10 de dezembro de 1948, pela qual “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade” (art. I); “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (art. IV).
2. Convenção de 1926, ratificada pelo Brasil em 1966, estabelecendo o compromisso de abolir completamente a escravidão em todas as suas formas;
3. Convenção 29, de 1930 OIT – ratificada pelo Brasil em 1957, comprometendo-se a abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível;
4. Convenção 105, de 1957 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965, comprometendo-se a adequar a legislação nacional às circunstâncias da prática de trabalho forçado, de modo que seja tipificada de acordo com as particularidades econômicas, sociais e culturais do contexto que se insere. Assim, a convenção determina que a legislação do País signatário deve prever sanções eficazes a inibir a prática de trabalho forçado.
5. Em 1966 houve o pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil em 1992, o qual proíbe todas as formas de escravidão nos países signatários.
6. Ainda em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil em 1992, passou a garantir o direito de todos a condições de trabalho equitativas e satisfatórias;
7. Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, determina a repressão à servidão e à escravidão em todas as suas formas;
8. Em 1972, a Declaração de Estocolmo, o qual estabelece que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas

num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita uma vida digna de gozar o bem-estar;

9. Protocolo do Tráfico, em 2000, ratificado pelo Brasil em 2004, visa coibir o aliciamento de trabalhadores rurais no Brasil e de trabalhadores estrangeiros irregulares no intuito de submetê-los ao trabalho em condições análogas à de escravo, passando a igualar este ato ao tráfico de seres humanos.

No âmbito interno, a legislação brasileira tutela de forma objetiva a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, a igualdade de pessoas e os valores sociais do trabalho, conforme art. 1º, III e IV da CF, art. 4º, inciso II. Em seu artigo 7º, a CF prevê, além dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais ali elencados, outros que visem à melhoria de sua condição social.

Em cumprimento a legislação internacional, o Brasil, também tipificou o trabalho em condição análoga à de escravo, como crime, à luz do art. 149 do Código Penal, pelo qual especifica quatro condutas, a saber: (1) sujeição da vítima a trabalhos forçados; (2) sujeição da vítima a jornada exaustiva; (3) sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho; e (4) restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

O jurista Cezar Bitencourt, em exegese do art. 149, do Código Penal Brasileiro sustenta que:

(...)o bem jurídico protegido nesse tipo penal, é a liberdade individual, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Carta Magna brasileira. Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional. Reduzir alguém a condição análoga a de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos.

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

O governo brasileiro, como o primeiro país a reconhecer oficialmente, nos tempos atuais, a existência de formas modernas de escravidão tem tomado providências no sentido prover medidas de proteção aplicáveis às vítimas desta forma de exploração, sendo diversas as políticas públicas desenvolvidas para tal. Assim, no âmbito nacional, podem ser citadas:

1. Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo - elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), reúne entidades e autoridades nacionais ligadas ao tema. O referido Plano atende às determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos e expressa uma política pública permanente que deverá ser fiscalizada por um órgão ou fórum nacional dedicado à repressão do trabalho escravo. Contempla como principais ações a prevenção, a reinserção dos trabalhadores e a repressão econômica.

2. Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil - em vigor desde de 2005, é uma iniciativa do Observatório Social-OS/OIT em parceria com Instituto Ethos e a ONG Repórter Brasil. O Instituto Observatório Social (IOS) tem por objetivo monitorar e gerar relatórios sobre as ações empreendidas pelos signatários voltadas para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo no Brasil e promover o intercâmbio dessas informações entre as empresas e sindicatos envolvidos. Ao acionar diferentes instituições, a ação de fiscalização gera para o infrator consequências nos planos civil, trabalhista, administrativo e criminal.

3. Cadastro "Lista Suja" – instituído no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o Cadastro de Empregadores Infratores, também conhecido como 'Lista Suja', tem por objetivo registra em lista própria as pessoas físicas e jurídicas flagradas utilizando mão-de-obra em condições análogas à de escravo, dando publicidade à fiscalização e desencadeando uma série de ações do governo, do setor privado e da sociedade civil para punir e desencorajar a prática. De acordo com coordenadora do Pacto nacional de erradicação do trabalho escravo, Andréa Bolzon uma das coisas mais interessante que a lista suja permitiu foi investigar a cadeia produtiva das fazendas nas quais se encontrou trabalhadores escravos. Essa pesquisa revelou que o trabalho escravo está muito mais próximo do que se pensa. Está no óleo de soja, está na carne que se consome diariamente. Ao identificar a cadeia produtiva, obteve-se que 62% (sessenta e dois por cento) das pessoas resgatadas estavam em fazendas de bovinocultura. Sendo que as grandes empresas componentes da cadeia foram convidadas a assinar o Pacto nacional de erradicação do trabalho escravo. Tendo o Brasil, sido reconhecido pela OIT como a melhor experiência do mundo no combate ao trabalho escravo.

4. Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM - criado em 1995, após o reconhecimento do Brasil sobre as condições de trabalho análogo ao de escravo, tendo uma composição interinstitucional nas suas operações com a participação de no mínimo três instituições, reunindo as competências necessárias para a eficácia da fiscalização, sendo as funções primordiais de cada integrante: **(1) os auditores e as auditoras-fiscais do trabalho** fazem coleta de provas, lavram autos de infração, emitem carteiras de trabalho, inscrevem trabalhadores no Seguro Desemprego e interditam locais de trabalho quando necessário; **(2) o procurador do trabalho**, além de ajudar na coleta de provas,

tem competência para propor ações imediatas junto à justiça do trabalho; ajuizar Ações Cíveis Públicas; e firmar Termos de Ajuste de Conduta (TAC) com o infrator, no qual este se compromete a pagar em um prazo específico as verbas rescisórias que não puderem ser pagas de imediato, pagar Danos Morais Individuais e Danos Morais Coletivos e/ou regularizar as condições do local de trabalho e alojamento; **(3) a Polícia Federal ou Polícia Rodoviária Federal** é responsável pela segurança do grupo, pela coleta de provas para um eventual processo criminal, faz apreensão de armas, prisão de criminosos, interdição do local de trabalho e apreensão da produção quando se trata de atividade ilegal.

5. Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo – CONAETE - criada em 2002, é uma das sete coordenadorias do Ministério Público do Trabalho. Sua criação possibilitou que a participação de procuradores do trabalho no Grupo de Fiscalização Móvel se tornasse sistemática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do grande número de trabalhadores que ainda é submetido à situação análoga a de escravo no Brasil, registra-se avanços nos últimos anos no combate a esse tipo de crime. Antes o Brasil era denunciado pela omissão, hoje o país é referência no que se refere à criação de institutos de proteção ao trabalho humano.

Todavia, há ainda, um longo caminho a percorrer para que se obtenha de forma efetiva o combate do trabalho análogo ao de escravo no Brasil.

As ações conjuntas no Brasil, envolvendo a OIT e várias entidades e organizações, dentre essas o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego e a Polícia Federal, têm sido determinantes no enfrentamento do trabalho análogo ao de escravo.

Ademais, depreende-se que o principal fundamento para a vedação de todas as espécies de trabalho análogo ao de escravo é a dignidade da pessoa humana, pois não há se falar em dignidade sem respeito à integridade física, mental e moral do ser humano, sem que haja liberdade, autonomia e igualdade em direitos, sem serem minimamente garantidos os direitos fundamentais previsto na Constituição Federal.

Percebe-se, por conseguinte, que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado não somente um dever de abster-se, que se exprime na obrigação de não praticar atos contrários à dignidade da pessoa humana, mas também uma obrigação positiva, no sentido de impor aos agentes públicos o dever de adotar condutas e estratégias políticas, com o fim de tornar efetiva e resguardar a dignidade pessoal dos indivíduos.

Logo, cabe ao Estado, não apenas conferir ao homem a oportunidade de acesso ao trabalho, mas também garantir que o mesmo seja executado em condições decentes, de forma a garantir a efetividade do princípio da dignidade instituído como fundamento do estado democrático de direito.

Nítida a compreensão de que a lei de abolição instituída em 1888, por si só, não foi suficiente para impedir que a exploração do trabalho análogo ao de escravo, consubstanciado em práticas igualmente discriminantes e supressoras da liberdade do trabalhador, persistisse aos tempos atuais, transcorridos os mais de 130 anos.

Observou-se também que a prática do trabalho análogo ao de escravo, está impregnado principalmente no meio rural brasileiro profundamente marcado pela desigualdade no acesso e na distribuição da terra, e que tem na violência contra o trabalhador uma característica endêmica de sua estrutura.

Assim, embora a escravidão contemporânea seja diferente da existente no período colonial, por não ser mais possível juridicamente, como naquela, o exercício do direito de propriedade sobre a pessoa do escravo, as práticas atuais também aviltam a dignidade da pessoa humana, seja pela exposição do trabalhador a condições degradantes ou trabalhos forçados.

Conclui-se, que embora as ações governamentais tenham obtido êxitos, o problema ainda persiste no Brasil, o que requer também a participação efetiva da sociedade no combate a esta chaga social, bem como das entidades não governamentais organizadas e órgãos sindicais.

REFERENCIAS

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista: Just. do direito Passo Fundo. 2006, v. 20, n. 1, p. 111-120.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

BREMER, Felipe Fiedler. Análise didática do trabalho escravo no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2166, 6 jun. 2009 .

COSTA, Mônica Oliveira da. Trabalho decente segundo estudos da Organização Internacional do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2649, 2 out. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17550>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 71, n. 2, p. 146-173, maio/ago. 2005.

MELO, Luís Antônio Camargo de Melo. As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e erradicação do trabalho escravo. Anais do I Congresso de Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário na Conjuntura do 3º Milênio: avanços e desafios. Campo Grande, MS: Letra Livre, 2008.

MORENO, Jonas Ratier. A identificação do trabalho degradante. Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul. V.1, N. 3. p. 147-152. Campo Grande: PRT 24ª, 2009.

NOLETO, Eliézer de Queiroz. Trabalho escravo x trabalho decente. Biblioteca digital da Câmara de Deputados, 2009.

PEREIRA, Cícero Rufino. O trabalho degradante e infantil. Revista da Comissão Permanente/MS, ano I, nº 1, Campo Grande-MS, 2º semestres/2008. p. 35.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. O combate ao trabalho escravo na perspectiva do constitucionalismo. Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul. V.1, N. 2. p. 147-152. Campo Grande: PRT 24ª, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRATES, Denise Moreira. O trabalho escravo, ainda perto de nós? Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 6, n. 24/25, jul/dez., 2007. p. 195-212.

SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. A prova do trabalho escravo no processo laboral. Revista do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Salvador, n. 3, 2008, p. 123-139.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Marcello Ribeiro. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.

SINGER, Paul. Prevenção do trabalho escravo no Brasil. Acessado no site <http://www.mte.gov.br/noticias/conteudo/2679.asp>, em 10 de dezembro de 2012, 16:02.

RELATÓRIO GLOBAL DO SEGUIMENTO DA DECLARAÇÃO DA OIT RELATIVA A PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO. **Não ao trabalho forçado**. 2002, p.17-18

RELATÓRIO GLOBAL DO SEGUIMENTO DA DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO. **Uma aliança global contra o trabalho forçado. 2005**. Acessado em http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/oit/relatorio/relatorio_global2005.pdf

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil:** a erradicação do trabalho análogo ao de escravo. Brasília: OIT, 2010. p.14.

MINISTERIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Quadro geral de operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo** – SIT/SRTE – 1995/2010. Disponível em: http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_1995_2010.pdf >. Acesso em: 09 dez. 2012, 16:30.

MINISTERIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de escravo.** Brasília: MTE, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Projeto de combate ao trabalho escravo.** OIT.2010, disponibilizado em no site http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/projetos/documento.php.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 398041/ PA**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 30.11.2006. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=competência e trabalho escravo&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=competência+e+trabalho+escravo&base=baseAcordados). Acesso em: 07 dez. 2012, 16:09.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 29.** Disponível em <http://www.oit.org.br/convention>, acessado em 02 de dezembro de 2012.

MINISTERIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo.** Brasília: MTE, 2011. <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.P>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Projeto de combate ao trabalho escravo no Brasil.** Acessado no site: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/projetos/documento.php

CARTAS PSICOGRAFADAS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL E SUA UTILIZAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

ANA MARIA MARTINS RAMALHO:
Acadêmica do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG. ⁴⁴

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES⁴⁵

(orientador)

RESUMO: O presente estudo objetiva elucidar a utilização de cartas psicografadas como meio de prova no processo penal e sua utilização no Tribunal do Júri. A problemática refere-se à discussão da admissibilidade e da idoneidade dessa comunicação póstuma no que tange ao princípio da verdade real, analisando, de sistematicamente o que é a psicografia, seu conceito, as provas, os princípios constitucionais relativos ao direito de prova e a utilização de sua aplicabilidade como meio de defesa do réu e o exame grafotécnico. Pautado em pesquisa bibliográfica, utilizou-se a metodologia do estudo descritivo analítico e hipotético dedutivo, visando explicar o tema, sua constitucionalidade, utilizando, para tanto, artigos e sítios eletrônicos, bem como a legislação vigente, portanto, trata-se de pesquisa bibliográfica documental. Pôde-se concluir que as cartas psicografadas utilizadas em defesa do réu tem gerado controvérsias no mundo jurídico no que diz respeito ao respaldo legal, de forma que se possa garantir que os direitos constitucionais não sejam violados, devendo-se preservar a igualdade de tratamento religioso, de forma que crenças não sejam privilegiadas em detrimento de outras, considerando a laicidade do estado, assegurando, portanto, o direito ao contraditório, bem como à plenitude de defesa e a igualdade processual.

Palavras-chave: Processo Penal. Tribunal do Júri. Cartas Psicografadas.

ABSTRACT: This study aims to elucidate the use of psychographed letters as evidence in criminal proceedings and their use in the Jury Court. The problem refers to the discussion of the admissibility and suitability of this posthumous communication regarding the principle of real truth, systematically analyzing what psychography is, its concept, the evidence, the constitutional principles related to the right of proof and the use of its applicability as a means of defending the defendant and the graphotechnical examination. Guided by bibliographical research, the methodology of the descriptive analytical and hypothetical deductive study was used, aiming to explain the theme, its constitutionality,

⁴⁴ E-mail: amramalho@gmail.com

⁴⁵ Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: joseaugusto@unirg.edu.br

using, for that, articles and electronic sites, as well as the current legislation, therefore, it is a bibliographical research documentary. It was possible to conclude that the psychographed letters used in defense of the defendant have generated controversies in the legal world with regard to legal support, so that it can guarantee that constitutional rights are not violated, and that equal religious treatment must be preserved, so that beliefs are not privileged over others, considering the secular nature of the state, thus ensuring the right to adversarial proceedings, as well as full defense and procedural equality.

Keywords: Criminal proceedings. Jury court. Psychographed Letters.

Sumário: Introdução. 1. Das provas no processo penal. 1.1 Princípios constitucionais relativos ao direito à prova. 1.1.1 Princípio da ampla defesa. 1.1.2 Princípio do contraditório. 1.1.3 Princípio do livre conhecimento motivado. 1.1.4 Princípio do *favor innocentiae*. 1.1.5 Princípio da vedação à obtenção de provas ilícitas. 1.1.6 Princípio da verdade real. 1.2 Direito a prova. 2. Psicografia como prova no processo penal. 2.1 Origem e definição de psicografia. 2.2 Psicografia como documento. 2.3 Exame grafotécnico. 2.4 Casos de psicografia como prova processual no tribunal do júri. Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa objetiva discutir a admissibilidade e a constitucionalidade da carta psicografada como prova no processo penal brasileiro. O estudo justifica-se pela importância do tema para o sistema processual brasileiro, logo que o mesmo é extremamente polêmico no âmbito judiciário.

Sabendo que no processo penal são aceitos diversos tipos de prova para que a veracidade dos fatos seja comprovada, a carta psicografada tem sido aceita em julgamentos, baseando-se no princípio da ampla defesa, logo que, ao réu, é garantida todas as condições legais que possibilitem o esclarecimento da verdade em seu julgamento. Cumpre esclarecer que apenas as provas de origem lícita podem ser admitidas, portanto o sistema judiciário brasileiro utiliza-se do exame grafotécnico para comprovar a veracidade da carta psicografada, de forma que a mesma possa ser admitida como meio de prova perante ao Tribunal do Júri.

Conforme disposto na Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXVIII,

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – [...]

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) A plenitude de defesa; (BRASIL, 1988)

Assim, o Tribunal do Júri é um instituto que possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, devido a isso, e em razão da natureza dos delitos por ele julgados, ele possui diversas regras e princípios, permitindo, assim, interpretações mais abertas das provas admitidas no processo.

Sendo o Brasil um país laico, onde os povos possuem diversas religiões, ainda que o catolicismo predomine, a doutrina espírita cresce a cada dia, estando entre as cinco religiões com mais membros, apresentando indicadores educacionais, destacando-se por tratar de temas polêmicos como a morte, a reencarnação e a mediunidade (IBGE, 2010). Dessa forma, é imprescindível analisar se a prova obtida através das cartas psicografadas podem ser admitidas como instrumento probatório lícito, principalmente considerando a laicidade do Estado.

Devido a isso, este estudo tem o escopo de analisar a problemática da admissibilidade e da idoneidade dessa comunicação póstuma através do exame grafotécnico, no que tange ao princípio da verdade real, analisando, sistematicamente, o que é a psicografia, seu conceito, as provas, os princípios constitucionais relativos ao direito à prova e a utilização de sua aplicabilidade como meio de defesa do réu perante o Tribunal do Júri.

1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

De acordo com Nucci (2013, p. 338):

“O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar”

Conforme ensinamentos de Lima (2009, p. 371), o processo penal é uma relação jurídica de atos complexos que objetiva à decisão final de um processo penal condenatório, reunindo elementos para que, ao final do processo, possa haver uma sentença baseada na verdade real e capaz de trazer a justiça para o réu. De acordo com Filho (2010, p. 553), provar é estabelecer a verdade do que é afirmado, ou seja, a condenação em desfavor do ato jurídico reprovado. Dessa forma, o objetivo principal da prova é reconstituir as ações

investigadas no processo, buscando maior comparativo com a verdade dos fatos, e como o ato ilícito ocorreu no tempo e no espaço, sendo considerada, dessa forma, uma das mais difíceis missões (OLIVEIRA, 2013, p. 325).

Segundo Lima (2009, p. 371),

No processo dificilmente, ou nunca, se atingirá certeza absoluta, pois como a instrução probatória equivale à busca do fato histórico, deverá haver uma reconstrução dos fatos com dados do passado, através da prova para se buscar a verdade e conseqüentemente, a certeza, e esta forma de reconstrução não permite, em regra, uma certeza absoluta, mas meramente relativa, tendo em vista as próprias deficiências humanas. O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade, significando que deve buscar algo mais que a simples possibilidade, algo mais próximo da certeza, e isto é que é, em maior ou menor grau, a probabilidade. É o que se chama de certeza possível.

Dessa maneira, havendo a prática de conduta definida como crime, é necessária a intervenção do direito penal, de forma que o processo penal possa construir a verdade dos fatos. A prova, portanto, é o elemento produzido pelas partes e até mesmo pelo Juiz para estabelecimento dos fatos acerca do crime cometido pelo agente (OLIVEIRA, 2013, p. 326).

Nesse contexto, Capez (2010, p. 260) descreve prova como:

[...] o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. Por outro lado, no que toca a finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa.

Seguindo o mesmo raciocínio, Pacelli (2010, p. 341),

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

[...]

As provas, no processo penal, desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto a verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada.

E tratando-se da construção do que deverá ser a expressão de verdade judicial, parece-nos perfeitamente possível a exigência de meios de prova específicos para a constatação de determinados fatos. Fala-se-ia, então, na regra da especificidade da prova, cuja consequência, entretanto, não seria a existência de uma hierarquia de provas (PACELLI, 2010, p. 354)

Dessa forma, a Carta Magna elenca alguns princípios acerca dos direitos de prova, que objetivam basear os demais diplomas legais do nosso ordenamento jurídico. Conforme ensinamentos de Tourinho (2013, p. 58),

O processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual. Sendo o processo penal, como já se disse, uma expressão de cultura, de civilização, e que reflete determinado momento político, evidente que os seus princípios oscilam à medida que os regimes políticos se alteram.

Mirabete (2007, p. 250) classifica as provas como:

Quanto ao objeto, a prova pode ser direta, quando por si demonstra o fato, quando dá a certeza deles por testemunhas, documentos etc., ou indireta, quando comprovado outro fato, se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o primeiro, como na hipótese de um álibi, em que a presença comprovada do acusado em lugar diverso do crime permite concluir que não praticou o fato ilícito.

Em razão de seu efeito ou valor, a prova pode ser plena, completa, convincente ou não plena, uma probabilidade de procedência da alegação.

As provas também podem ser reais ou pessoais. São reais as provas que consistem em uma coisa ou bem exterior e distintas do indivíduo. São pessoais as que exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a alguém: o interrogatório, os depoimentos, as conclusões dos peritos, etc.

No tocante a sua forma ou aparência, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais.

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À PROVA

1.1.1 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa é previsto no art. 5º, inciso LV da CF/88 e dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela iminentes”. Conforme Badaró (2016), o acusado possui o direito à autodefesa, bem como a defesa técnica, e à produção de provas, bem como a possibilidade de defesa proporcionada pelo Estado. Seguindo o mesmo raciocínio, Pacelli (2014, p. 47), explica que “pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.

1.1.2 Princípio do Contraditório

Esse princípio garante a possibilidade de resposta ao acusado, bem como a utilização de meios de defesa previstos constitucionalmente. Segundo Tourinho (2013, p. 73):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audinatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão “superpartes”, para, afinal, depois ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, “dar a cada um o que é seu”.

De acordo com Capez (2014, p. 60-61), esse princípio resta classificado na doutrina pelo binômio ciência e participação, dessa forma, em tratando-se da admissão das provas de origem psicografada, esse princípio não é ofendido, haja vista a possibilidade de contradição da prova aos autos, bem como a possibilidade de impugnação da prova pela outra parte.

1.1.3 Princípio do Livre Conhecimento Motivado

Esse princípio defende que a convicção do juiz deve ser feita pela apreciação das provas produzidas, de forma que ele possa apreciar e valorar a prova, devendo, necessariamente, motivar sua decisão.

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que a consonância com outras provas (PACELLI, 2014, p. 340)

No que se refere ao instituto do Tribunal do Júri, são os jurados quem decidem a causa, de forma livre, sendo desnecessária a apresentação de razões (NUCCI, 2016, p. 62).

1.1.4 Princípio do Favor Innocentiae

Este princípio, também conhecido por Princípio Favor do Rei, ou princípio *indubio pro reu*, é decorrente do princípio de presunção da inocência, defendido na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII, que defende que, havendo dúvidas acerca da culpa, o acusado deverá ser considerado inocente. Dessa forma, havendo discrepância na interpretação normativa, deve prevalecer a norma que seja mais benéfica ao acusado (POLASTRI, 2014).

1.1.5 Princípio da vedação à obtenção de provas ilícitas

O Código Penal brasileiro, em seu art. 157, dispõe que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais legais” (BRASIL, 1941). No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo do art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Conforme Nucci (2016), as provas ilícitas são as provas produzidas em desconformidade aos preceitos do direito material, ou seja, aquelas obtidas em desacordo à legislação, capazes de violação de direitos morais, éticos e aos princípios do direito.

1.1.6 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real advém do princípio da liberdade de provas, e tem sua base na não aceitação de limitações acerca das buscas dos meios probatórios, ou seja,

buscando-se o cumprimento da verdade, o juiz pode produzir provas quando, de sua análise, perceber que as provas produzidas pelas partes restarem insuficientes para a formação de sua convicção acerca da veracidade dos fatos. Nesse sentido, Mougenot (2014, p. 92), explana que:

O dever de produção das provas não é apenas das partes, portanto. Havendo interesses maiores em discussão, as provas são produzidas em favor da sociedade. Para tanto, além das próprias partes, também o órgão julgador deverá diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados em juízo. Nesse sentido, o juiz, por expressa previsão legal, poderá determinar a produção das provas que repute relevantes.

No mesmo sentido, Nucci (2016, p. 157) explica que “O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”. Assim, caso haja inércia das partes, o juiz determinará a produção de provas para instruir a ação, objetivando chegar à verdade real.

De acordo com Pelegrini (2006, p. 33),

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e de uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material e aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com a justiça.

1.2 DIREITO A PROVA

Os meios de prova são mecanismos para que a verdade do processo seja alcançada, devendo possibilitar a elucidação dos fatos. De acordo com Mirabete (2007, p. 252),

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos etc. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real,

não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação a prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime.

O Código de Processo Penal não traz de forma taxativa todos os meios de prova, mas sim, um rol exemplificativo. Ou seja, o diploma legal não limita as provas apenas nos meios previstos expressamente em lei. De acordo com Feitoza (2010, p. 755), os meios de prova elencados explicitamente no Código de Processo Penal são:

[...] podemos classificar as provas em:

- a) Provas nominadas ou meios legais de prova: as que são especificadas em lei, por exemplo, art. 158 a 250 do CPP;
- b) Provas inominadas: as que não são especificadas em lei.

O CPP estabelece como meios legais de prova os seguintes:

- a) Exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184);
- b) Interrogatório do acusado (arts. 185 a 196);
- c) Confissão (arts. 197 a 200);
- d) Perguntas ao ofendido (art. 201);
- e) Testemunhas (arts. 202 a 225);
- f) Reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226 a 228);
- g) Arrecadação (arts. 229 a 230);
- h) Documentos (arts. 232 a 238);
- i) Índícios (art. 239);

j) Busca e apreensão (arts. 240 a 250).

No estudo em tela, a prova documental se destoa das outras, logo que a mesma possui ligação íntima com o tema proposto, ou seja, a admissibilidade ou não da carta psicografada no processo penal e sua aceitação como prova perante o instituto do tribunal do júri como prova, logo que, o Código de Processo Penal, em seu art. 232, dispõe que “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, inserindo, portanto, a carta psicografada no conceito de “documento”. Nesse sentido, Nucci (2010, p. 497), define documento como sendo:

[...] toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros.

Capez (2010) assevera que “o objetivo principal da produção de provas está na busca da verdade real, para que o convencimento do juiz coincida com a realidade expressa na certeza de uma decisão justa”.

2. PSICOGRAFIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO DE PSICOGRAFIA

Allan Kardec (2013, p. 411), explica a origem da psicografia “do grego *psiké*, borboleta, alma, e *graphô*, escrevo – aquele que faz psicografia; médium escrevente”.

Mello (2012, p. 97) assevera:

O termo psicografia é originário do grego *psyché*, que significa mente ou alma; assim, a psicografia é a escrita, a transcrição que se encerra na mente e insere-se como fenômeno natural, conhecido por mediunidade, e, desde o princípio dos tempos, faz parte da história da humanidade, não sendo privilégio nem tampouco invenção de uma crença ou religião.

Garcia (2010, p. 55), define psicografia como:

- Comunicação escrita entre encarnados e desencarnados;
- Uma das várias formas de mediunidade, em que o espírito escreve através de médium;

- A escrita dos espíritos pela mão do médium;
- Comunicação escrita de médiuns com o Além;
- Uma forma de comunicação entre vivos e mortos;
- Transmissão de mensagens escritas, ditadas por espíritos aos seres humanos;
- [...]

Kardecc (1996, p. 36) assevera que a psicografia é:

A transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita pela mão do médium. No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou espírito nele encarnado é intermediário ou interprete do espírito estranho que se comunica.

2.2 PSICOGRAFIA COMO DOCUMENTO

Como já mencionado, o Código de Processo Penal, em seu art. 232, dispõe que “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, nessa senda, a carta psicografada pode ser classificada como documento.

Segundo Mirabete (2005, p. 277),

Os documentos chamados públicos, aqueles expedidos na forma prescrita em lei, por funcionários públicos no exercício de suas atribuições, gozam de proteção “*juris tantum*” de autenticidade, sendo impossível imputar-lhes valor diverso do que contém. Já os documentos chamados particulares, assinados ou mesmo feitos por particulares, sem a presença oficializante dos funcionários públicos, no exercício de suas funções, só são considerados autênticos quando reconhecidos por oficial público, quando aceitos ou reconhecidos por quem possa prejudicar e quando provocados por exame pericial.

Ante o exposto, pode-se extrair que o documento particular pode ser legitimado através de exame pericial. Assim, reconhecendo a possibilidade de produção de provas, cumpre saber o momento de sua produção perante o Tribunal do Júri, logo que, o art. 403 do Código de Processo Penal é taxativo quanto ao momento de juntada do documento no processo e dispõe, no art. 479, *in verbis*.

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

Em se tratando da psicografia, Kardec (2000, p. 233), destaca que:

Um fenômeno muito comum nos médiuns escreventes é a mudança da caligrafia, segundo os espíritos que se comunicam. E o que há de mais notável é que a mesma caligrafia se reproduz constantemente com o mesmo Espírito, e às vezes é idêntica com a que tinha em vida; veremos, mais tarde, as consequências que disso se podem tirar, quanto à identidade. A mudança de caligrafia não ocorre senão com os médiuns mecânicos e semi-mecânicos, porque neles o movimento da mão é involuntário e dirigido pelo Espírito; não ocorre o mesmo com os médiuns puramente intuitivos, tendo em vista que, nesse caso, o Espírito atua unicamente sobre o pensamento, e a mão é dirigida pela vontade, como nas circunstâncias comuns; mas a uniformidade da caligrafia, mesmo nos médiuns mecânicos, não prova absolutamente nada a faculdade, não sendo a mudança uma condição absoluta na manifestação dos Espíritos; ela se prende a uma aptidão especial da qual os médiuns, os mais mecânicos, não estão sempre dotados. Nós designamos os que têm essa aptidão sob o nome de médiuns polígrafos.

Assim, resta claro que, há uma mudança na caligrafia do médium receptor da mensagem para a grafia do espírito comunicante, e mesmo que haja a mudança, não exclui a legitimidade do documento, havendo a necessidade da realização do exame grafotécnico.

2.3 EXAME GRAFOTÉCNICO

De acordo com Melo (2012, p. 81), o exame grafotécnico “consiste no ato de observar, com profundidade e técnica, a constituição e o desenvolvimento do escrito, estudando a manifestação gráfica a partir de suas causas geradoras, que são chamadas gênese gráficas”.

A carta psicografada é classificada como documento e é necessária que seja submetida ao exame grafotécnico, pois há a necessidade de integração de meios técnicos e científicos, visando a comprovação e autenticação, ou comprovação de falsificação das perícias de caligrafia.

Nesse sentido, Melo (2012, p. 92) explica que:

Conforme disposto no art. 478 do NPCP, quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, o perito será escolhido, preferencialmente, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais, como o Instituto de Criminalística. O mesmo artigo dispõe que, em caso de exame para a verificação de autenticidade de letra e firma, o perito poderá requisitar documentos em repartições públicas com a finalidade de obter a peça corporativa.

Estulano (2006, p.24) assevera que

No exame pericial devem ser confrontadas as grafias da mensagem psicografada e a grafia da pessoa quando viva. Aqui não se trata de "adivinhação", e sim de exame respaldado cientificamente, porquanto são comparados vários hábitos gráficos (pontos característicos) tais como, pressão, direção, velocidade, ataques, remates, ligações, linhas de impulso, cortes do t, pingo do i, calibre, gênese, letras (passantes, não passantes e dupla passantes), alinhamento gráfico, espaçamento gráfico, valores angulares e curvilíneos.

Já o art. 174 do Código de Processo Penal, estabelece regras para o exame de escritos:

I- a pessoa quem se atribui ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II- para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III- a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos

públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV- quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa está intimada a escrever.

2.4 CASOS DE PSICOGRAFIA COMO PROVA PROCESSUAL NO TRIBUNAL DO JÚRI

De acordo com Pittelli (2014, p. 66-91), no Brasil, a utilização de cartas psicografadas no Tribunal do Júri como prova remete-se a década de 1940:

“O primeiro caso de que se tem notícia no Brasil, ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1944, no âmbito Cível. As partes envolvidas na Ação Declaratória eram: a viúva e os três filhos do escritor, Humberto de Campos, contra a Federação Espírita Brasileira e o médium, Chico Xavier. Requerendo, como titulares dos direitos autorais das obras do escritor, explicações, uma vez que tais livros encontravam-se expostos nas prateleiras das livrarias, sem que estes tivessem autorizado ou recebido qualquer valor por eles (TIMPONI, 1945). Neste caso o juiz concluiu que não havia interesse legítimo, julgando a suplicante carecedora da ação proposta. Desta sentença houve recurso, porém esta foi confirmada pelo Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, em 03 de novembro de 1944.

No âmbito Penal, quatro são os casos, já julgados, que geraram grande repercussão social e mundial, em que a Justiça aceitou as cartas psicografadas, como meio de prova. São casos de julgamentos históricos, em que cartas “sobrenaturais” foram utilizadas a fim de absolver réus de crime de homicídio (Linha Direta Justiça, 2006). Antes, porém, cabe esclarecer que estas cartas foram psicografadas por “Chico Xavier”, médium respeitado mundialmente e precursor da Religião Espírita no Brasil. Destes, dois ocorreram no Estado de Goiás, em 1976, e ambos foram submetidos em momentos diversos, ao Juiz de Direito, Doutor Orimar de Bastos.

No primeiro processo o réu, João B. França, foi absolvido, a decisão se deu pela impronúncia por falta de dolo, bem como quaisquer elementos da culpa, por entender que se tratava de uma fatalidade, um acidente. O réu nem chegou a julgamento popular.

No segundo caso, o réu, José Divino Nunes, foi absolvido pelo Tribunal do Júri, por seis votos a um. Houve recurso de apelação por parte da promotoria. O Tribunal negou provimento à apelação e confirmou por unanimidade a decisão do júri popular, absolvendo o réu.

O terceiro caso se deu em 1980, no estado do Mato Grosso do Sul, o réu, João Francisco M. De Deus foi condenado inicialmente, por homicídio doloso e os autos foram remetidos ao Tribunal do Júri, em março de 1982. O réu então foi absolvido por unanimidade. Houve recurso de apelação. Submetido a novo Júri, foi condenado a um ano e meio de detenção, por homicídio culposo, porém o crime já estava prescrito.

O quarto caso se deu no estado do Paraná, em 1982, o réu, Aparecido Andrade Branco, foi considerado culpado pelo Tribunal do Júri, por cinco votos a dois e condenado a oito anos e vinte dias de reclusão. (Linha Direta Justiça 2006). Em maio de 2006, a imprensa divulgou um novo caso, ainda em trâmite, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Folha On Line, 2006). O crime se deu em 2003, a ré, Iara M. Barcelos foi inocentada, por cinco votos a dois, da acusação de mandante do crime de homicídio. Foram utilizadas pela defesa duas cartas psicografadas pelo médium Jorge J. Santa Maria, ou seja, sem o respaldo da figura de Chico Xavier. Houve recurso de apelação. A decisão do Tribunal se deu por maioria, dando provimento ao apelo do Ministério Público para declarar a nulidade do julgamento, pela ocorrência de nulidade absoluta, com fundamento no art. 564, inc. II, do CPP. Consistente no fato de que um dos integrantes do Conselho de Sentença mantém estreita relação profissional com um dos defensores que atuaram em plenário. O caso está em trâmite.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou que a carta psicografada utilizada como prova no processo penal não viola garantias constitucionais inerentes à pessoa humana, e menos ainda é caracterizada como prova ilegal, logo que, ao ser inserida no processo, o magistrado possui liberdade para sua apreciação e formação de convicção, sendo que, ao ser inserida como prova documental, a mesma passa pelos mesmos trâmites impostos na legislação brasileira.

Destarte, resta evidente que haja certa insegurança no que tange à oposição a este tipo de prova psicografada, pois a mesma vai de encontro com os pretextos que ofendem a laicidade do Estado, logo que a carta psicografada não se refere a material religioso, mas sim, científico.

Tratando-se do exame grafotécnico, resta demonstrado que a metodologia utilizada para a legitimação documental é empregada na mesma forma, tanto à carta psicografada quando a quaisquer tipos de documentos inseridos no processo legal como provas, podendo ser contestado, restando evidente a defesa do princípio do contraditório e ampla defesa.

Assim, evidencia-se que a prova é extremamente imprescindível para a resolução da lide, entretanto, há a necessidade de pacificação do tema, levando em conta que ele está interligado à religião, à ciência e ao Direito.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

CAGLIARI, José Francisco. **Revista Justitia**, Ministério Público de São Paulo. v. 63, n. 195, p. 78–100, jul./set., 2001.

ESTULANO, Ismar Garcia. **Psicografia como prova judicial**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, Ano X, n 229, p. 24-25, julho.2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de processo penal**. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal Teoria Prática e Práxis**. 7. ed. Rev. Rio de Janeiro-Niteroi: Impetus, 2010.

GARCIA, Ismar Estulano. **Psicografia como prova jurídica**. Goiânia: AB. 2010

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano III, n 169, p.33-36, out.2006.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**

KARDEC, Allan. **Livro de introdução ao estudo da doutrina espírita**, v.2. São Paulo: Lúmen, 1996

_____. **O livro dos médiuns**. Trad. Salvador Gentile. 51 ed. São Paulo: Instituto de Difusão Espírita, 2000

_____. **O livro dos espíritos: filosofia espiritualista**. Tradução de Guillon Ribeiro. – 93. Ed. 1. (Edição histórica) – Brasília; Federação Espírita Brasileira - FEB, 2013.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELO, Michele Ribeiro de. (Dissertação) **A Psicografia como Prova Judicial**. Fundação de Ensino "Eurípedes Soares da Rocha", São Paulo, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Processo Penal**. 18 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 6. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tribunal do Júri**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev e ampl. atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

PITTELLI, Mirna Policarpo. **A psicografia como meio de prova judicial**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior: Vianna Sapiens. vol 1. n. 1. p. 66 a 91.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo Penal**, volume 1. – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de processo penal**. – 8. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014

DISCRIMINAÇÃO RACIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: DA PELE AO CABELO - ANÁLISE DE CASOS

FABIANA SILVA DOS SANTOS:

Graduação em Fisioterapia - Universidade Federal do Rio de Janeiro - 2005. Mestre em Engenharia Biomédica COPPE/UFRJ 2010. Graduação em Direito - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro -2017. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho -2021 - Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo. Servidora Pública

RESUMO: A discriminação racial em face da pessoa negra a distingue negativamente provocando sua exclusão e desigualdade de acesso aos direitos fundamentais, incluindo o direito ao ambiente laboral sadio — livre de ofensas e humilhações em relação a sua cor de pele e ao seu cabelo. O objetivo deste estudo foi analisar as sentenças proferidas no estado do Rio de Janeiro que apresentavam, como uma das causas de pedir, a discriminação racial em razão do cabelo. Especificamente foram analisados: os termos e palavras utilizados para a ofensa em razão do cabelo; a relação entre o empregado e o ofensor; desincumbência do ônus de prova; os meios de prova utilizados e a procedência do pedido. Para cumprir tal desiderato, foi realizada uma busca no sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região por sentenças proferidas no período de 01/01/2021 a 31/12/2021 que continham as palavras: "discriminação racial" e "cabelo". A busca retornou com três sentenças. Os termos utilizados foram: "horroroso", "feio", "cabelo deveria ser cortado". Em dois casos, as ofensas foram proferidas por superior hierárquico. Apenas em um caso, o pedido de dano moral foi julgado procedente. Conclui-se que número reduzido de sentenças analisadas não indica a ausência de discriminação racial. Pode ter sido uma seleção errônea do filtro ou revelar a existência de demandas ocultas, nas quais a vítima sofre em secreto e não dispõe de meios de provas. Dados de pesquisas recentes mostram que o cabelo da pessoa negra é um fator de discriminação na seara laboral.

Palavras -chave: discriminação racial; cabelo; relações de trabalho.

1.INTRODUÇÃO

Passados 134 anos da abolição da escravidão ainda se vivencia seus efeitos e conceitos nefastos: da coisificação do ser humano, da inferiorização da raça negra, da

violação da dignidade humana em razão da cor da pele, do cabelo afro, da religião de matriz africana. Enfim, de todos os fatores que remetem à pessoa negra.

Opta-se por utilizar pessoa negra⁴⁶ e não pessoa da raça negra porque conforme asseverado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424-2/RS, cientificamente, raça só existe uma: a raça humana⁴⁷. O relator Ministro Moreira Moraes asseverou: *“Não já diferenças biológicas entre os seres humanos”*. As diferenças são expressões de processos políticas, sociais e expressões culturais.

É exatamente esse conceito de unidade e igualdade dos seres humanos, destacado nos diversos diplomas internacionais (art. 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948, art. 1º Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, caput,) que fundamenta e veda qualquer tipo de discriminação. De tal modo que há vasto amparo normativo tanto no âmbito internacional quanto no nacional vedando, de forma expressa, qualquer tipo de discriminação.

Quanto à discriminação, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) estipula no art. 1º que os Estados Partes se comprometem a garantir os direitos e liberdades enunciados no Pacto, *“sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexos, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”*.

De igual modo, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) objetiva *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (art. 3º, IV), a fim de *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* (art. 3º, I). Prossegue asseverando no art. 5º, XLI que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”* e ainda que: *“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”* (art. 5º, XLII).

Especificamente, quanto à discriminação racial, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância — recentemente

⁴⁶ Pessoa negra: refere-se à pessoa de cor preta ou parda.

⁴⁷ Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista

promulgada pelo Decreto presidencial nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022 com status de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º, CF/88) — conceitua:

Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados partes.

A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

Especialmente, na seara laboral, a discriminação é definida pela Convenção 111 da OIT como:

toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão ou, ainda, qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito de anular ou reduzir a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Com o mesmo desiderato, a Constituição Federal de 1988 em seu inciso XXX, art. 7º prevê a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Tal vedação de discriminação também encontra amparo na legislação infraconstitucional. A Lei n. 7.716/89 cuida especificamente dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo certo que quanto ao nosso tema interessam os artigos 3º e 4º:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer vaga da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa Privada.

De igual modo, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 proíbe que seja vedado o acesso à relação de trabalho ou sua manutenção por motivo de raça ou cor e, nesses casos, além da reparação por dano moral, faculta ao empregado optar entre a reintegração com

pagamento das verbas do período do afastamento ou a percepção em dobro da remuneração do período do afastamento.

Destaca-se ainda que o Código Penal em seu artigo art. 140, §3º tipifica a prática de injúria racial - tipo recentemente determinado com imprescritível pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 154.248 /DF.

Contudo, infelizmente, em que pese todo esse aparato normativo e principiológico que veda a tratamento desigual entre os seres humanos, as pessoas negras ainda são vítimas de discriminação na seara laboral. Isso porque destarte o entendimento já citado alhures sobre a existência de somente uma raça, o preconceito racial, conforme asseverado por Saliba (2017, p.215): *“advém da crença de que algumas raças humanas são distintas e superiores às outras.”*

Silva, Ferrito e Leal (2019.p 6) esclarecem que: *“conceito de “raça” foi criado inicialmente por racialistas para a compreensão das distinções físicas entres os grupos humanos atrelando-os a aspectos morais, conforme a cultura”*. Ocorre que no século XIX, o termo “raça” ganhou aspecto social e político e, então foi utilizado para hierarquização dos povos e, assim, povos superiores poderiam explorar povos inferiores. (SANTOS,2002, p. 50-51 apud Silva, Ferrito e Leal (2019.p 6).

Contemporaneamente, tal hierarquização ocorre, por exemplo, na ocupação de pessoas negras em casos subalternos assim como na preterição de um candidato negro que não é admitido porque as características físicas não agradam ao empregador e aos seus clientes.

Outrossim, a hierarquização pode se manifestar por meio de uma discriminação direta, seja por meio de insultos ou ofensas realizadas por colegas e superiores hierárquicos. Tais agressões atingem a aparência e as características da pessoa negra, em especial, o cabelo.

O cabelo da pessoa negra, por suas características de textura e volume, é frequentemente classificado como não profissional ou como não apresentável, sendo considerado, muitas vezes como incompatível com o ambiente de trabalho. O *Crown Research Study* — estudo realizado em 2019 com 2000 mulheres (1000 negras e 1000 brancas) com idade entre 25 e 64 anos— verificou que 80% das mulheres negras precisaram modificar o estado natural do cabelo para se adequar local de trabalho (JOY COLLECTIVE, 2019).

Dado ser um fator relevante de discriminação racial, o cabelo da pessoa negra ganhou proteção legal. O governo da Califórnia aprovou, em 3 de julho de 2019, a lei que combate a discriminação racial contra o cabelo natural, se tornando o primeiro estado

americano a definir parâmetros legais para proteger seus cidadãos contramanifestações motivadas pelo estilo, textura e penteados vistos como característicos da comunidade negra.

A lei — C.R.O.W.N (Create a Respectful and Open Workplace for Natural Hair) ACT (SB 188 Act) — prevê punições para negócios e escolas californianas que banirem penteados como o afro, o dreadlock, tranças, e o cacheado. E desde de 2019, diversos outros Estados americanos como Nova York, Washington, Virgínia, Maryland e Nova Jersey já aderiram à lei que pode, inclusive, ter aplicação nacional. Isso porque em 18 de março de 2022, a Câmara de deputados dos EUA aprovou o CROWN Act com uma votação de 235-189. O projeto seguiu para votação no Senado (DIAZ,2022).

No Brasil, não se tem ainda uma legislação que proteja especificamente o cabelo natural, mas sabemos que a prática discriminatória, em razão do cabelo, é frequente. Por tal razão, este estudo teve como escopo analisar as sentenças proferidas no estado do Rio de Janeiro que tenham com uma das causas de pedir a discriminação racial em razão do cabelo. Especificamente, foram verificados: os termos e palavras utilizados para ofender o empregado em razão do cabelo; a relação entre o empregado e o ofensor; se houve desincumbência do ônus de prova e os meios de prova utilizados pelo reclamante e a procedência do pedido.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa foi realizada por meio do sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região (<https://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-sentencas>) nos dias 10 e 19 de março de 2022.

Primeiro, na seção "*Jurisprudência*" selecionou-se a aba "*Consulta Sentenças*". Segundo, na aba "*Qualquer campo*", selecionou-se "*contém*", e, então, digitou-se as palavras: "discriminação racial", "cabelo". Em seguida, delimitou-se o período de busca: 01/01/2021 a 31/12/20121.

Os campos: "tipo de processo"; "número do processo"; "desembargador/juiz do trabalho" e "órgão julgador" não foram preenchidos.

3. RESULTADOS

A busca para o período determinado retornou com três sentenças, as quais denominar-se-á: sentença 1 (36º Vara do Trabalho do Rio de Janeiro); sentença 2 (50º Vara do Trabalho do Rio de Janeiro) e sentença 3 (18º Vara do Trabalho do Rio de Janeiro).

Inicialmente, verificou-se se todas as sentenças apresentavam os critérios para inclusão os quais eram: pedido de dano moral por discriminação racial e a presença de ofensas peculiares ao cabelo da/do reclamante.

Em seguida, a partir da leitura delas, verificou-se que todas as três sentenças continham os critérios selecionados e, então, todas foram incluídas para a análise quanto aos elementos:

- a) agente ofensor (superior hierárquico ou colaborador);
- b) termos utilizados para a ofensa;
- c) desincumbência do ônus da prova (sim ou não);
- d) meios prova utilizados;
- e) procedência do pedido (sim ou não).

Na sentença 1, a reclamante pugnou por indenização por dano moral em razão de injúria racial por um outro colaborador, que exercia a função de vendedor na mesma loja que a reclamante. Frisa-se que, inicialmente, a reclamante o apontou como subgerente e, portanto, superior hierárquico, fato que foi desconstituído durante a instrução.

No depoimento pessoal, a reclamante ressaltou que os elementos pertinentes à injúria racial remetiam ao seu cabelo, conforme extraído da sentença:

Aduz que, diariamente, o referido subgerente falava em alto e bom tom dentro da loja que a reclamante tinha um **“cabelo horroroso” e que “iria cortar o cabelo” o seu cabelo.**

Alega que diante dessas atitudes do subgerente, encolhia-se, humilhada, pois o agressor era seu superior hierárquico e a reclamante tinha receio de ser demitida.

Que, enquanto estava em treinamento, ouviu o Sr. [...], pelas suas costas, dizer que estava **incomodado com o cabelo da depoente**; que o cabelo da reclamante era muito crespo e que ele iria cortar o cabelo da autora. (grifos nossos)

Tais comentários em relação ao cabelo da reclamante foram corroborados pelas outras testemunhas:

A testemunha [...] disse ter presenciado, “com certa frequência, o Sr. ... fazer os seguintes comentários sobre o cabelo do reclamante: **que**

o cabelo era muito seco, tinha muito volume, além de comentários sobre a textura do cabelo”.

A testemunha [...], por sua vez, declarou ter presenciado “o Sr.[...]fazer os seguintes comentários sobre o cabelo da autora: **quanto ao volume e as características do cabelo;** que isso era frequente”.

Contudo, o pedido da **reclamante foi julgado improcedente**. Isso porque destarte a confirmação das testemunhas, visto que o ofensor cortava o cabelo e realizava procedimentos estéticos em outros funcionários, a Douta Magistrada entendeu que referida reclamante não se desincumbiu do ônus de prova e, assim fundamentou:

Ou seja, todas as testemunhas confirmaram o fato de que o Sr. [...] além da função de vendedor na reclamada, efetuava cortes de cabelos, inclusive de funcionários da empresa, de um modo informal, como uma atribuição extra sua, e com anuência da empregadora.

[...]

Vê-se, portanto, que o corte realizado pelo referido vendedor no cabelo da reclamante decorreu da sua atribuição extra, o mesmo tendo ocorrido com outros funcionários.

[...]

É certo que as testemunhas trazidas pela parte autora presenciaram o Sr.[...] falar que o cabelo da reclamante era horroroso, além de tecer comentários sobre o volume, a textura e outras características do mesmo cabelo.

No entanto, em que pese a inadequação de tais comentários no ambiente de trabalho (estranho a uma loja de barbeiro ou cabeleireiro), **fato é que não há prova de que as opiniões do Sr. [...], referentes à textura do cabelo da reclamante (seco, horroroso ou volumoso), fossem referentes à raça ou cor da parte autora**, podendo ser relacionadas qualquer tipo de cabelo, presente em qualquer tipo de pessoa, independentemente da etnia ou origem racial.

Com efeito, nenhuma das testemunhas forneceu informações de que os comentários tinham cunho racista. (grifos nossos)

Na sentença 2, a improcedência da ação se deu pela ausência de provas aptas a confirmar o depoimento pessoal da reclamante, assim está na sentença:

Aduz que foi indagada pelo mencionado representante, que lhe perguntou "... **quanto queria para cortar o seu cabelo**, tirando a carteira do bolso e perguntando o valor.", bem como que teria ouvido em uma reunião que o mencionado representante não gostava de negros, entre outros argumentos, expostos na petição inicial.

Contudo, tal fato não foi corroborado por outros elementos nos autos. Conforme exposto pelo Magistrado:

A Autora não trouxe testemunhas. O fato é grave e depende de prova, que não foi produzida.

Os diálogos de whatsapp não comprovam qualquer crítica racial ou demérito racial contra a reclamante.

Não há sequer indícios de que o sócio tenha ofendido, humilhado ou constrangido a Reclamante.

Caberia à reclamante comprovar atos ilícitos e racistas ou que tivessem violado sua dignidade e tivessem causado constrangimentos, humilhações, submissão a situações vexatórias ou degradantes.

Na sentença 3, a reclamante pugnou pela indenização de danos morais em razão de assédio moral discriminatório praticado pela gerente da parte ré. Comprovou por meio de prova testemunhal as ofensas de cunho racial. Transcreve-se abaixo o depoimento de uma testemunha:

[...] que a depoente ingressou praticamente junto com a reclamante e o tratamento que recebiam era muito bom, até a entrada na loja da gerente.[..], em junho/julho de 2018; que a gerente [...] tratava a reclamante de forma muito diferente, sendo dura com todas as vendedoras, mas ofendia a reclamante, a chamava de inútil, dizendo que **o cabelo da reclamante era feio e não condizia com o padrão da loja e que deveria prender o cabelo**; que com as outras vendedoras a gerente apenas brigava, mas com a reclamante, **ela humilhava; que isso acontecia diariamente com a reclamante, tanto nas** vezes em que ela estava no interior da loja, no provador e até no estoque; que a depoente acha que a [...]perseguiu a

reclamante para que ela pedisse para sair; que isto acontecia apenas com a reclamante pois a depoente nunca viu a gerente [...]falar daquele jeito com outra vendedora; que a reclamante se afastou do trabalho por quase um mês, não sabendo dizer o ano em que isso aconteceu; que nunca ficou sabendo o motivo correto do afastamento, pois a gerente não falava e ficava aquele “disse-me-disse” na loja; que falavam **que a reclamante estava com problemas psicológicos, pois vivia chorando na loja e que não aguentava mais;** que acredita que tenha sido em 2018, não lembrando o mês; **que a reclamante era a única vendedora negra na loja.**(grifos nossos)

Dadas as provas testemunhais carreadas aso autos, o Douto Magistrado julgou procedente a ação e, assim, asseverou:

Restou, portanto, demonstrada a conduta abusiva do empregador, exercida através de sua preposta, que atentou contra a dignidade da trabalhadora, sem que aquele tomasse atitudes para coibir tal tratamento degradante. **O assédio moral narrado nos autos certamente atentou inúmeros direitos de ordem imaterial da autora e positivados em nosso ordenamento jurídico, tais como dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e o direito à saúde, todos especificados da Constituição Federal.**

Não fosse só isso, foi comprovado que as ações do empregador eram direcionadas à autora, não havendo falar que o tratamento ríspido era direcionado a todos os empregados de forma indistinta.

Frisa-se que no presente caso restou também comprovada a perseguição que a autora sofria em razão de seu cabelo.

Por fim, a TABELA 1 apresenta os resultados.

Tabela 1 – Resultados

Sentença	Processo	Órgão	Pedido	Ofensor	Meio de prova	Termos	Procedência
1	0100124-93.2021.5.01.0036	36ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro	Danos morais por injúria racial	Colega	Testemunhal	Horroroso Feio	Não
2	0100162-63.2021.5.01.0050	50ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro	Danos morais por racismo	Superior	Testemunhal	Ordem para cortar	Não
3	0100162-63.2021.5.01.0050	18ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro	Danos morais por assédio moral discriminatório	Superior	Whatsapp	Feio Fora do padrão	Sim

4. DISCUSSÃO

4.1 Ônus da prova na discriminação racial

É sabido que nas ações cuja causa de pedir são fatos que imputam ao réu a prática de conduta discriminatória, é ônus do reclamante fazer prova de suas alegações (art. 373, CPC/15), encargo nem sempre fácil de cumprir. Isso porque mesmo com a inexistência de um rol taxativo de meios de prova e a consequente a possibilidade de usar qualquer meio idôneo e moralmente legítimo, a discriminação pode ocorrer de forma privada: o ofensor dirige-se diretamente à vítima em um ambiente restrito, inaudível pelos demais colegas e empregados do mesmo estabelecimento.

Exatamente o que aconteceu na sentença 2. Nesta, a reclamante aduziu ter sido discriminada em privado, mas não logrou êxito em provar o fato constitutivo do seu direito e este conforme asseverado por Calcini (2018, p.257) é: "*aquele que dá vida a uma vontade concreta*". Então, pode-se questionar: esse dever será sempre do reclamante e, assim, a vítima que foi ofendida e humilhada em secreto caso não junte aos autos provas não será reparada?

A resposta seria sempre "sim", se considerarmos a teoria estática de distribuição do ônus da prova. No entanto, é possível, caso cabível, a inversão do ônus da prova pelo magistrado — a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Esta pode ser aplicada tanto para os casos previstos em lei quanto diante de peculiaridades da causa — relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato

Calcini (2018, p.260) identifica três correntes no campo doutrinário para a aplicação da referida teoria:

- (i) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo;
- (ii) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC, dada verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência;
- (iii) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova).

À título de direito comparado, Feliciano (2017) aponta que em Portugal, há previsão (Código do Trabalho Lusitano artigo 29.º c/c o artigo 25.º, §5º), para a inversão do ônus da prova em todos aqueles casos nos quais o alegado assédio configura típica conduta discriminatória. Frisa ainda que tal entendimento é tendência legislativa em toda a Europa ocidental.

Mas se não cabível a inversão do ônus da prova? Como o autor provará a existência de prática discriminatória? Uma possibilidade é a utilização de provas estatísticas. Assim fez o Ministério Público do Trabalho ao propor uma ação civil pública fundamentando-se em uma análise estatística que demonstrou a disparidade entre o número de negros, mulheres e pessoas acima de 40 anos empregadas pelo banco e a população economicamente ativa do Distrito Federal. Conquanto a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho tenha negado provimento ao recurso do MPT em pedido de reconhecimento de discriminação indireta na contratação de bancários do Itaú Unibanco, a referida ACP mostrou como os dados estatísticos podem ser utilizados para provar a ocorrência de discriminação, inclusive a racial.⁴⁸

Não é por outra razão que a Magazine Luiza fundamentando-se em dados estatísticos, oriundos de uma pesquisa interna, verificou que apesar de 53% da equipe ser composta por pessoas pretas e pardas, só 16% de pretos e pardos ocupavam cargos de liderança e, então, dado o desequilíbrio promoveu um programa de trainee somente para jovens negros, uma típica ação afirmativa.⁴⁹

48 AIRR-95240-03.2005.5.10.0013. Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa.

49 Ações afirmativas são políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades dentre as quais as raciais, objeto desta nota técnica, presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos. Com efeito, uma ação afirmativa busca oferecer igualdade material de

Verifica-se, portanto, no que concerne à desincumbência do ônus da prova em ações discriminatórias, pode ser avaliada, em cada caso, a possibilidade de inversão do ônus da prova assim como a possibilidade de utilização de dados estatísticos.

4.2 Termos utilizados para discriminar

Ultrapassada a questão do ônus da prova, o caso apresentando na sentença 1 implica outra reflexão: o reclamante carregou aos autos provas, mas ainda é preciso: definir se os comentários ou termos utilizados apresentado conteúdo racista ou são expressões neutras? E ainda se o racismo estrutural implica na aceitação de termos ofensivos como neutros?

Quanto aos termos e comentários, os casos apresentaram: **“horroroso”, “volumoso”, “seco”**, a ponto de ser tão repugnante que nos casos 1 e 3, o objetivo era eliminar, **cortar o cabelo** a fim de se torne apresentável de acordo com a concepção do ofensor.

Frisa-se que na sentença 1, a Douta Magistrada entendeu que tais comentários eram normais, dado que o ofensor além de vendedor, era um profissional dos ramos da estética e cuidados capilares.

Ocorre que tal normalidade e aceitabilidade de comentários, que permeia a sociedade pode ser fruto do racismo estrutural, tanto que o Centro de estudo da raça e etnicidade da América ao conceituar racismo estrutural inclui em sua definição *“como a normalizada e legitimada ampla gama de políticas, práticas e atitudes que rotineiramente produzem cumulativos e crônicos resultados adversos para as pessoas não brancas, especialmente pessoas”* (CENTER FOR THE STUDY OF RACE AND ETHNICITY IN AMERICA, 2020).

Ainda com relação aos termos utilizados para definir o cabelo da pessoa negra. É notório que é normal rotular o cabelo crespo como o “cabelo ruim”! Tal termo é reflexo de valoração negativa do termo negro. Conforme pontuado por Abdias Nascimento apud Melo (2019, p.144): *“na mais proeminente autorizada tradução inglesa –português, o New Appleton Dictionary of the English and Portuguese Language “negro” apresenta as seguintes definições”*:

Black(black). I.s, preto, negro (cor, raça): manha, luto, -in bl. (- com.) com saldo credor do lado do haver, sem dívidas. II.a. preto; negro, escuro, sombrio, lúgrube, tétrico; tenebroso; sinistro; mau; perverso; hostil; calamitosos; desastroso; mortal; maligno. III.vt e vi. enegrecer;

oportunidade a todos. E, em assim sendo, é um caso clássico de exemplificação de uma discriminação positiva e, portanto, legítima. NOTA TÉCNICA GT DE RAÇA Nº 001/2018 COORDIGUALDADE-MPT

pintar de preto; engraxar (sapato, etc.) de preto; desenhar em negro; manchar; difamar [...]

Logo, não se surpreende que nas sentenças analisadas, os termos feio e horroroso tenham sido utilizados.

Tais agressões ao cabelo denotam que o cabelo é um componente marcante da pessoa negra. Outrora, conforme pontuado por Melo (2019) anúncios de oferta de emprego eram cristalinos ao advertir: "*que não aceitam pessoa de cor*". A autora pontua que mesmo após a publicação da Lei Afonso Irinos – Lei nº 1.390 de 3 de julho de 1951 – primeiro diploma normativo a proibir a discriminação racial, a discriminação persistiu, obviamente com de forma atenuada, como no termo "boa aparência".

Contemporaneamente, a exigência de boa aparência comumente não aparece, simplesmente não se admite o empregado. Simplesmente ignora-se a qualificação técnica entre os outros critérios objetivos e impessoais em razão da cor da pele e do cabelo.

Um exemplo foi o caso Simone André Diniz. Simone, uma mulher negra que não pôde se candidatar ao emprego de doméstica em razão de o principal requisito ser "preferência branca". Simone então denunciou o caso de racismo aos órgãos estatais, mas estes o arquivaram sem sequer propor uma ação penal. O caso foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, então o Brasil recebeu a primeira condenação no âmbito da OEA em razão da discriminação racial.⁵⁰

Tal condenação comprova que a discriminação racial na seara laboral é excludente, impedindo o próprio exercício de do direito fundamental ao trabalho (art. 6º, CF/88).

4.3 O ofensor

A discriminação racial no ambiente laboral segundo pontuado por Alvarenga (2017) não ocorre na forma de racismo explícito, mas por assédio moral que pode acontecer: de modo vertical ou descendente; ascendente ou horizontal. No presente estudo, nos casos 2 e 3, as ofensas foram atribuídas ao superior hierárquico, o que poderia caracterizar o assédio moral vertical, de acordo com as definições de Alvarenga (2017, p.17):

Assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou

50 Relatório nº 66/06. Caso 12.001. CIDH.

degradando o clima de trabalho. É uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva

Em se tratando de assédio moral no trabalho por motivo de racismo, o empregado passa a sofrer tortura psicológica ou perseguições no trabalho, em razão de sua cor ou raça. Nesse caso, o racismo, além de caracterizar assédio moral, mina a saúde física e mental do trabalhador e corrói a sua Autoestima.

Então, se há conduta abusiva e reiterada de um superior hierárquico que exclua, diferencie ou humilhe determinado empregado, tem-se como apresentado no caso 3, o assédio moral discriminatório.

Com efeito, tal característica de verticalidade do ofensor em relação à vítima, torna visível a situação de vulnerabilidade do empregado em face do empregador que abusa dos seus poderes ao perseguir, humilhar e proferir ofensas para o empregado em razão de sua raça, da sua pele e seu cabelo.

É patente que as ofensas violam os direitos de personalidade e, por conseguinte, causam graves danos para a saúde psíquica e autoestima do empregado, tal como apresentado no caso 3. Este infelizmente não é um caso isolado, o assédio moral, as ofensas discriminatórias podem levar a transtornos mentais sérios, tais como ansiedade, síndrome do pânico, fobia social e Depressão que devem ser reparados conforme discutido a seguir (LOPES; SANTOS, 2021).

4.4. A reparação dos danos

Nos três casos analisados houve pedido de reparação por dano moral, sendo que apenas no caso 3 o pedido foi julgado procedente. Tal reparação tem amparo tanto em âmbito constitucional (art. 5º, X, CF/88) quanto infraconstitucional (art.186, art.187, art.927, art. 932, III CC/02, art.223-A –223-G CLT) tal como pugnado nos casos que pode ser pleiteado pela na justiça laboral pela própria vítima ou também tutelado por ação civil pública e ação coletiva lato sensu, a fim de eliminar as referidas práticas abusivas do ambiente laboral (LOPES; SANTOS,2021).

Outrossim, a prática da discriminação por cor pode configurar o crime de racismo ou de injúria cuja competência e julgamento é afeta à justiça comum. Nesta senda, a Lei 9.029/95 dispõe em seu art. 3º que havendo crime resultante de preconceito de etnia, raça ou cor, ou qualquer infração oriunda desta lei é aplicada multa administrativa de 10 (dez) vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% (cinquenta por cento) em caso de reincidência e proibição de obtenção de empréstimo ou de financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Insta salientar que destarte a possibilidade de punição e reparação pela discriminação racial, o racismo é apontado como um *“crime perfeito”*. Isso porque segundo Ramos (2012 apud CONCEIÇÃO, 2021, p.17)⁵¹: “*existem vítimas e inexistem algozes, pois as vítimas são responsáveis pelas violências e negativas de direitos informados pelos preconceitos de raça perpetradas por uma entidade, a “estrutura”.*”

Existem vítimas porque segundo a pesquisa é 1.5 vezes mais provável que as mulheres negras sejam indicadas para home office e 3.4 vezes mais provável que o cabelo da mulher negra seja visto como não profissional. Existem vítimas porque na análise realizada por Silva, Ferrito e Leal (2019) sobre os mercados de trabalho no Brasil sob a ótica de interseccionalidade as mulheres negras sofrem desvantagens no mercado de trabalho, mantendo-se marginais em matéria de renda, qualidade de emprego e acesso à educação.

Em síntese: a discriminação racial nas relações de trabalho em razão do cabelo existe, causa danos e estes precisam ser reparados.

5. CONCLUSÃO

Neste estudo buscou-se analisar as sentenças proferidas no ano de 2021 que apresentavam como uma das causas de pedir a discriminação racial em razão do cabelo.

O número reduzido de sentenças proferidas em doze meses não indica que inexistente discriminação racial na seara laboral. Pode ter sido uma seleção errônea do filtro ou revelar a existência de demandas ocultas, nas quais a vítima sofre em secreto e não dispõe de meios de prova para provar o fato constitutivo do seu direito.

Com relação aos meios de provas, conforme discutido neste estudo, a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, assim como a utilização de dados estatísticos, talvez possibilitem que a discriminação existente, apareça e, assim, a vítima seja reparada.

Afirmou-se “discriminação existente” porque não há qualquer dúvida que o Brasil está longe de atingir a tão sonhada igualdade material, de igualdade de oportunidades na busca pelo emprego, na manutenção e na ascensão profissional. Ainda persiste a ausência de aceitação do outro que é ser humano tal como o ofensor, mas que apresenta suas peculiaridades e diferenças, sejam físicas ou culturais. E tal ausência da aceitação do diferentes, gera exclusão, gera discriminação.

51 RAMOS, Camila Souza; FARIA, Glauco. Nosso Racismo é um crime perfeito. Revista Forum, Santos, SP, 09 fev. 2012. Publicação na qual o antropólogo Kabengele Munanga (2012) afirmou em entrevista que no Brasil “o racismo é um crime perfeito, porque a própria vítima é que é responsável pelo seu racismo [...]”.

E tal discriminação pode ser em razão do cabelo, que conforme verificado neste estudo, foi adjetivado como “horroroso”. Tal adjetivação não surpreende, dado que inserto em uma sociedade com raízes ainda escravocratas na qual a pessoa negra é considerada subalterna e inferior aos brancos, assim como um fenótipo considerado “feio” e “horroroso”.

A grande questão é como evitar que as pessoas negras continuem sofrendo. Já temos vasta legislação proibitiva, a CF/1988 tem uma carga axiológica fundamentada na dignidade da pessoa humana e da igualdade, mas é necessário mais!

É necessário que ocorra uma mudança no padrão de beleza, é necessário que o padrão de beleza contemple todos os fenótipos que compõem uma nação miscigenada como a brasileira: do crespo ao liso: da pele preta a branca passando por todas as tonalidades e cores. Por fim, encerro com a prosa do poeta Cruz e Sousa cujo texto reflete o que sentiu ao ser discriminado, que o texto nos inspire a continuar lutando por ambiente de trabalho livre de discriminação racial. Segue:

Se caminhares para a direita baterás e esbarrarás ansioso, aflito, numa parede horrendamente incomensurável de Egoísmos e Preconceitos!

Se caminhares para a esquerda, outra parede, de Ciências e Críticas, mais alta do que a primeira, te mergulhará profundamente no espanto!

Se caminhares para a frente, ainda nova parede, feita de Despeitos e Impotências, tremenda, de granito, brancamente se elevará ao alto!

Se caminhares, enfim, para trás, ah! ainda, uma derradeira parede, fechando tudo, fechando tudo — horrível! — parede de Imbecilidade e Ignorância, te deixará num frio espasmo de terror absoluto...

E, mais pedras, mais pedras se sobreporão às pedras já acumuladas, mais pedras, mais pedras... Pedras destas odiosas, caricatas e fatigantes Civilizações e Sociedades... Mais pedras, mais pedras! E as estranhas paredes hão de subir, — longas, negras, terríficas! Hão de subir, subir, subir mudas, silenciosas, até às Estrelas, deixando-te para sempre perdidamente alucinado e emparedado dentro do teu Sonho.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. DISCRIMINAÇÃO RACIAL E ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 19, n. 19, p. 190-201, 05 mar. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivocms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf>. Acesso em: 20.mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 154.248. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur459490/false>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **CLT**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 7716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

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: 29 mar. 2022.

CALCINI, Ricardo Souza. A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. **Revista do Tribunal Superior Do Trabalho**, São Paulo, v. 84, n. 3, p. 254-274, jul. 2018.

CENTER FOR THE STUDY OF RACE AND ETHNICITY IN AMERICA. How structural racism works project. Providence, RI: Brown University, [2020?]. Disponível em: <https://www.brown.edu/academics/race-ethnicity/programs-initiatives/how-structural-racism-works-project>. Acesso em: 25 mar 2022.

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. Racismo e pandemia uma análise jurídica: dimensões de justiça e suas interseções. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 12, n. 3, p. 1741-1776, jul. 2021.

DIAZ, Jaclyn. **The House passes the CROWN Act, a bill banning discrimination on race-based hairdos.** 2022. Disponível em: <https://www.npr.org/2022/03/18/1087661765/house-votes-crown-act-discrimination-hair-style>. Acesso em: 26 mar. 2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. ASSÉDIO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: breves considerações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 127-170, abr. 2017.

JOY COLLECTIVE (USA). **Crown Research Study.** 2019. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5edc69fd622c36173f56651f/t/5edeaa2fe5ddef345e087361/1591650865168/Dove+research+brochure2020+FINAL3.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2022.

LOPES, Adriano Marcos Soriano; SANTOS, Solainy Beltrão dos. VIDAS NEGRAS TAMBÉM IMPORTAM PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO: uma análise das consequências jurídicas da discriminação por cor nas relações laborais. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 10, n. 101, p. 6-23, jul. 2021. Mensal.

MELO, Edelamare. As barreiras de acesso ao universo do trabalho para a mulher negra e afro-religiosa. De que mulher negra falamos? Qual a sua história? In: MELO, Edelamare (org.). **"Negro/a, Quilombola, Religioso/a de Matriz Africana: Preconceito, Racismo, Intolerância e Discriminação nas Relações de Trabalho, Produção e Consumo.** Belo Horizonte: Rtm, 2019. p. 129-155.

SALIBA, Graciane Rafine. A criminalização da discriminação no ambiente de trabalho: a inclusão universal para efetivação do direito ao trabalho. **RDRST**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 221-227, jul. 2017.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; FERRITO, Bárbara; LEAL, Luana Angelo. Desigualdade e discriminação: um olhar sobre o mercado de trabalho brasileiro sob a ótica da interseccionalidade. **Revista de Direito do Trabalho**, [s. l.], v. 199, p. 133-161, mar. 2019.

SOUSA, Cruz e. **O Emparedado.** Disponível em: <http://www.lettras.ufmg.br/l11->

[textos-dos-autores/694-cruz-e-sousa-o-emparedado](#). Acesso em: 25 mar. 2022.

RODRIGUES, Edson Beas (org.). **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

PERSONALISMO À FRANCESA? CESSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SEU CARÁTER *INTUITU PERSONAE*

DAIAN MENDES BORGES DA SILVA:
graduado na UERJ - Universidade do
Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O texto busca estudar a possibilidade de cessão da posição contratual em contratações públicas à luz da reflexão sobre dogma que costuma ser apontado como óbice a esse tipo de operação: o personalismo dessas avenças. Como hipótese central, sugere-se que a cessão de contratos públicos é perfeitamente consentânea com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pela não procedência do entendimento mencionado.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Cessão de Contratos Administrativos. Personalismo.

Abstract: This paper aims at the possibility of contractual assignment in public contracts under the investigation regarding one plea pointed as objection to this kind of operation: they would be personal contracts. As a central hypothesis, it is suggested that contractual assignment in public contracts is perfectly legal in Brazilian Law, mainly because the mentioned objection is not true.

Keywords: Administrative Law. Contractual Assignment. Personal Contracts.

1. Introdução.

O cotidiano dos contratos públicos⁵² enfrenta percalços que ora os aproxima, ora os afasta dos ajustes privados. Em ambos os regimes, nem sempre é possível ou economicamente interessante que se mantenha um dos polos subjetivos de determinada avença ao longo de toda a sua execução.

As razões para isso são muitas e dariam azo a estudos – não somente jurídicos – destinados unicamente à questão. Seja como for, o dinamismo inerente à economia contemporânea afeta contratos privados e também públicos.

⁵² Como aprofundarei em nota de rodapé no tópico 2, tentei evitar a terminologia “contrato administrativo”, substituindo-a por “contratos públicos” ou “contratações públicas”. Essa escolha de palavras deu-se como forma de conferir amplitude às reflexões deste trabalho, sobretudo por não ver distinção significativa entre “contratos administrativos” e “contratos privados da Administração”, na esteira da multicitada Maria João Estorninho.

Em verdade, as contratações públicas estão, por vezes, sujeitas a vicissitudes que tornam a possibilidade de cessão da posição contratual especialmente interessante. Cito duas.

Primeiramente, podem ser contratações longas, verdadeiros contratos incompletos⁵³. Além disso, em nuance que se aplica a basicamente qualquer contrato público brasileiro, são contratações marcadas por riscos ao particular que as executa, seja quanto ao não recebimento total (ou excessiva demora no pagamento) das contrapartidas pecuniárias combinadas, seja quanto à sua diminuição ou rescisão supervenientes.

É dizer: de um lado, o grande lapso temporal de execução do contrato pode alterar as circunstâncias econômicas ou estratégicas do contratado, que pode precisar ou entender mais conveniente ceder sua posição contratual a outra empresa do ramo. De outro, os riscos dos contratos públicos podem facilmente dissuadir esse particular de manter esses ajustes.

Naturalmente, a exemplo do que ocorre nos pactos privados, em linhas gerais, não se pode simplesmente “mudar de ideia” quanto a compromissos anteriormente assumidos em prejuízo à outra parte do negócio. Fazê-lo depende, no mínimo, da anuência do contratante inicial.

Contudo, não há benefício em negar a realidade⁵⁴: se as adversidades que ensejam a cessão da posição contratual persistem – ou mesmo se intensificam – nos contratos públicos, não me parece lógico que, cumpridos determinados requisitos, impeça-se essa operação comercial⁵⁵⁻⁵⁶. Quais são esses requisitos? Eis a questão.

53 Sobre o tema, ver BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

54 A frase costuma ser atribuída à professora de Yale Susan Rose-Ackerman. A assertiva remete ao assim chamado princípio da realidade. Sobre esse princípio, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. O princípio da realidade no Direito Administrativo. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de março de 2011.

55 Como anotou Alexandre Santos de Aragão, a tese da inconstitucionalidade da cessão de contratos administrativos ignora a realidade contemporânea de grande mobilidade empresarial e societárias das empresas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 374.

56 Em assertiva que me parece aplicável à cessão contratual, até mesmo pelo título de seu livro, Ernesto García-Trevijano Garnica aduz que a subcontratação goza de um importante enraizamento no campo da contratação administrativa, pois a realidade prática demonstra a impossibilidade de se fazer sem essa figura. GARNICA, Ernesto García-Trevijano. *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Editorial Civitas, Madrid.

O texto tem como problema o óbice jurídico de cessão de contratações públicas sob o enfoque do dogma que costuma ser apontado como principal questão a essas operações: o personalismo dessas avenças.

Em outras palavras, este artigo visa a responder à seguinte pergunta: a cessão da posição contratual nos contratos públicos é antijurídica no ordenamento brasileiro em razão do necessário personalismo desses ajustes?

A hipótese a ser enfrentada é a de que a cessão de contratos administrativos é perfeitamente consentânea com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pela não procedência do entendimento supramencionado. Isso porque não existiria um personalismo necessário nas contratações públicas brasileiras. Segundo a hipótese a ser estudada, ele estaria mais próximo dos parâmetros de personalismo dos contratos privados, isto é, basicamente, a natureza da prestação. Não haveria diferenciação entre contratos *intuitu personae* e personalíssimos. O personalismo nos contratos públicos brasileiros teria sido herdado dos franceses sem maiores reflexões quanto à sua transposição à nossa realidade.

Para confirmar ou rejeitar a hipótese proposta, utilizarei basicamente o método analítico-interpretativo do ordenamento brasileiro. Pretendo (re)visitar aportes doutrinários e jurisprudenciais atuais e de épocas – e, nos casos que o escasso tempo permitiu, nações – distintas.

No tópico central, não só topograficamente, do trabalho: a revisitação do personalismo nos contratos administrativos. Tem-se como meta analisar essa clássica lição – que, diga-se de passagem, já encontra resistência em alguns setores mais modernos da doutrina e jurisprudência –, argumentando se ela persiste no nosso direito.

Dentro de meus limites fáticos, aportarei o maior número possível de contribuições doutrinárias e jurisprudenciais a fim de entender a origem desses ensinamentos e se, de fato, não se está diante de, com a devida vênia, velhas opiniões formadas sobre tudo⁵⁷.

Passarei às reflexões dessas análises no cenário normativo nacional. Esta parte do trabalho objetiva demonstrar que, em parte, essas discussões já reverberam em diplomas brasileiros, mesmo na dita fase maximalista⁵⁸ da legislação sobre contratações públicas.

⁵⁷ Por via das dúvidas, trata-se de alusão à música “Metamorfose Ambulante”, de Raul Seixas, datada de 1973.

⁵⁸ ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013; ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. SBDP-Sociedade Brasileira de Direito Público, 2013.

Aqui, cabe um alerta: limitarei minha análise às Leis nº. 8.666/1993 e 8.987/1995, por razões esmiuçadas no início do tópico 4.

Buscarei também propor interpretações dos dispositivos aludidos que, à luz de minha hipótese, sejam mais consentâneas com o ordenamento jurídico brasileiro. Não abdicando de mudanças sem redução de texto, sugerirei alterações *de lege ferenda* por entender que podem, no mínimo, trazer mais clareza normativa à discussão e, assim, mais segurança jurídica às operações.

2. Personalismo como óbice à cessão contratual nas contratações públicas.

O tema da cessão da posição contratual nos contratos públicos gera intensa discussão acerca da compatibilidade entre o instituto e a disciplina dos ajustes com a Administração Pública.

Dentre os professores, Fábio Barbalho Leite, em estudo monográfico sobre a polêmica, elenca que Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Jessé Torres Pereira Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello, este conquanto focado na hipótese de concessão de serviço público, sustentam a inadmissibilidade de cessão da posição contratual em contrato administrativo⁵⁹.

Todavia, mais que vedações ou permissões absolutas, doutrina e jurisprudência divergem principalmente em relação a quais seriam os limites e possibilidades da aplicação desse negócio jurídico quando o objeto, em si, é um negócio titularizado pelo Poder Público. Fábio Barbalho Leite esquematiza as diversas opiniões nesse sentido⁶⁰.

Cada uma das restrições e condicionamentos apontados mereceria estudo específico e apartado. No entanto, conforme adiantei na introdução e ao fim do último tópico, terei um grande eixo de reflexão.

59 LEITE, Fábio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, 232, pp. 255-281, Abr.-Jun. 2003. Eis as referências apontadas pelo professor da PUC/SP: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 11. ed., p. 119; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro, Renovar. p. 459. Conquanto focado na hipótese de concessão de serviço público, por manejar argumentação extensível a outros contratos administrativos essa também parece ser a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros, 13. ed., 2001, pp. 640-641, posição que se repete na 14ª edição de seu curso, pp. 649-650.

60 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *in A Cessão de Contrato Administrativo entre Estado e Município como Alternativa para Evitar a Interrupção de Obras Públicas*, *in Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo, NDJ, ano XIII, n. 3. mar./2000, pp. 146-147.

Examinarei as razões pelas quais há certo consenso em se afirmar que as contratações públicas são *intuitu personae*, posição essa adotada inclusive por alguns autores que sustentam a juridicidade da cessão contratual em contratos públicos.

2.1 Personalismo à francesa?

Quando o português chegou

Debaixo de uma bruta chuva

Vestiu o índio

Que pena!

Fosse uma manhã de sol

O índio tinha despido

O português

(Oswald de Andrade)

São muitos os autores que sustentam que as contratações públicas são *intuitu personae*. Em lição que subscrevo totalmente com base nas pesquisas realizadas, Marçal Justen Filho alude que a maioria esmagadora da doutrina caracteriza essas avenças como personalíssimas⁶¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado⁶²⁻⁶³.

61 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005.

62 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 351.

63 A título meramente ilustrativo, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 189 e PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 760.

De forma semelhante, José dos Santos Carvalho Filho sustenta como característica dessa relação contratual a confiança recíproca (*intuitu personae*), porque o contratado é, teoricamente, quem melhor demonstrou condições de contratar com a Administração⁶⁴.

Mesmo em artigos que advogam pela possibilidade de cessão da posição contratual em contratação pública, como o trabalho de Eduardo Vianna Motta, alude-se que a característica *intuitu personae* é inerente a todo contrato de obras públicas⁶⁵.

Essa concepção também cruza fronteiras, como o próprio título deste subtópico sugere. Na Argentina, o autor Rafael Bielsa assevera que esse tipo de contrato é celebrado *intuitu personae*. Isso decorreria da natureza do contrato – cujo fim é de utilidade pública⁶⁶. Na Espanha, cita-se Carrillo De Albornoz⁶⁷.

Na jurisprudência, o STJ já reconheceu o caráter *intuitu personae* dos contratos públicos⁶⁸ – mesmo em decisão autorizando a subcontratação, tendo em vista a disposição expressa prevista no art. 72 da Lei nº. 8.666/1993, que será aprofundada no momento adequado.

64 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 180.

65 MOTTA, Eduardo Vianna. Cessão de contrato de obra pública. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1003-1012, Nov/2012.

66 BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955, 5a. ed., tomo II, págs. 355-356. *Apud* MOTTA, Eduardo Vianna. Cessão de contrato de obra pública. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1003-1012, Nov/2012.

67 CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco. La cesión de los contratos administrativos, *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Diciembre 1986, p. 156, *apud* DE MATOS, Sara Younis Augusto. *Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas*, Mestrado em Direito Administrativo, Vertente de Contratação Pública, sob orientação da professora Maria João Estorninho, Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 25.

68 REsp 468.189/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 221. Também reconhecendo o caráter *intuitu personae*, TJMG, AC nº. 0148040-58.2011.8.13.0079 MG, 9ª Câmara Cível, Rel. Amorim Siqueira, Julgado em 16/12/2014, Publicação 21/01/2015 e TJDFT, APC nº. 0017591-88.2009.8.07.0001 DF, 2ª Turma Cível, Rel. Fátima Rafael, Julgado em 26/02/2014, Publicado em 06/03/2014.

Tampouco esta corrente de pensamento está alinhada necessariamente com professores mais clássicos, afastados do Direito Administrativo em Evolução ou de seus Novos Paradigmas⁶⁹.

Alguns dos autores mais modernos, talvez como forma de dialogar com as concepções mais restritivas que inadmitem a cessão contratual dos contratos administrativos, tendem a sustentar que o caráter *intuitu personae* dessas contratações não elide, por si só, essa operação⁷⁰. Para tal, afirmam que os contratos públicos são, sim, *intuitu personae*, mas isso não significaria afirmar que eles seriam personalíssimos⁷¹, na esteira das considerações de Marcello Caetano⁷².

Essa argumentação não me parece de todo infundada. De fato, essa característica não seria totalmente incompatível com a cessão contratual caso se entendesse que os contratos administrativos são *intuitu personae* apenas no sentido do liame com o licitante que se sagrou vencedor no certame público, e não no sentido comum do Direito Civil de um objeto que só pode ser cumprido por uma pessoa, como já adiantou Alexandre Santos de Aragão⁷³.

Com a devida vênia, entendo que é necessário abandonar o pudor ao tratar do tema. Parece-me que, se não há natureza personalíssima, tampouco há, em si, uma natureza *intuitu personae* nos contratos públicos em geral.

É certo, nas palavras de Rozen Noguellou – e como se percebe pela controvérsia –, que o conceito de *intuitu personae* é noção particularmente difícil de definir⁷⁴. Todavia,

69 Tratam-se de referências expressas às consagradas (e brilhantes) obras MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, 2. ed. São Paulo: RT, 2002 e ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

70 Na França, esse posicionamento é sustentado por IZORCHE, Marie-Laure. *Information et cession de contrat*, *Recueil Dalloz Sirey*, n.º 40, Éditions Dalloz, Paris, 1996, p. 350..

71 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos Administrativos: a possibilidade jurídica da sua cessão de titularidade à luz do interesse público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 13/1995, p. 191-214, Out-Dez/1995. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1013-1046, Nov/2012.

72 CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo* - tomo I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1970, p. 554.

73 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, XIII.5.

74 NOGUELOU, Rozen. *La Transmission des Obligations en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J), Bibliothèque de Droit Public, Tome 241, Paris, 2004, p. 149.

entendo que, ao menos para fins de cessão contratual, trata-se de instituto bastante próximo do personalismo/caráter personalíssimo do contrato ou obrigação.

Na definição do clássico De Plácido e Silva, direitos oriundos de contratos ou obrigações *intuitu personae, a priori*, não podem ser cedidos. Mas só podem ser assim entendidos os que se geram ou nascem em consideração da pessoa, e que somente possam subsistir em consideração dela. Nessa hipótese, não podem ser cedidos ou transferidos em condições idênticas. Daí a razão de sua incredibilidade⁷⁵.

Em dissertação dirigida ao estudo da admissibilidade cessão da posição contratual nos contratos administrativos, a autora portuguesa Sara Augusto de Matos explicita a aplicação da noção de *intuitu personae* no tema do presente trabalho. Segundo ela, refere-se às características do co-contratante que hajam sido absolutamente determinantes na adjudicação. Apenas quando essas sejam claras, ou seja, somente quando o contrato haja sido concluído em razão delas, estaremos perante casos aos quais se deva vedar a cessão ou da subcontratação. Assim, para a lusitana, a definição abrangerá apenas um número tendencialmente circunscrito de contratos⁷⁶.

Em outras palavras, com base nas contribuições supracitadas e dos aportes do direito privado do tópico 2, os conceitos de contratos *intuitu personae* e personalíssimos, caso distintos, são absolutamente parecidos.

Esse apego taxionômico⁷⁷ não me parece ter maiores repercussões práticas: como um contrato é celebrado em razão das características pessoais do contratante, mas é possível a cessão de uma de suas posições contratuais? Se o fato de outrem poder ocupar aquela relação contratual distingue o *intuitu personae* do personalismo, qual é o efeito prático daquela classificação? Ser *intuitu personae* seria, de fato, uma classificação em si?

75 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1176.

76 DE MATOS, Sara Younis Augusto. *Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas*, Mestrado em Direito Administrativo, Vertente de Contratação Pública, sob orientação da professora Maria João Estorninho, Universidade Católica Portuguesa, 2012, pp. 23-24.

77 Para Geisa de Assis Rodrigues, a ciência jurídica dedica-se muito ao estudo taxionômico para, talvez, superar um possível complexo de inferioridade em relação às ciências naturais. Em sua opinião, esse esforço deveria ser minorado. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pp. 139-140. De forma similar, ver CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 101-102. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 17 – fevereiro/março/abril - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil.

Os conceitos são fungíveis. Tão fungíveis que a jurisprudência trata frequentemente a expressão *intuitu personae* como sinônimo de contrato (ou obrigação) personalíssimo⁷⁸.

Adotando a linha de raciocínio de que os contratos públicos não seriam personalíssimos, mas apenas *intuitu personae*, o ilustre professor Floriano de Azevedo Marques Neto busca esclarecer os efeitos dessa classificação. Para o autor, pelo caráter *intuitu personae* desses ajustes, dependendo do contrato, essa cessão poderá se efetivar desde que com a expressa anuência da Administração contratante⁷⁹.

Entretanto, como se percebe pelas contribuições trazidas na segunda seção deste artigo, destaco que a anuência do cedido é condição mesmo para a cessão de contratos privados, independentemente do seu personalismo.

É dizer: a anuência da Administração Pública é decorrência do próprio instituto da cessão contratual, sendo, quanto aos contratos administrativos, exigência expressa da legislação, a exemplo do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993. No Código Civil, não há essa previsão expressa – como existe no art. 424 do Código Civil Português –, mas ela de forma alguma inexistente, como reconhecem doutrina e jurisprudência já exaustivamente citadas.

Conforme ressaltai ao final do tópico 2, ou o contrato é personalíssimo/*intuitu personae* e a anuência na transferência da posição contratual configura nova contratação, vez que *aquele* contrato não pode ser cedido, ou o contrato não é *intuitu personae*/personalíssimo e a anuência do cedido é apenas um requisito para sua cessão.

O Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão 453/2014, entendeu que quando a contratada cede ou transfere sua posição, significa que a Administração está firmando um novo contrato, devido à característica *intuitu personae* dos contratos⁸⁰.

De fato, concordo que, nos casos de contratos *intuitu personae*, entendidos por mim e pelo Tribunal de Contas da União como expressão análoga a contratos personalíssimos, sua cessão configura nova contratação. Minha diferença está em não crer que os contratos públicos tenham essa natureza sempre ou necessariamente.

78 REsp 1346171/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 07/11/2016.

79 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos Administrativos: a possibilidade jurídica da sua cessão de titularidade à luz do interesse público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 13/1995, p. 191-214, Out-Dez/1995. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1013-1046, Nov/2012.

80 TCU, Acórdão 453/2014, Processo nº 028.923/2010-3, Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão 11/02/2014.

Autores como José Augusto Delgado extraem a natureza *intuitu personae* – doravante tratada como sinônimo de natureza personalíssima/personalista – dos contratos públicos do processo seletivo que, em regra, adota a Administração⁸¹.

Argumenta-se que o personalismo das contratações públicas adviria do fato de que o contratante privado seria escolhido em razão de suas características pessoais, as quais foram aferidas no procedimento licitatório⁸².

Em outras palavras, a Administração Pública, por meio da licitação, escolheu o particular que detivesse as características adjudicadas. Selecionou-se empresa com determinado número de empregados, com certo valor em fluxo de caixa, com as certidões e atestados pedidos. Esse processo de escolha, por ter alto grau de vinculação⁸³, impediria o Poder Público de alterar o contratante privado selecionado. Daí o caráter *intuitu personae* dessa contratação.

Entretanto, esse raciocínio é um sofisma. Sua lógica olvida-se de ponto central: a licitação escolhe propostas, não proponentes.

Em rápida digressão, a regra licitatória⁸⁴ é exigência do art. 37, XXI, da Constituição Federal, sendo procedimento que consubstancia princípios como moralidade e publicidade (art. 37, *caput*, da CF/88), mas sobretudo o dever de impessoalidade na ação administrativa.

Daí que as seleções de contratações a serem feitas pela Administração Pública, em decorrência da impossibilidade de se beneficiar escolhas pessoais dos administradores,

81 *In* RDP 62/122, *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos Administrativos: a possibilidade jurídica da sua cessão de titularidade à luz do interesse público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 13/1995, p. 191-214, Out-Dez/1995. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1013-1046, Nov/2012. De forma ainda mais clara, sustenta ALVIM, Arruda. *Sucessão em Contrato Administrativo*, *in* Mandado de Segurança e Direito Público, São Paulo, RT, 1995, pp. 311-322, p. 317, *apud* LEITE, Fábio Barbalho. *A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos*. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 232, p. 255-281, Abr./Jun. 2003

82 BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1986. p. 51.

83 Sobre a noção de grau de vinculação, BINENBOJM, Gustavo. Um novo Direito Administrativo para o século XXI. *In: Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 1997, p. 58.

84 Filio-me entre aqueles que acreditam não se tratar de um princípio licitatório, vez que o constituinte – e o legislador – não determinam a licitação como mandado de otimização, mas sim como regra *tudo ou nada*.

mas também diante da dificuldade de se exprimir uma vontade puramente do Poder Público, precisam de processo objetivo de escolha desses contratantes privados⁸⁵.

A exemplo das contratações diuturnas dos particulares, salvo interesses pessoais – beneficiar amigos, fortalecer relações comerciais, prejudicar concorrentes, hipóteses que violariam o princípio da impessoalidade –, ao escolher contratantes, selecionam-se propostas, e não pessoas.

Em exemplo simples, busca-se um carro 0 km, com determinada quantidade de cavalos, na cor estabelecida, no menor preço possível; a concessionária é selecionada em razão do objeto e no que se oferece em relação a ele, não por si só. Pela própria definição intensamente debatida, o ajuste só é *intuitu personae* se, de fato, escolheu-se o contratante A em face de B tendo como norte características – e critérios – subjetivas.

O fato de se adotar o procedimento A ou B, desde que eles mantenham seu foco em escolher propostas, não altera a característica personalista ou não do contrato. Pode-se privilegiar o critério da concessionária que mais rápido oferecer o carro, o maior tempo de seguro, ou, até mesmo, com base na autonomia privada, optar pela escolha aleatória. Em nenhum desses casos houve contratação *intuitu personae*: ela só existe se as características pessoais do fornecedor foram a nota distintiva da avença.

Para a Administração Pública, a autonomia é evidentemente limitada, beirando a inexistência em diversas hipóteses. A licitação, por expressa determinação constitucional e legal, é uma delas⁸⁶.

É dizer: pelos motivos aludidos – que podem chegar até mesmo ao princípio republicano –, trata-se de procedimento de escolha mais objetivo, e não menos. Como aponta Marçal Justen Filho, o personalismo das contratações públicas somente pode verificar-se na ocorrência de escolha discricionária do sujeito a ser contratado pela Administração Pública. O procedimento licitatório elimina essa discricionariedade e, com ela, também se exclui o personalismo da contratação⁸⁷. A licitação é processo despersonalizante, não o contrário.

85 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, XII.1.

86 Pode-se dizer, que dentro de alguma margem, a modalidade adotada no procedimento licitatório ser o pregão – mais simples – ou concorrência – mais complexa – não torna a contratação personalíssima.

87 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005.

No sintético, porém certo, ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a licitação é escolha de um determinado sujeito – o licitante – em função de um determinado objeto – a proposta⁸⁸.

O procedimento licitatório não escolhe o sujeito em função de si mesmo, por mais que existam condições à proposta relacionadas à habilitação do contratante para prestar o objeto⁸⁹. A habilitação não é nota distintiva da proposta, mas mera condição à sua execução. Tanto é assim que condições de habilitação excessivamente rígidas, que só podem ser cumpridas por um licitante, frequentemente são punidas por violação à regra licitatória⁹⁰⁻⁹¹.

Enquanto se estiver escolhendo “como” ou “o que”, não se está diante de contrato *intuitu personae*. Essa característica só aparecerá se se estiver selecionando “quem”, independentemente de quem estiver fazendo essa escolha⁹².

Inclusive, tecendo breve opinião, não me parece que em toda e qualquer contratação pública direta haja personalismo. Isso porque, ainda que sem licitação, não se está necessariamente diante de hipóteses de escolhas discricionárias e muito menos subjetivas.

A contratação direta costuma ter seu procedimento autônomo que elide, ao menos em parte, a discricionariedade (por exemplo art. 26 da Lei nº. 8.666/1993). A própria prática administrativa adota frequentemente procedimentos objetivos que afastam a subjetividade em seleções sem licitação, de modo a observar os princípios da Administração Pública, sobretudo o da impessoalidade⁹³.

88 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Seção III, Ponto 40.

89 DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 156, p. 9-12, dez. 2014.

90 STJ, REsp nº. 361.736/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 05/09/2002, publicado em 31/03/2003.

91 FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, p. 7-75, mar. 2010.

92 MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2016. pp. 163-164.

93 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. – 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 617.

Nas contratações diretas, o ponto fica bastante evidente nas hipóteses em que ela se dá em razão da pessoa⁹⁴. O fato de se tratar de contratação subjetiva é que atrai para esta contratação o personalismo.

Ao contrário, não procede estender necessariamente o caráter *intuitu personae*, fruto de escolha subjetiva, a todas as contratações públicas. Daí que se falou em personalismo “à francesa”.

No início do século XX, as contratações administrativas na França, país que em muito influenciou nosso direito administrativo⁹⁵, não eram necessariamente precedidas de licitação. A Administração selecionava seus contratantes com base em aferição discricionária que considerava características pessoais dos agentes⁹⁶. Daí é que se origina o personalismo dos contratos públicos franceses, como aponta Marçal Justen Filho⁹⁷.

A título ilustrativo, o secular Gastón Jèze, em escritos datados de 1932, destacava a impossibilidade de cessão dos contratos administrativos. Mas isso porque o contratado foi selecionado especificamente em razão de suas qualidades pessoais⁹⁸.

Georges Dupuis, Marie-José Guédon e Patrice Chrétien destacam a relação entre escolha subjetiva da Administração quanto ao contratante privado e contratos *intuitu personae*. Perceba-se que os argumentos chegam a se parecer com a defesa feita por nossos personalistas pelo personalismo de contratos previamente licitados. Segundo as afirmações dos franceses natos, quanto a numerosos contratos, a Administração é livre para escolher seu co-contratante como ela assim bem o entender. São contratos

94 O professor Alexandre Santos de Aragão agrupa as hipóteses de dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº. 8.666/1993) nas seguintes classificações: em razão do valor (incisos I e II) em razão de situações excepcionais (incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI c/c art. 64 § 2o, XIV e XVIII), em razão do objeto (incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXVI e XXVII) e em razão da pessoa (VIII, XIII, XVI, XX, XXII e XXIV). Apenas nesta última rubrica haveria necessário personalismo. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, XII.6.2.

95 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 58.

96 Renato Geraldo Mendes e Egon Bockman Moreira lecionam que, na França, até a década de 1990, a escolha do particular a ser contratado pela Administração era feita livremente. Isso, para os autores, gerou o caráter personalíssimo do contrato administrativo. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2016, p. 162.

97 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=29683>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

98 JÈZE, Gaston. *Formation, Exécution des contrats administratifs*. v. 2. Paris: Marcel Giard Libraire-Editeur, 1932, pp. 213-214.

concluídos *intuitu personae*: o prestador é selecionado pela apreciação de suas qualidades pessoais⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Com a evolução normativa que aumentou o grau de vinculação de seleção dessas contratações, as opiniões pelo personalismo da contratação administrativa foram perdendo força¹⁰¹. Assim, administrativistas franceses do século XXI tenderam a rechaçar esse personalismo, sobretudo se entendido como óbice à cessão de contratos administrativos¹⁰².

Portanto, como adverte Marcos Augusto Perez, a frequente classificação dos contratos públicos enquanto contratos *intuitu personae* talvez seja uma importação irrefletida do Direito Administrativo francês, que não se coaduna totalmente com o Direito Positivo brasileiro¹⁰³.

Que pena! Fosse uma manhã de sol, teríamos despersonalizado os *marchés publics*.

3. Breves reflexões sobre o cenário normativo brasileiro.

Até aqui, foram examinados os contornos do instituto da cessão contratual e do alegado limite à sua aplicação aos contratos públicos. A ideia desta seção é aplicar os debates das páginas anteriores ao ordenamento brasileiro¹⁰⁴, ainda que de forma singela.

99 DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 6. ed. rev. Paris: Armand Colin, 1999, p. 400, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=29683>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

100 Essa relação também pode ser percebida em JÈZE, Gaston. *Formation, Exécution des contrats administratifs*. v. 2. Paris: Marcel Giard Libraire-Editeur, 1932, p. 214.

101 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=29683>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

102 RICHER, Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 211. No mesmo sentido, BRACONNIER, Stéphane. *Droit des Marchés Publics*. Paris: Imprimerie Nationale, 2002, p. 277.

103 PEREZ, Marcos Augusto. Contrato Administrativo. Cessão de contrato. Possibilidade. In Genesis. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba. Genesis, n. 12, jun-mar 1997, pp. 93-105, p. 97. Ver também FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

104 Para o estudo do direito, nunca podem ser desconsiderados os fenômenos socioeconômicos, mas é sempre importante que se leve em conta o contexto normativo da discussão. HESSE, Konrad. *A força*

Refletirei sobre escolhas legislativas na temática da cessão dos contratos públicos, bem como suas repercussões doutrinárias e jurisprudenciais. Quando possível ou necessário, proporei interpretações e mesmo alterações *de lege ferenda*.

Nos próximos subtópicos, adentrarei, ainda que rapidamente, o contexto dos contratos sujeitos à Lei nº. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), à Lei nº. 8.987/1995 (Lei de Concessões).

Esse recorte deu-se por duas razões. Em primeiro lugar, para demonstrar que, já nos anos 1990, quando a doutrina quase unanimemente aludia ao personalismo como óbice às cessões dos contratos públicos, o direito positivo não comportava essa leitura. Em segundo lugar, porque as leis ora examinadas já foram escarafunchadas por doutrina e jurisprudência, de modo a possibilitar sua revisitação à luz das reflexões do último tópico, ao contrário da incipiente discussão sobre novos diplomas como a Lei das Estatais (Lei nº. 13.303/2016) e o Programa de Parcerias de Investimentos (Lei nº. 13.334/2016)¹⁰⁵.

Conforme se nota nas páginas deste trabalho, utilizei a terminologia cessão de contratos públicos, abarcando o instituto em geral, sem delimitações expressas quanto ao objeto desse contrato. Na análise deste tópico, estabelecerei algumas diferenças nos regimes aplicáveis aos contratos administrativos em geral e às concessões de serviços públicos.

Seja como for, meu ponto de partida é a lição de Leon Frejda Szklarowsky. Segundo o autor, a cessão e a sub-rogação das avenças públicas encontram sustentação no direito positivo¹⁰⁶. Meu propósito é esmiuçar os nuances das positivações feitas pelo legislador.

3.1 Lei nº. 8.666/1993.

A cessão da posição contratual nos ajustes públicos em geral, sujeitos à Lei nº. 8.666/1993, tem como lar normativo o art. 78, VI, do diploma. Transcrevo o dispositivo, centro dos debates sobre o tema:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 26.

¹⁰⁵ Nada impede que leis novas já tenham suas discussões inauguradas sob a contestação dos dois dogmas examinados neste trabalho. Todavia, preferi direcionar meu estudo às Leis nº. 8.666/1993 e 8.987/1995, até mesmo pela possibilidade de argumentação dialética com os entendimentos consagrados.

¹⁰⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Subcontratação e cessão de contrato administrativo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 23/1998, p. 120 – 131, Abr-Jun/1998.

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

Autores como Fábio Barbalho Leite¹⁰⁷ e Leon Frejda Szklarowsky¹⁰⁸ extraem da interpretação *a contrario sensu* do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993 a possibilidade de cessão de contratos administrativos. Vertendo o texto legal, se a cessão não admitida no edital e no contrato constitui motivo para a rescisão do contrato, ela é lícita desde que admitida no edital e no contrato.

A simples interpretação *a contrario sensu* do dispositivo não me parece ser apta a autorizar, por si, a cessão de contratos administrativos nessa lei.

A interpretação gramatical (*literal*) tem suas limitações¹⁰⁹. Além disso, a interpretação *a contrario sensu* deve ser utilizada com ainda mais cautela. Consoante afirmou Carlos Maximiliano, generalizar esse tipo de argumento restringiria o campo da interpretação estrita¹¹⁰.

Mas, acima de tudo, a própria interpretação *a contrario sensu* do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993 não necessariamente leva à conclusão defendida pelos professores (e grande parte da doutrina).

O inciso que menciona a cessão contratual insere-se entre as hipóteses de rescisão do contrato. Interpretando em contrário, de fato, a cessão admitida em edital e contrato

107 LEITE, Fábio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 232, p. 255-281, Abr./Jun. 2003.

108 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Subcontratação e cessão de contrato administrativo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 23/1998, p. 120 – 131, Abr-Jun/1998.

109 NEVES, A. Castanheira. *Enciclopédia verbo da sociedade e do estado: interpretação jurídica*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1985. v. 3, p. 658; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. - 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 99.

110 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. - 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 199.

não ensejaria o desfazimento do ajuste. Entretanto, isso não quer dizer que ela esteja plenamente admitida. Poderiam incidir outras sanções sobre essa operação¹¹¹.

Assim, uma interpretação unicamente gramatical *a contrario sensu* do dispositivo não parece apta a ensinar plena segurança jurídica às operações de cessão contratual nos contratos públicos. Tanto é assim que, por diversas vezes, o Tribunal de Contas da União entendeu que esse tipo de negócio jurídico afrontaria justamente o art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993¹¹².

A fim de conferir maior segurança jurídica às cessões contratuais nos ajustes da Lei nº. 8.666/1993, entendo ser desejável a reformulação do texto legal. Se possível, seria interessante a inclusão de dispositivo como o art. 316.º do CCP Português, que denota o seguinte: “Na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato, são admitidas a cessão da posição contratual e a subcontratação, nos termos do disposto nos artigos seguintes”.¹¹³ Essas disposições¹¹⁴ seriam proveitosas até mesmo para dispor sobre os limites e possibilidades à cessão nos contratos públicos.

Contudo, como defendido ao longo deste trabalho, a cessão de posição contratual nas contratações públicas já é compatível com nosso ordenamento. Mesmo sem inclusão de novos artigos ou sem alteração do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993, não há óbices à sua juridicidade.

Ainda que a interpretação gramatical do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993 não leve obrigatoriamente às conclusões desejadas, reitero a lição de Eros Grau de que não se interpreta o direito em tiras¹¹⁵. É dizer: a aplicação de um dispositivo não pode ser considerada isoladamente, hermeticamente ao cenário normativo em que se insere.

¹¹¹ Caso seja a cessão considerada como inexecução total ou parcial do contrato, poderiam incidir as sanções do art. 87 da Lei.

¹¹² TCU, Acórdão 2052/2016, Processo nº 020.052/2016-2, Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, Julgado em 10/08/2016; TCU, Decisão n. 420/2002 – Plenário.

¹¹³ Disponível em:

<http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCPTextoconsolidadojan2016.pdf>. Acesso em 24 nov. 2018.

¹¹⁴ Conforme escrito no art. 316.º, os artigos seguintes estabelecem regulamentação desse procedimento, elencando hipóteses em que não se pode realizar a cessão (art. 317.º), limites à previsão contratual (art. 318.º) e etc.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 113.

Defendo que a leitura das trinta e cinco palavras constantes no dispositivo não possibilita, necessariamente, a admissão de cessão da posição contratual nas contratações públicas. Isso tem, sim, valor jurídico: essa transferência é menos segura por não haver disposição permitindo-a expressamente.

Todavia, não basta a leitura desses trinta e cinco vocábulos. O dispositivo precisa ser lido à luz do ordenamento brasileiro. Nele, não há personalismo nas contratações públicas; existe instituto de cessão contratual totalmente consagrado mesmo sem cláusula normativa sobre o tema. E mais: como se verá, há previsão direta quanto à cessão de contratos administrativos referentes a concessões de serviços públicos, muito mais delicados que os contratos públicos comuns.

Nesse cenário, a interpretação sistemática do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993 conduz à juridicidade das cessões de posição contratual nos contratos administrativos. Não é só pela (insuficiente) interpretação *a contrario sensu* do dispositivo. É que, somando-a ao ordenamento jurídico em que se insere, à prática negocial e mesmo ao cenário do direito comparado, tem-se legítimo esse negócio jurídico.

Há outros dispositivos da Lei nº. 8.666/1993 que corroboram com o argumento deste trabalho – à inexistência de personalismo nos contratos públicos. Primeiramente, o art. 30, §10,116 possibilita a substituição dos profissionais que denotem a capacidade técnica-profissional do licitante sem maiores óbices à proposta feita.¹¹⁷

Ainda mais ampla é a possibilidade prevista no art. 64, §2º, destinada à substituição do convocado que não assine o termo de contrato. Mantida a proposta oferecida, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos denota que não há qualquer personalismo em quem a executa. Nesse sentido, posiciona-se Marçal Justen Filho¹¹⁸.

Por fim, há a já consagrada subcontratação. Trata-se de instituto análogo, mas distinto da cessão contratual. Na definição de Jessé Torres Pereira Junior, por

116 "Art. 30 (...). § 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração".

117 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=29683>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

118 JUSTEN FILHO, *op. cit.*

subcontratação deve entender-se o trespasse da execução do contrato e, não a cessão ou a transferência do próprio contrato¹¹⁹.

Além de sua vedação quando não admitida em contrato ou no edital (art. 78, VI, do diploma geral de licitações), a subcontratação é expressamente prevista no art. 72 da Lei nº. 8.666/1993. Segundo ele, “o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

Evidentemente, há diferenças entre o regime jurídico da subcontratação e da cessão contratual, até por aquela ser mais branda que esta quanto à identidade do contratante¹²⁰. Todavia, não deixa ser um reforço à inexistência de personalismo nas contratações públicas: fossem esses ajustes *intuitu personae*, nem mesmo seria possível subcontratar sua execução¹²¹.

3.2 Lei nº. 8.987/1995.

O art. 175 da Constituição Federal determinou que a exploração dos serviços públicos, “diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão”, incumbe ao Poder Público “na forma da lei”. O parágrafo único do artigo determinou que a lei disporia sobre

119 PEREIRA JUNIOR. Comentários à Lei de licitações e contratações da administração pública 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 692, *apud* FONTOURA FILHO, Athayde. A subcontratação nos contratos decorrentes de inexigibilidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, dez. 2006.

120 Na subcontratação, preserva-se o vínculo jurídico entre subcontratante e Administração Pública. Isto é: por mais que materialmente aquela fração do contrato esteja a cargo de terceiro, o contratante original segue juridicamente responsável pela obrigação em face do Poder Público. Ademais, pelo limite fixado no art. 72 da Lei nº. 8.666/1993, alguma parte do contrato seguirá em execução direta do contratante original, que não pode subcontratar a integralidade do objeto.

121 É o entendimento, por exemplo, de MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 120, *apud* FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./ jun. 2015.

a normatização geral das concessões e permissões de serviço público¹²². Dado o comando constitucional, foi editada a Lei nº. 8.987/1995¹²³.

A Lei nº. 8.987/1995 é apenas dois anos mais velha que a Lei nº. 8.666/1993 e, em meu entender, trata de contratos mais sensíveis que muitas das avenças desse diploma.¹²⁴ No entanto, suas normas são bem mais permissivas que as de sua coirmã no que toca às alterações subjetivas do executor dos contratos públicos.

Em primeiro lugar, a Lei Geral de Concessões também previu a possibilidade de subcontratação (art. 25, §1º¹²⁵). Esse instituto não é o foco deste trabalho. Isso porque,

¹²² "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado".

¹²³ WALD, Arnoldo. Do regime jurídico da concessão e da subconcessão para prestação de serviços públicos de saneamento básico no município X. *Pareceres: Direito das Concessões*, v. 3 – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 293.

¹²⁴ Adotada concepção de serviços públicos não amplíssima, em que pese eventuais controvérsias doutrinárias, são atividades que o legislador previu como especiais aos interesses da sociedade, vinculando-se (para alguns autores) à própria garantia de direitos fundamentais prestacionais. Daí serem mais sensíveis que os contratos públicos em geral. Sobre o tema e as discussões inerentes à qualificação dos serviços públicos, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹²⁵ "Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido".

nela, permanece o vínculo entre subcontratante e poder concedente¹²⁶. De todo modo, a exemplo do que ocorre na Lei nº. 8.666/1993, a positivação da subcontratação não deixa de ser elemento lateral na refutação do personalismo dos contratos administrativos¹²⁷.

Na Lei nº. 8.987/1995, há instituto que pode ser tido como intermediário entre a subcontratação e a cessão da posição contratual. Trata-se da subconcessão, prevista expressamente no art. 26 do diploma: “é admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente”.

Arnoldo Wald define o instituto como o contrato administrativo em que a concessionária figura, não como contratante em nome próprio, mas no do Poder Público delegante, operando-se a sub-rogação legal a terceiros, dos direitos e obrigações do concessionário, nos limites da subconcessão¹²⁸.

A subconcessão separa parte da concessão original e delega-a a outro particular. Opera-se uma concessão dentro da concessão – daí sua nomenclatura. O concessionário-concedente, subconcedente, diferentemente da subcontratação, não permanece obrigado juridicamente por aquele escopo contratual. Isso se deduz do §2º do art. 26 (“o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão”), havendo aqueles que sustentam que, por conta desse parágrafo, o dispositivo não prevê subconcessão propriamente dita, mas sim subconcessão imprópria¹²⁹.

Para Marçal Justen Filho, a subconcessão institui outro vínculo jurídico, além da concessão original, tratando sobre a prestação do mesmo serviço público. Para o autor, haveria *duplicação* da concessão, com um terceiro assumindo algumas prestações específicas e determinadas, por conta e risco próprios.¹³⁰ Daí mais força à tese de não

126 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. – São Paulo: Dialética, 2003. pp. 133-134.

127 Conforme mencionei ao fim do último subtópico, há autores que defendem a impossibilidade de subcontratação à luz do personalismo das contratações públicas. Dentre os que criticam a concepção personalista de contratação pública, Adilson Abreu Dallari, como eu, entende que a subcontratação enfraquece esse personalismo, v. DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 156, p. 9-12, dez. 2014.

128 WALD, Arnoldo. Do regime jurídico da concessão e da subconcessão para prestação de serviços públicos de saneamento básico no município X. *Pareceres: Direito das Concessões*, v. 3 – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 296.

129 Essa é a posição de Marçal Justen Filho. Segundo o professor, a subconcessão propriamente dita envolveria a transferência da execução da concessão, mantendo-se o vínculo entre subconcedente e Administração Pública (poder concedente), em situação mais próxima da subcontratação. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. – São Paulo: Dialética, 2003. p. 526.

130 JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 519.

personalismo nos contratos públicos: não se poderia duplicar e repassar a outrem vínculo que fosse, de fato, *intuitu personae*.

De toda sorte, a cessão (ou trespasse) propriamente dita da concessão foi prevista no art. 27 da Lei nº. 8.987/1995. Em seus termos, “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”. À primeira vista, o dispositivo se assemelha com o art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993, que exige interpretação *a contrario sensu* não necessariamente direcionada à consagração da cessão, mas sim ao seu não sancionamento.

Todavia, o §1º do art. 27 da Lei de Concessões favorece a interpretação gramatical pela previsão da cessão da concessão, alterando o cenário em relação ao artigo da Lei nº. 8.666/1993: “§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”. É dizer: o legislador alude expressamente às condições para anuência da transferência da concessão, de onde se extrai gramaticalmente a possibilidade dessa cessão. Em comparação, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos encerra-se no *caput* que prevê a rescisão por cessão que descumpra as condições.¹³¹ Ainda que assim não fosse, replico aqui as lições no sentido da interpretação sistemática de ambos os dispositivos.

Naturalmente, não se nega que o dispositivo da Lei nº. 8.987/1995 não é tão direto quanto poderia ser. Haveria ainda mais segurança jurídica se o dispositivo aludisse algo como “é admitida a cessão da concessão, seguidas as seguidas condições”. Trata-se de alteração *de lege ferenda* que, em minha opinião, facilitaria o tratamento da questão.

Fato é que, ao prever a cessão contratual das concessões, não se falou em precedência de licitação. O art. 27 silenciou-se eloquentemente¹³² quanto ao procedimento licitatório. Isso fica ainda mais claro se comparado com o artigo

131 A diferença entre os dispositivos reverbera no tratamento doutrinário da questão. Em relação à Lei nº. 8.987/1995, os professores quase unanimemente entendem pela admissão da transferência da concessão. Por todos, ver DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 156, p. 9-12, dez. 2014.

132 Conforme afirmou recentemente o Ministro Luís Roberto Barroso, silêncio eloquente significa que, ao não se dizer, há manifestação ativa. BARROSO, Luís Roberto. *Conversas acadêmicas*. Luís Roberto Barroso. Portal Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em 27 nov. 2018. Ver também MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 170; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1997. p. 525.

imediatamente anterior, que aludiu expressamente à necessidade de concorrência para escolha do subconcessionário. O mesmo não se deu quanto ao cessionário.

Autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³³ e Humberto Ribeiro Soares¹³⁴ questionam a juridicidade dessa previsão. Segundo sua posição, a ausência de procedimento licitatório para transferência da concessão violaria o art. 175 da Constituição Federal, que prevê que a concessão seja feita “sempre através de licitação”.

Discordo dos eminentes professores. Pelas razões elencadas neste trabalho, não é estranho que tenha sido prevista a licitação para subconcessão, mas inexistia tal disposição para a transferência da concessão aludida no art. 27 da Lei nº. 8.987/1995.

A meu ver, a licitação em questão seria mais escolha legislativa que imperativo constitucional. A cessão parcial consubstanciada na subconcessão é concorrencialmente mais arriscada que procedimento no qual o concessionário simplesmente se afasta da concessão. Na primeira, os cartelizados podem dividir lucros, enquanto na transferência apenas um deles manterá o vínculo.

No mais, o art. 175 da Constituição Federal afirma a precedência da licitação para a concessão ou permissão. Como já se disse neste trabalho em relação aos contratos públicos em geral, a cessão da posição contratual, via de regra, não configura novo ajuste. Portanto, a licitação prevista no art. 175 já foi realizada quando da seleção da proposta vencedora. E essa proposta não será alterada: o próprio §1º do art. 27 da Lei nº. 8.987/1995 demanda que sejam mantidas as condições originais.

Emerson Gabardo e Thiago Priess Valiati diferenciam a subconcessão e transferência da concessão. Para eles, enquanto na subconcessão parte da concessão é desmembrada e transferida a um terceiro, na transferência da concessão (direta), substitui-se plenamente a concessionária no polo da relação jurídico-contratual. Em outras palavras, a subconcessão gera duas ou mais concessões; por sua vez, a transferência da concessão mantém apenas uma concessão, porém, mediante concessionária distinta da original¹³⁵.

Isto é: se há nova concessão, sujeita constitucionalmente à licitação, ela existe no caso da subconcessão – não da transferência. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos,

133 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Ed. Atlas, 1999, p. 105.

134 SOARES, Humberto Ribeiro. A Constitucionalidade e a Transferência de Concessão (O Art. 27 da Lei nº 8.987, de 13/2/95), in *Revista Ibero Americana de Direito Público – RIADP*, vol. 1, 2000, Ed. América Jurídica, pp. 116-117.

135 GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.

a necessidade de licitação não se exige justamente porque a transferência da concessão não consubstancia novo vínculo, já que todas as cláusulas e condições do contrato em vigor são mantidas¹³⁶⁻¹³⁷.

Por fim, a Lei nº. 8.987/1995 positivou outro instituto apto a abalar a concepção *intuitu personae* das contratações públicas: os *step-in rights*, previstos no art. 27-A da Lei Geral de Concessões. Lucas de Moraes Cassiano Sant'Anna e Pedro Romualdo Saullo explanam que *step-in right* é uma técnica contratual que possibilita a intervenção dos financiadores na sociedade financiada, em momentos de alto risco à continuidade econômica do empreendimento. A cláusula de *step-in* possibilita, em suas palavras, a assunção pelo financiador do controle direto da sociedade que se encontra em situação de inadimplemento no âmbito do contrato de financiamento¹³⁸.

Step in é simplificação da locução *step into someone's shoes*¹³⁹, isto é, assumir as funções de alguém. Como aponta a dissertação portuguesa de Silva Pedro dos Santos, este mecanismo é utilizado em hipóteses de financiamento de projetos (*project finance*) para possibilitar que os provedores de recursos financeiros (*funders*) possam intervir nos empreendimentos financiados e, nessa toada, garantir o reembolso e a remuneração do empréstimo concedido¹⁴⁰. Prevê o *caput* do referido art. 27-A da Lei nº. 8.987/1995:

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para

136 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*. Disponível em: <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_subconcessao_e_da_transferencia_da_concessao.pdf>. Acesso em: 26/11/2018.

137 Também assim se posiciona WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; e WALD, Alexandre de M. *O Direito e a Lei de Concessões*, 1996, RT, p. 146.

138 CASSIANO, Sant'Anna Lucas de Moraes; SAULLO, Pedro Romualdo. Step-in rights e o regime da administração temporária no âmbito da Lei de Concessões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 41-52, abr./jun. 2015.

139 DOS SANTOS, Silva Pedro. *Os direitos de step-in na Lei das Parcerias Público Privadas de Angola*. Mestrado em Direito Administrativo. Vertente de Contratação Pública e Direito Público Empresarial. Orientado pelo Dr. Bernardo Diniz de Ayala. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Lisboa, agosto de 2013. p. 6; ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235.

140 DOS SANTOS, Silva Pedro. *op. cit.* pp. 6-7.

promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Trata-se, portanto, de alteração subjetiva na concessão de serviços públicos que sequer advém da pura consensualidade entre o concessionário original e aquele que assume a concessão: este assume a concessão em virtude de inadimplemento das obrigações bancárias do primeiro.

Os parágrafos do art. 27-A normatizam o *step-in* no contexto dos contratos de concessão sujeitos à Lei nº. 8.987/1995. O instituto não é o foco deste trabalho¹⁴¹, sendo apenas o exemplo final a reforçar a argumentação pela inexistência de personalismo nas contratações públicas¹⁴².

Assim, destaco que muitas das reflexões desta monografia foram positivadas no tratamento do *step-in*, quer em relação à anuência da Administração, quer quanto à não exigência licitatória para transferência da concessão por meio do instituto, quer ao não se falar que o instituto consubstancia novo contrato de concessão, até por serem mantidas as condições do contrato original¹⁴³.

4. Conclusão.

Este trabalho teve como objeto de estudo um grande dogma ainda persistente no estudo do direito administrativo brasileiro: o personalismo dos contratos públicos, principalmente sua eventual diferenciação ao caráter *intuitu personae*. Minha ideia não era resolver a questão sobre a admissibilidade da cessão de posição contratual nas avenças do

141 Sobre o tema, ver, dentre outros, DOS SANTOS, Silva Pedro. *Os direitos de step-in na Lei das Parcerias Público Privadas de Angola*. Mestrado em Direito Administrativo. Vertente de Contratação Pública e Direito Público Empresarial. Orientado pelo Dr. Bernardo Diniz de Ayala. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Lisboa, agosto de 2013 e CASSIANO, Sant'Anna Lucas de Moraes; SAULLO, Pedro Romualdo. Step-in rights e o regime da administração temporária no âmbito da Lei de Concessões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 41-52, abr./jun. 2015.

142 Questionando sobre a natureza *intuitu personae* dos contratos públicos, Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira alertam para sua incompatibilidade com os *step-in-rights*. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2016, p. 164.

143 "Art. 27-A (...).

§ 1º Na hipótese prevista no caput, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27.

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos". (...).

Poder Público – até mesmo por incapacidade temporal. Busquei examinar o instituto à luz dessa característica tida como inerente às contratações públicas.

O objetivo, em outras palavras, era estudar a cessão contratual das avenças públicas com uma lente bem clara. Inclusive, de forma metalinguística, procurei enxergar essa lente sob outro olhar.

Analisando a hipótese formulada na introdução, este trabalho levou-me a duas conclusões centrais: (i) não há personalismo nas contratações públicas brasileiras (no mínimo, para fins de cessão contratual); e, (ii) para os fins de cessão dessas avenças, não há diferença significativa entre contratos personalíssimos e *intuitu personae*.

Seguem a seguir as conclusões objetivas do texto:

- a) Dentre os óbices apontados à cessão de contratos públicos, destaca-se o personalismo dos contratos públicos.
- b) Costuma-se entender que os contratos públicos são *intuitu personae*. Parte da doutrina admite a cessão contratual desses ajustes por diferenciar contratos personalíssimos de contratos *intuitu personae*.
- c) Por mais que sejam conceitos de difícil delimitação, a distinção entre contratos *intuitu personae* e contratos personalíssimos não se justifica, ao menos para fins de cessão contratual.
- d) Os contratos públicos não são *intuitu personae*.
- e) Alguns autores extraem a natureza *intuitu personae* dos contratos públicos da licitação. Contudo, o argumento não procede, vez que a licitação escolhe propostas, e não sujeitos.
- f) Nem mesmo se pode falar que em toda contratação direta existe personalismo. Ainda que sem licitação, não se está necessariamente diante de hipóteses de escolhas subjetivas.
- g) O personalismo das contratações públicas brasileiras advém de transposição equivocada do personalismo francês, oriunda das seleções discricionárias feitas na França no início do século XX.
- h) Há autores que extraem da mera leitura *a contrario sensu* do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993 a admissibilidade da cessão de contratos públicos.

Entretanto, isoladamente, o texto do dispositivo não conduz necessariamente a essa conclusão.

- i) Diante da dubiedade do art. 78, VI, da Lei nº. 8.666/1993, sugere-se a alteração de seu texto ou a incorporação de regra que preveja expressamente a cessão contratual.
- j) Seja como for, a interpretação sistemática do dispositivo conduz à admissibilidade da cessão de posição contratual em ajustes públicos.
- k) A Lei nº. 8.666/1993 prevê outras normas que possibilitam questionar o personalismo dos contratos a ela sujeitos. Dentre eles, destaca-se o art. 30, §10, o art. 64, §2º, e a previsão da subcontratação (art. 72).
- l) Além da subcontratação (art. 25, §1º), a Lei nº. 8.987/1995 prevê a subconcessão (art. 26), que separa parte da concessão original e delega-a a outro particular. Opera-se uma concessão dentro da concessão, sem que o subconcedente permaneça nessa relação jurídica. Sua admissibilidade é argumento forte contra o personalismo, vez que a subconcessão do art. 26 da Lei nº. 8.987/1995 é, basicamente, cessão parcial do contrato.
- m) A Lei nº. 8.987/1995 previu outro instituto apto a questionar o entendimento do personalismo dos contratos públicos: os *step-in rights* (art. 27-A).

O tema segue em voga e merece ser acompanhado com olhares atentos e livre de dogmas.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 236: 51-64, Abr./Jun. 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Forense, 2018.

_____. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 17 – fevereiro/março/abril - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil.

_____. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, 239, pp. 411-438, jun./mar. 2005.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Conversas acadêmicas*. Luís Roberto Barroso. Portal Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em 27/11/2018.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo Direito Administrativo para o século XXI. In: *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 1997.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRACONNIER, Stéphane. *Droit des Marchés Publics*. Paris: Imprimerie Nationale, 2002.

CABRAL, Antônio da Silva. Cessão de Contratos. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 2, pp. 39-54, Jun / 2011.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo - tomo I*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em licitações: concorrência, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas*. – Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

CASSIANO, Sant'Anna Lucas de Moraes; SAULLO, Pedro Romualdo. Step-in rights e o regime da administração temporária no âmbito da Lei de Concessões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 41-52, abr./jun. 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 156, p. 9-12, dez. 2014.

DE MATOS, Sara Younis Augusto. *Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas*, Mestrado em Direito Administrativo, Vertente de Contratação Pública, sob orientação da professora Maria João Estorninho, Universidade Católica Portuguesa, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Ed. Atlas, 1999.

DOS SANTOS, Silva Pedro. *Os direitos de step-in na Lei das Parcerias Público Privadas de Angola*. Mestrado em Direito Administrativo. Vertente de Contratação Pública e Direito Público Empresarial. Orientado pelo Dr. Bernardo Diniz de Ayala. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Lisboa, agosto de 2013.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Livraria Almedina - Coimbra, Março, 2003

FONTOURA FILHO, Athayde. A subcontratação nos contratos decorrentes de inexigibilidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38552>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

_____. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./ jun. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, p. 7-75, mar. 2010.

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil* – Parte geral, 3ª ed. atual. e rev., São Paulo, Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JÈZE, Gaston. *Formation, Exécution des contrats administratifs*. v. 2. Paris: Marcel Giard Libraire-Editeur, 1932.

JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. – 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCntd=29683>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. – São Paulo: Dialética, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. tradução de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1997.

LEITE, Fábio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, 232, pp. 255-281, Abr.-Jun. 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*. Disponível em:

<http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_subconcessao_e_da_transferencia_da_concessao.pdf>. Acesso em: 26/11/2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. - 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. - 20. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*, 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. O princípio da realidade no Direito Administrativo. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de março de 2011

MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: auto-regramento da lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência da posição negativa dos negócios jurídicos*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. - 16. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Eduardo Vianna. Cessão de contrato de obra pública. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 4, pp. 1003-1012, Nov/2012.

NETO, Luís Borrelli. Cessão de Contrato. *Revista de Direito Privado*, vol. 34/2008, pp. 137-152, Abr-Jun/2008.

NEVES, A. Castanheira. *Enciclopédia verbo da sociedade e do estado: interpretação jurídica*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1985. v. 3.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

NOGUELLOU, Rozen. *La Transmission des Obligations en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J), Bibliothèque de Droit Public, Tome 241, Paris, 2004.

NORONHA, Fernando Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil : volume 1 I Fernando Noronha. - São Paulo : Saraiva, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – V. II / Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. – 29. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. Contrato Administrativo. Cessão de contrato. Possibilidade. In Genesis. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba. Genesis, n. 12, jun-mar 1997, pp. 93-105.

RICHER, Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, set. 2012/fev. 2013.

_____. *Licitação no Brasil*. SBDP-Sociedade Brasileira de Direito Público, 2013.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Subcontratação e cessão de contrato administrativo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 23/1998, p. 120 – 131, Abr-Jun/1998.

OS *PUNITIVE DAMAGES* E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NA INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM CASOS DE EMPRESAS COM GRANDE PODERIO ECONÔMICO

SUELEN TAINA FRANZ PANDINI:
Advogada sócia-proprietária da
Odorizzi&Pandini Advocacia.

CLARICE KLANN
(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho refere-se à identificação da viabilidade de aplicação do instituto dos *punitives damages* no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na defesa do consumidor, frente aos grandes abusos perpetrados por empresas de grande poderio econômico. A metodologia da pesquisa caracteriza-se como do tipo descritiva, aplicada com uma abordagem predominantemente qualitativa. Diante do significativo papel que a responsabilidade civil executa em nosso meio para proteção da dignidade da pessoa humana e a partir da observação da crescente perpetração de ofensas à propriedade extrapatrimonial, somada a necessidade de responsabilização civil dos ofensores e, ainda, aliada a imprescindibilidade de se haver um sistema judiciário eficaz em suas decisões que consiga reprender satisfatoriamente condutas ilícitas, surge o instituto dos *punitive damages* como alternativa bastante viável à realização desses objetivos. Para a evolução do estudo, verificou-se, inicialmente, o panorama geral da responsabilidade civil, seu conceito, elementos e espécies. Após, os tipos de danos e suas funções, a problemática de sua quantificação e os critérios de arbitramento. Ao final do trabalho, estudou-se a origem do instituto dos *punitive damages*, a forma como são fixados, as críticas que assolam o instituto e sua possível aplicação em benefício do consumidor no ordenamento pátrio. A partir da análise do tema, verificou-se a necessidade de inovação no sistema jurídico brasileiro no que concerne à defesa dos direitos extrapatrimoniais, visto que, atualmente, não há um desestímulo eficaz às práticas delituosas corporativistas e a atual aplicação da indenização com o cunho compensatório não mais se mostra suficiente para refrear abusos de direito. Os resultados da pesquisa evidenciaram a viabilidade de aplicação dos *punitive damages* no ordenamento pátrio desde que aplicados com fundamento nos princípios basilares do direito e destinados para um fundo específico para defesa do consumidor criado por lei, visto que a função primordial do Estado é a proteção aos direitos fundamentais e este deve se utilizar de todos os meios de que dispõe para efetivá-la.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. *Punitive damages*. Danos extrapatrimoniais. Corporações.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 Conceito. 2.2 Elementos da responsabilidade civil. 2.2.1 A conduta do agente. 2.2.2 A peça principal da responsabilidade civil: o dano. 2.2.3 O nexo de causalidade. 2.2.4 A culpa como elemento “essencial” da responsabilidade civil. 2.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva. 2.3.1 Responsabilidade subjetiva. 2.3.2 Responsabilidade objetiva. 2.4 Responsabilidade contratual e extracontratual. 2.4.1 Responsabilidade contratual (negocial). 2.4.2 Responsabilidade extracontratual (extranegocial ou aquiliana). 2.5 Causas de exclusão da responsabilidade civil. 2.5.1 Estado de necessidade. 2.5.2 Legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. 2.5.3 Caso fortuito e força maior. 2.5.4 Culpa exclusiva da vítima. 2.5.5 Culpa de terceiro. 3. ESPÉCIES DE DANOS. 3.1 Dano patrimonial. 3.1.1 Dano emergente e lucro cessante. 3.2 Dano moral e os direitos de personalidade. 3.2.1 Tipos de dano moral. 3.2.1.1 Danos morais puros (ou diretos) e danos morais reflexos (ou indiretos). 3.2.2 Funções do dano moral. 3.2.3.1 Compensatória, preventiva ou punitiva. 3.2.4 A problemática da quantificação do dano moral. 3.2.5 Critérios para arbitramento da reparação. 3.2.3 O dano moral na especial defesa do consumidor. 4. OS PUNITIVE DAMAGES. 4.1 Aspectos gerais. 4.2 Apontamentos históricos. 4.3 Fixação dos punitive damages. 4.4 Críticas aos punitive damages. 4.4.1 Enriquecimento sem causa. 4.4.2 Empecilho ao desenvolvimento empresarial. 4.4.3 Ausência de previsão legal. 4.5 Perspectivas e limites dos punitives damages no ordenamento brasileiro em benefício do consumidor. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos remotos, sabe-se que a responsabilidade civil é tema de grande repercussão social. Já expressa na máxima *“olho por olho, dente por dente”*, da famosa Lei de Talião, à época, sua origem era calcada na vingança pessoal e o castigo era a forma de punição e reparação pelo dano causado. (GONÇALVES, 2017)144

Assim, a responsabilidade civil que, nos tempos mais remotos, era utilizada como forma de castigo, trouxe lugar, hodiernamente, à tentativa de atingir o equilíbrio das relações quando de qualquer descumprimento obrigacional ou perpetração de ato ilícito que gere dano a outrem, e o retorno – sempre que possível – ao *status quo* que antes existia. (TARTUCE, 2018; GAGLIANO e PAMPLONA, 2017)145

144 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 17.

145 TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil:** volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 18; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

Dentre as várias codificações surgidas, foi o Código Napoleônico que se destacou. Tido por muitos como o “marco teórico fundamental”, previu em seu art. 1.382 a exigência da culpa como elemento da responsabilidade civil, enunciando que todo ato de homem que cause dano a terceiro obriga o responsável que agiu com culpa a repará-lo. Dessa forma, o bojo do *Code* trouxe os elementos tradicionais da responsabilidade civil, os quais são utilizados até hoje, quais sejam: a conduta do agente, a culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano causado. (TARTUCE, 2018)¹⁴⁶

Com o advento da Carta Magna de 1988, consolidou-se a possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais, um avanço para a sociedade. Dessa forma, objetivou-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima com a compensação através de um valor pecuniário que seja, em tese, equivalente.

Entretanto, hodiernamente, o cenário jurídico brasileiro e a morosidade do Judiciário já são fatos notórios em nossa sociedade. E um dos fatores que possui relevante influência nessa busca incessante de resoluções pelo Judiciário são as ofensas à propriedade extrapatrimonial que constantemente são praticadas. Essa forma de desrespeito é ainda mais evidente no que tange ao direito consumerista e a violação de direitos morais perpetrados por empresas de grande porte, as quais visam, acima de tudo, a maximização de seus lucros e, como corolário, faz surgir a prática comercial abusiva. Pela observação desses aspectos é que a proteção da dignidade humana torna-se medida impositiva e a instauração de diversos procedimentos no intuito de obter a reparação pelo dano sofrido é apenas consequência da constante violação moral.

Isto posto, reconhecer a relevante função que a responsabilidade civil executa em nosso meio para proteção da dignidade da pessoa humana é essencial. Todavia, nos dias atuais, o sistema não consegue atender essa finalidade de forma satisfatória. Isso porque, para as grandes corporações, a indenização limitada a extensão do dano acaba por, ainda, ser vantajosa ao ofensor, o qual prefere pagar as baixas indenizações fixadas e continuar auferindo lucros com a prática de atos ilícitos e abusivos. Essa conjuntura é bastante prejudicial à qualidade de vida em sociedade.

Assim, patente a necessidade de reconhecer que a simples reparação dos danos causados não é mais medida eficaz para a manutenção de uma sociedade equilibrada. Necessário se faz pensar na possibilidade não apenas de reparar o dano que eventualmente seja causado, mas sim de preveni-lo e puni-lo.

Como alternativa bastante viável e que possui o intuito de diminuir esse crescente ajuizamento de ações pela reparação de danos morais, assomam os *punitive damages* (“danos punitivos”), os quais, de maneira mais severa, visam a punição do responsável pela

¹⁴⁶ TARTUCE, Op. cit. 21.

prática do ato ilícito através de um montante pecuniário considerável e, através deste, objetivam coibir novas práticas assemelhadas.

Os *punitive damages* possuem origem do *common law* - diferentemente do ordenamento brasileiro o qual é baseado na *civil law* -, e, nos tribunais brasileiros, é aplicado de forma tímida por ainda não se encontrar expresso em nossa legislação pátria.

De acordo com a autora Paula Meira Lourenço¹⁴⁷, ao se falar nesse instituto no ordenamento brasileiro, que é de orientação *civil law*, surge o receio de que, por exceder o valor do dano, ocorra o enriquecimento indevido do ofendido, uma vez que o montante pecuniário das indenizações decorrentes deste instituto no *common law* é mais elevado que nos de orientação *civil law*.

Assim, ante a crescente preocupação com a responsabilização civil dos ofensores, conjuntamente com a necessidade de se haver um sistema judiciário eficaz em suas decisões e com a devida repressão de condutas ilícitas, desenvolver-se-á o presente trabalho para analisar e compreender a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de, dessa forma, reduzir a perpetração de danos extrapatrimoniais pelas grandes corporações.

Para a evolução do presente estudo, ver-se-á, inicialmente, os tipos de responsabilidade civil existentes, de forma a abordar os aspectos gerais que a entornam para que, ao fim do trabalho, seja possível entender a problemática que acompanha os *punitive damages* na responsabilidade civil, além da possibilidade de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar resultados satisfatórios e atingir o fim predestinado deste projeto, far-se-á, inicialmente, uma análise acerca da responsabilidade civil e seus aspectos gerais. Após, pormenorizadamente, ver-se-á os elementos constituintes da responsabilidade civil, as espécies desta e as causas excludentes de responsabilidade. A soma disso, estudar-se-á os tipos de danos existentes e de quais formas podem ser reparados. Posteriormente, para evolução do presente estudo, focar-se-á nos danos extrapatrimoniais, de forma a se verificar os requisitos para que este possa ser indenizado e de qual forma ele faz-se presente na defesa do consumidor. Ao final, ponderar-se-á acerca da necessidade de redimensionamento da responsabilidade civil em nosso ordenamento. Dessa forma, verificar-se-á acerca do instituto específico dos *punitive damages*, sua origem, experiência e possível aplicação do instituto em benefício do consumidor no ordenamento pátrio e

147 LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização punitiva e os critérios para sua determinação**. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em 7 maio 2019.

realizar-se-á um panorama de perspectivas e limites dos *punitives damages* no ordenamento brasileiro, visto que, atualmente, não há um desestímulo eficaz às práticas delituosas corporativistas.

2.ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 conceito

A questão da responsabilidade está presente nas mais diversas esferas das atuações do ser humano, assim o é que Dias (2011, p. 1)148 já observara tal fato, ao afirmar que:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas. Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre-arbítrio, pondera o eminente Pontes de Miranda, sustentam uma acepção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás, bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica. Resta, rigorosamente sociológica, a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social. Os julgamentos de responsabilidade (por exemplo: a condenação do assassino ou do ladrão, do membro da família que a desonrou) são "reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a relação de responsabilidade. Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de personalidade. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente. Nesse terreno, onde as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível acatar esse juízo, mas é preciso não diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas ideias.

148 DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 12. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 1.

No mesma linha de pensamento, Marcelo Benacchio (2012, p. 642)¹⁴⁹ menciona que:

O Direito tem por finalidade a ordenação dos comportamentos das pessoas na sociedade, ou seja, enquanto fenômeno social pretende normatizar condutas em conformidade aos valores sociais constantes do sistema jurídico". Procura, assim, "incentivar certos comportamentos, desestimular ou impedir outros, conformando a sociedade de acordo com os valores estabelecidos, tudo em favor da paz entre os seres humanos e na consolidação do justo, do bem e do honesto.

Dessa maneira, através da existência de regras comportamentais vindouras do Estado – as quais agem no intuito de moldar condições propícias para uma harmônica vida em sociedade –, é que se torna possível a garantia de segurança social em prol do bem comum, sempre a fim de evitar conflitos ou solucionar os que eventualmente surgem. (AMARAL, 2014)¹⁵⁰

Em sua obra, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017, p. 53)¹⁵¹ explicitam a procedência do termo "responsabilidade":

A palavra "responsabilidade" tem sua origem no verbo latino respondere, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de spondeo, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 11)¹⁵² também entende a existência da responsabilidade como fato consequente da realidade social e se utiliza da seguinte argumentação:

¹⁴⁹ BENACCHIO, Marcelo. **A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil**. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

¹⁵⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 104.

¹⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 11.

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina spondeo, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o status quo ante.

Álvaro Villaça Azevedo (*apud* Tartuce, 2018)¹⁵³ explana que o termo responsabilidade tem origem em um jogo de perguntas e respostas que eram feitas quando da constituição dos negócios “*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*” (Prometes me dar um cento? Prometo).

Assim, o conceito de responsabilidade traz consigo a acepção de não se prejudicar o outro. Em caso de ação ou omissão que culmine em dano, o agente responderá por seus atos danosos, de forma a repará-los, o que, por consequência, traduz a noção de justiça. (STOCO, 2007)¹⁵⁴

Sob o enfoque de Bittar (1982 *apud* Cahali, 1984)¹⁵⁵ tem-se:

153 AZEVEDO, A.V. Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. In: TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 46.

154 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

155 BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas**. In: CAHALI, Yussef Said (Co-ord.). Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 85-103.

*O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda (do latim spondeo = “responder a”; comprometer-se; “corresponder a compromisso, ou a obrigação anterior”) pelos impulsos (ou ausência de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem. Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade. Nasce, assim, a teoria da responsabilidade... A ideia central, inspiradora dessa construção, reside no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), uma das primeiras do denominado ‘direito natural’.*

Cavaliere Filho (2015)¹⁵⁶ alega que a responsabilidade civil, em seu sentido etimológico, exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação, e sua essência estaria ligada à noção de desvio de uma conduta. O autor ainda atenta para a distinção entre os conceitos de obrigação e responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário, já a responsabilidade surge da violação daquela, logo, é um dever jurídico sucessivo.

O próprio Código Civil em seu artigo 389¹⁵⁷ faz menção a essa diferença, ao dispor que: “Não cumprida a obrigação [dever jurídico originário], responde o devedor por perdas e danos [...]” [dever jurídico sucessivo].

Além de ser considerada um dever originário, a obrigação pode ser dita como o vínculo existente entre credor e devedor, no qual é concedido ao credor o direito de exigir do devedor a efetivação de certa prestação. Não cumprida espontaneamente, com o advindo de seu inadimplemento, surge a responsabilidade. (GONÇALVES, 2017)¹⁵⁸

156 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

157 BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

158 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 12-13.

Muito embora a veemente ligação entre responsabilidade e obrigação, convém ressaltar que uma pode existir independentemente da outra. A lição de Gonçalves (2017)¹⁵⁹ nos dá exemplos de casos de obrigação sem responsabilidade, tais como as dívidas prescritas e as de jogos, visto que o devedor não pode ser condenado a cumprir tais obrigações. Já o caso do fiador é exemplo de responsabilidade sem obrigação, isto porque ele é apenas responsável pelo pagamento do débito do afiançado, no entanto, a obrigação em si é vinculada apenas a este último.

Maria Helena Diniz (2004, p. 40)¹⁶⁰ ao descrever a responsabilidade civil, afirma que o instituto:

[...] é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Assim, tem-se que, quando da existência de qualquer atividade que acarrete prejuízo, conseqüentemente haverá responsabilidade do agente danoso. É através dela que se buscará, sempre, a restauração do equilíbrio que anteriormente se fazia presente, tanto o moral quanto patrimonial.

José Antônio Nogueira (*apud* Gonçalves, 2017, p. 14)¹⁶¹ assevera que “todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”.

Dessa forma, a sociedade, cada vez mais moderna e avançada, faz emergir novos questionamentos acerca dos antigos fundamentos da responsabilidade civil e questiona seus preceitos, visto que sempre tende a gradativamente atingir o seu equilíbrio. Outrossim, sabe-se que tal equilíbrio somente será alcançado com a reparação dos prejuízos que eventualmente sejam causados, demonstrando-a como um mecanismo eficiente para a garantia da justiça e da segurança no meio social.

2.2 elementos da responsabilidade civil

159 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 13.

160 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v 7:** responsabilidade civil. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40.

161 GONÇALVES, Op. cit., p. 14.

Ao analisar-se o conceito de ato ilícito expresso no art. 186 do Código Civil - considerado como "base fundamental da responsabilidade civil" por Gagliano e Pamplona (2017, p. 79)¹⁶² -, tem-se que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, do referido dispositivo se torna possível retirar os elementos basilares da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

Por serem estes os pressupostos cruciais do tema em estudo, ver-se-á, de forma pormenorizada, cada um deles em seguida.

2.2.1 A conduta do agente

Em Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 84)¹⁶³, encontra-se o seguinte esclarecimento:

Um fato da natureza, diferentemente, subsumível em uma categoria maior e mais abrangente — de fato jurídico em sentido lato —, a despeito de poder causar dano, não geraria responsabilidade civil, por não poder ser atribuído ao homem. Apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado. Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. [...]. O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Infere-se, assim, que sem a voluntariedade do sujeito não há responsabilidade civil.

¹⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

¹⁶³ Ibid.

Cabe mencionar, entretanto, o pensamento doutrinário de Rui Stoco (2001, p. 95)164:

"[...] cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de voluntariedade o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma."

Ademais, cabe mencionar que a conduta humana poderá ser classificada em positiva ou negativa. Será positiva quando existir um comportamento ativo. A título de exemplo tem-se o agente que, alcoolizado, bate seu veículo contra o muro do vizinho. Será negativa, por sua vez, quando houver alguma forma de omissão, de forma que sua detecção torne-se mais sutil. É o exemplo da enfermeira que deixa de ministrar medicamentos quando assim o deveria fazer, a título de dolo ou desídia. Ressalta-se que ainda que a conduta seja omissiva, a voluntariedade também deverá fazer-se presente. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)165

Além da responsabilidade direta oriunda dos atos omissivos ou comissivos do agente, o Código Civil em seu art. 932 conceitua espécies de responsabilidade civil indireta, por atos de terceiro, fato do animal ou da coisa:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II — o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III — o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV — os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

164 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 95.

165 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3:** responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

V — os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Cabível a menção dessas possibilidades, entretanto, não será possível averiguá-las de forma mais aprofundada, visto que não compõem o objetivo central do presente trabalho.

2.2.2 A peça principal da responsabilidade civil: o dano

O dano pode ser considerado o cerne da responsabilidade civil. Existe responsabilidade sem culpa, por exemplo, mas não há que se falar em responsabilidade sem dano. Isto porque a obrigação de indenizar somente existe quando houver a prática de dano que respalde em lesão ao patrimônio econômico ou moral. (CAVALIERI, 2015)166

Segundo entendimento de Cavalieri (2015, p. 102) 167:

[...] o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência,

166 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 101-102.

167 Ibid, p. 102.

não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

Pode-se afirmar, assim, que sem a existência de prova do dano, o agente não pode ser responsabilizado civilmente.

O autor explica, ainda, acerca da natureza do dano e sua divisão¹⁶⁸:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Dado o exposto, tem-se que o dano pode ser considerado, quanto à espécie, patrimonial ou simplesmente moral. Em qualquer das formas, é uma lesão a um bem jurídico e sua apreciação se dá levando-se em consideração a minoração causada ao patrimônio em questão.

De acordo com Orlando Luiz Zanon Junior (2013)¹⁶⁹:

O dano (damnum ou damage) é uma lesão causada à pessoa, nos âmbitos material (patrimonial) e/ou moral (extrapatrimonial), suscetível de reparação cível, na forma específica ou mediante conversão em dinheiro. Quanto à primeira parte do conceito, cabe esclarecer que a lesão indenizável é sempre causada contra a pessoa, de forma direta ou indireta, haja vista que a tutela reparatória é invariavelmente voltada à recuperação de um direito pessoal. Outrossim, ainda que o ato lesivo tenha incidido fisicamente na destruição de uma peça patrimonial, o respectivo prejuízo é atribuído a uma determinada pessoa ou grupo, que pode pleitear a respectiva reparação, acaso presentes os demais requisitos da responsabilidade civil. A segunda parte do conceito esclarece a classificação mais básica dos danos, de acordo com o critério do bem da vida (ou esfera

168 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 102..

169 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019.

jurídica) atingido, acaso afete o patrimônio (danos materiais) ou os aspectos extrapatrimoniais da personalidade (danos morais).

É pertinente ao presente estudo, entretanto, o dano indenizável, seja ele moral ou patrimonial. A indenização, a título de responsabilidade civil, visa reparar o dano causado à vítima, integralmente, e, sempre que possível, restaurar *o status quo* antes existente.

Carlos Roberto Gonçalves, ao explicar acerca da reparação dos danos causados, exemplifica (2017, p. 417)¹⁷⁰:

Se alguém, por exemplo, sofre um acidente automobilístico no instante em que se dirigia ao aeroporto para uma viagem de negócios, pode responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta e imediatamente do sinistro, como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo, bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos. Mas não poderá cobrar os danos remotos, atinentes aos eventuais lucros que poderia ter auferido, se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente. É que esses danos, embora filiados a ato do motorista, acham-se muito distantes deste e podem ter outras causas.

Ou seja, a reparação do dano deve abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar. Entretanto, o direito deve atentar-se e distinguir as frequentes intenções de lucro a todo custo do verdadeiro dano havido. Esperanças desfeitas, danos eventuais, supostos ou obscuros não podem ser indenizados. Ou seja, danos remotos não podem ser objeto da indenização. (GONÇAVES, 2017)¹⁷¹

Não é, em vista disso, indenizável o denominado dano remoto, pois ainda que esteja de alguma forma minimamente ligado ao ato principal, se encontra deveras longínquo e para sua configuração provavelmente tiveram de existir eventos subsequentes e concorrer outros fatores que não apenas o ato executado pelo agente.

2.2.3 O nexo de causalidade

Um dos requisitos da responsabilidade civil é a presença do nexo causal entre o ato ilícito e o dano causado. Somente assim haverá o dever de indenizar. Este deve ser a

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 417.

¹⁷¹ Ibid. p. 418.

primeira questão a ser analisada quando envolve-se responsabilidade civil, isto porque de nada adianta verificar se o agente agiu com culpa ou não sem verificar, primeiramente, se ele deu causa ao resultado. (GONÇALVES, 2017; CAVALIERI, 2012).

Savatier (*apud* Gonçalves, 2017)¹⁷², diz que “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”.

O próprio Código Penal¹⁷³, em seu artigo 13, dispõe acerca da responsabilidade do ato e menciona que somente responderá pelo ato aquele que lhe deu causa:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Sob o entendimento de Cavalieri (2012, p. 74)¹⁷⁴:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

O nexos causal é, em suma, a relação de causa e efeito existente entre a ação ou omissão do agente e o dano que se originou.

Muito embora a aparente visão “simples” da definição de nexos de causalidade, existem várias teorias em solo pátrio acerca do que consiste o nexos causal e de como entender qual foi a ação que trouxe o prejuízo como resultado,

Em certos casos, surgem concausas que podem ser sucessivas ou simultâneas. No caso de concausas simultâneas, existe apenas um dano, mas este surge por mais de uma

¹⁷² Ibid . p. 413.

¹⁷³ BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 9 de maio de 2019.

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

causa. Esta é a possibilidade na qual um dano pode ser conferido a várias pessoas e a responsabilidade, neste ato, é solidária, conforme disposto pelo artigo 942, parágrafo único, do Código Civil (GONÇALVES, 2017)175:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Segundo o autor, entretanto, quando existem concausas sucessivas o entendimento se torna um pouco mais complexo. Isto porque existe uma cadeia de causas e se faz necessário descobrir qual delas deve ser considerada como a responsável pelos danos causados.

Dentre as teorias existentes para esclarecer o nexo causal, as mais comuns são a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada (adotada pelo doutrinário Cavalieri Filho) e a teoria da causalidade direta e imediata (apoiada pelos teóricos Gagliano e Pamplona Filho e Carlos Roberto Gonçalves).

Para compreender o nexo causal, imprescindível ver-se, em síntese, o que cada teoria dispõe.

Segundo a teoria da equivalência das condições, no entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 414)176:

[...] toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa. A *sua* equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria.

Na explanação de Cavalieri (2012, p. 75-76)177, a tese da equivalência:

175 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 414.

176 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 414.

177 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 75-76.

Como o próprio nome diz, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor; a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada da conditio sine qua non, ou da equivalência das condições.

Entretanto, essa teoria pode causar entendimentos e erros grosseiros no sistema jurídico, o que fez com que recebesse diversas críticas. Gonçalves (2017, p. 415)¹⁷⁸ aponta alguns exemplos de resultados que considera absurdos:

[...] na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez se tivesse de responsabilizar, também, como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso.

Cavaliere também ressalta a crítica existente ao dispor que (2012, p. 76)¹⁷⁹:

Critica-se essa teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexa causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc.

Na teoria da causalidade adequada, por sua vez, Gonçalves (2017, p. 415)¹⁸⁰ entende esta como “causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo”.

[...] uma espécie de meio-termo, mais razoável. Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução. Assim,

¹⁷⁸ GONÇALVES, Op. cit., p. 415.

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 76.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 415.

no clássico exemplo mencionado por WILSON MELO DA SILVA, do acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com outro veículo, responderia o autor do dano primeiro da vítima, o responsável pelo seu ferimento, apenas pelos prejuízos de tais ferimentos oriundos. Pelos danos da morte dessa mesma vítima em decorrência do abalroamento da ambulância, na qual era transportada ao hospital, com o outro veículo, responderia o motorista da ambulância ou o do carro abalroador, ou ambos. Mas o agente do primeiro evento não responderia por todos os danos, isto é, pelos ferimentos e pela morte.

De acordo com esta última, o agente será, então, responsabilizado somente pelos danos que resultaram direta e imediatamente de sua ação.

Em vista dos argumentos apresentados, Cavalieri (2012, p. 79)¹⁸¹ chama atenção para a expressão “efeito direto e imediato”, pois esta:

[...] não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas. Com frequência a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa.

Em que pese as teorias acima existentes, cabível mencionar a ponderação de Cavalieri (2012, p. 75)¹⁸² que diz:

Como teorias, apenas nos dão um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução. Sempre sobrar espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom-senso e da equidade. Não há, a rigor, diferenças substanciais entre as várias teorias que se propõem a decifrar o nexos causal. Todas realçam aspectos relevantes do problema e seguem caminhos mentais semelhantes para atingirem os mesmos resultados, de sorte que, em

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

¹⁸² Ibid, p. 75.

face do caso concreto, teremos que nos valer das contribuições de todas as teorias que possam nos levar a uma solução razoável.

A jurisprudência, por sua vez, segundo o entendimento do mesmo doutrinador:

[...] não tem dado ao nexos causal um tratamento teórico rigoroso, isto é, filiado a esta ou aquela teoria, mas flexível, adotando em cada caso o entendimento mais justo para a solução do problema, o que nos parece absolutamente correto.

Assim, ainda que existentes as teorias mencionadas, o Código Civil, no capítulo que trata acerca das perdas e danos, prevê a regra geral, qual seja, a do dano direto e imediato, e dispõe em seu artigo 403¹⁸³ o seguinte:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Por conta deste dispositivo, Cavalieri (2012, p. 79)¹⁸⁴ menciona que a teoria da causalidade direta e imediata acabou por ser a adotada ao dispor que:

[...] boa parte da doutrina e também da jurisprudência sustenta que a teoria da causalidade direta ou imediata acabou positivada, teoria essa que, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Embora o art. 403 fale em inexecução, o que é próprio da responsabilidade contratual, está consolidado o entendimento de que também se aplica à responsabilidade extracontratual.

Por consequência, focar-se-á no conceito previsto pela tese do dano direto e imediato - visto que o próprio Código Civil assim menciona - para que seja possível seguir um rumo e melhor entender acerca do elemento do nexos causal.

Enneccerus (*apud* Gonçalves, 2017, p. 417)¹⁸⁵, a seu modo, pondera que:

183 BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

184 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

185 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 417.

A difícil questão de saber até onde vai o nexos causal não se pode resolver nunca, de uma maneira plenamente satisfatória, mediante regras abstratas, mas em casos de dúvida o juiz há de resolver segundo sua livre convicção, ponderando todas as circunstâncias [...].

Ao examinar a teoria adotada pelo Código Civil, Gonçalves (2017, p. 418)¹⁸⁶ pondera que o legislador entendeu por não sujeitar o agente do dano por todas as infelizes e nocivas consequências do seu ato, visto que não mais ligadas a ele de forma direta. Entende, ademais, que “o legislador [...] está certo, porque não é justo decidir-se pela responsabilidade ilimitada do autor do primeiro dano”.

Ou seja, até mesmo na esfera civil, a regra penal - de que somente responderá pelo ilícito aquele que lhe deu causa -, também é válida.

Schreiber, citado por Cavalieri (2012)¹⁸⁷, ressalta que com o surgimento da responsabilidade objetiva – aquela sem a efetiva apuração de culpa – deve-se haver redobrada atenção na análise do nexos de causalidade, visto que sua interrupção será a única forma de exclusão do dever de indenizar.

Do exposto, como componente do rol de elementos da responsabilidade civil tem-se o nexos causal, o qual ser considerado como a relação de causa e efeito entre a conduta ilícita perpetrada pelo agente e o dano causado à vítima, ou seja, é necessário que haja uma ligação entre ato e dano para que o nexos de causalidade esteja presente.

Dentre as várias teorias existentes para explicá-lo, a mais aceita pela doutrina e jurisprudência pátria é a da causalidade direta e imediata, visto que não seria razoável sujeitar o agente da conduta ilícita a absolutamente todas as consequências de seu ato, por não mais estarem ligadas a ele de forma direta.

2.2.4 A culpa como elemento “essencial” da responsabilidade civil

No ordenamento pátrio subsiste o preceito geral de que o dever de ressarcimento pelo cometimento de atos ilícitos origina-se da culpa, ou seja, “da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente”. O comportamento deste último será desaprovado

¹⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 418.

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 80.

ou censurado quando se verifique que o autor poderia ou deveria ter se comportado de modo diverso, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. (DINIZ, 2011, p. 57)¹⁸⁸

É mencionada em seu sentido estrito no artigo 186 do Código Civil¹⁸⁹, dado que o referido dispositivo expressa-a como *imprudência, negligência ou imperícia*, sem abarcar a vontade intencional do agente de prejudicar – o dolo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Assim, existentes duas vertentes: culpa em sentido amplo – inclui o dolo - e culpa em sentido estrito – engloba as modalidades negligência, imprudência e imperícia.

Há, entretanto, opiniões contrárias acerca da inclusão ou não da culpa como elemento essencial da responsabilidade civil.

Sob o entendimento de Gagliano e Pamplona filho (2017, p. 79)¹⁹⁰, a culpa não deveria ser incluída como elemento da responsabilidade civil, ante a existência de outra modalidade de responsabilidade, a qual prescinde do “elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)”.

Na mesma vertente, Carlos Alberto Gherzi (1997, p. 41)¹⁹¹, em sua clássica obra, assevera o pensamento de Gagliano e Pamplona ao mencionar que:

Esta primera fase comprende los elementos comunes a toda situación fáctica, que pretenda convertirse en una situación jurídica de reparabilidad. Entendemos, entonces, que es como un filtro o tamiz de análisis científico (sociológico-axiológico-económico-jurídico), que se debe recorrer para poder acceder a la segunda fase. Estos elementos básicos o comunes son: el hecho humano, el daño y la relación de causalidad.

¹⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7**: responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

¹⁸⁹ BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

¹⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

¹⁹¹ GHERSI, Carlos Alberto, **Teoría General de la Reparación de Daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 41.

Entretanto, infere-se entendimento diverso do doutrinador Gonçalves (2017, p. 372)¹⁹², visto que inclui a culpa, em sua doutrina, em um capítulo específico acerca dos elementos essenciais da responsabilidade civil:

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. [...] Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjeto) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil.

Em que pese a existência de controvérsias acerca do tema, fato necessário é que, inclusa ou não como elemento fundamental da responsabilidade civil, o entendimento acerca do conceito de culpa no presente trabalho não deixa de ser essencial.

Assim, convém destacá-lo. Tartuce (2018, p. 176)¹⁹³ dispõe acerca de sua subdivisão e explica acerca das possibilidades contidas na culpa em sentido estrito:

[...] a culpa [, no sentido amplo,] engloba o dolo – a intenção de prejudicar outrem, a ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil brasileiro – e a culpa estrita – que vem a ser o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjeto alheio, pela fuga de um padrão geral de conduta. [...] a culpa em sentido estrito é relacionada a três modelos jurídicos, quais sejam, a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência vem a ser uma falta de cuidado somada a uma ação, algo próximo da ideia de culpa in comittendo dos romanos. A negligência, por sua vez, é uma falta de cuidado somada a uma omissão (culpa in omittendo). Por fim, a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição.

¹⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 372.

¹⁹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil:** volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 176.

O escritor José de Aguiar Dias (2011, p. 109)¹⁹⁴ leciona que:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (negligentia, imprudentia, ignavia) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico. Numa noção prática, já o dissemos, a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado de graça, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado.

Existente a possibilidade, ainda, de graduação da culpa consoante a gravidade da conduta do agente:

[...] A nossa legislação pátria não menciona esta graduação, mas ela tem respaldo na doutrina e jurisprudência, principalmente quando da fixação da indenização, principalmente no dano moral. Desta forma, encontramos três graus de culpa: grave, leve e levíssima. A primeira é aquela imprópria ao comum dos homens, o erro grosseiro, que ocorre com o descuido injustificável. Se equipara ao dolo. A segunda, é a falta que poderia ser evitada com a atenção comum, com o cuidado próprio do homem comum. A terceira caracteriza-se por uma falta de atenção acima do normal, com especial habilidade ou conhecimento singular. Todas elas levam à obrigação de reparar o dano.¹⁹⁵

Dessa forma, percebe-se a culpa pode ser dita como a vontade do agente relacionada ao ilícito. Conforme visto, ela pode ser dividida em duas espécies: aquela que abrange o elemento dolo – quando existente a intenção de causar dano a outrem - e aquela quando não há a vontade do resultado - mas este ocorre em consequência de certa falta de diligência -, e esta se fundamenta nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia.

¹⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 109.

¹⁹⁵ PORTAL EDUCAÇÃO. **Culpa** – responsabilidade civil. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/culpa-responsabilidade-civil/37846>. Acesso em: 31 maio 2019

Dessa feita, para concluir acerca do elemento culpa, cabe mencionar Antunes Varela (*apud* Maria Helena Diniz)¹⁹⁶, o qual salienta que esta “atém-se aos aspectos individuais ou subjetivos daquele comportamento e às circunstâncias concretas que levaram a sua efetivação”.

Assim, com a prática culposa de ilícito, em dissenso com o ordenamento jurídico, surge prejuízo para terceiro. Ante a violação de direitos subjetivo individual, este prejuízo deverá ser suportado e reparado pelo responsável. Portanto, “não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade”. (DINIZ, 2011, p. 57)¹⁹⁷

Ante o estudado, viu-se que a culpa é constituída, em sentido estrito, da *imprudência, negligência ou imperícia*, ou, em sentido amplo, ainda abarca o elemento dolo – a vontade intencional do agente. Em sentido amplo, pode ser considerada como a intenção de prejudicar outrem e, em sentido estrito, como uma conduta que foge dos padrões gerais esperados, ante o desrespeito a um dever previamente existente ou a violação de um direito alheio.

Constatou-se a existência de divergências acerca da inserção da culpa como elemento da responsabilidade civil. Há doutrinadores – como Gagliano e Pamplona e, também, Carlos Alberto Gherzi – que entendem por sua exclusão, visto a existência de modalidade específica de responsabilidade civil que dela prescinde – a responsabilidade objetiva. Muito embora subsistam essas divergências, não se deixou de analisar, aqui, a culpa como elemento da responsabilidade civil, conforme visto.

2.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva

De acordo com a essência da responsabilidade, o elemento culpa pode ou não ser considerado. Este é o item substancial que diferenciará a responsabilidade objetiva da subjetiva.

2.3.1 Responsabilidade subjetiva

Na responsabilidade subjetiva a obrigação que surge é decorrente da ocorrência de ato ilícito.

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

¹⁹⁷ Ibid, p. 57.

Para melhor esclarecer, convém recordar o art. 186 do Código Civil 198, o qual dispõe que ato ilícito é aquele em que há uma conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem.

Nesta modalidade, o elemento culpa passa a ser ponderado. Dessa forma, somente mediante a apuração da culpa do agente é que a responsabilidade será considerada subjetiva.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 47)¹⁹⁹ “A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”.

Assim, os casos de culpa presumida não são aqui considerados e esta é a regra geral, baseada na teoria clássica, a qual requer a preexistência de conduta intencional movida por dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

Bittar (1982 apud CAHALI 1984)²⁰⁰ explica a culpa e tece comentários acerca da subjetividade:

A teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito [...]. Entende-se, pois, que os atos ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do bonus pater familias – devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem. [...] Portanto, à antijuridicidade, deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa lato sensu é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade. Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração da esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento

198 BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 11 de maio de 2019.

199 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47.

200 BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas**. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência. São Paulo: editora Saraiva, 1984. p. 87-89.

jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil. [...] É o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade. Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à custa do seu próprio, desde que presente a subjetividade no ilícito.

De acordo com o exposto, infere-se, portanto, que a responsabilidade civil se estrutura sobre quatro elementos: a atividade humana (ação ou omissão); a *culpa latu sensu* (dolo) ou culpa strictu sensu (negligência, imprudência ou imperícia); o dano (material ou moral) e o nexu causal (relação direta de causalidade entre o fato gerador e o dano).

Cavaliere (2015, p. 44)²⁰¹ denomina esses requisitos como “pressupostos da responsabilidade subjetiva” e acerca deles explana que:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexu causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil.

À soma dos requisitos essenciais, Coelho (2012, p. 593-594)²⁰², em sua obra, esclarece acerca da responsabilidade civil subjetiva, que, ao seu ver, é forma utilizada para desestimular as condutas não saudáveis para uma equilibrada vida em sociedade. Além

201 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.

202 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 593-594.

disso, dispõe acerca da existência de outras espécies de responsabilidade que objetivam a mesma finalidade:

A imputação da responsabilidade civil subjetiva é, na verdade, apenas um dos instrumentos de que dispõe o direito para desestimular os comportamentos indesejáveis e indicar as condutas socialmente aceitáveis. Os outros dois instrumentos são a responsabilidade penal e a administrativa: aquela decorre da tipificação de certas ações ou omissões humanas como delitos (crimes ou contravenções), e esta da qualificação de atos como infração administrativa. A sanção civil efetiva-se sempre pela imputação ao culpado pelo ilícito da obrigação de entregar ao prejudicado dinheiro (equivalente ao prejuízo patrimonial ou compensador do extrapatrimonial). A sanção administrativa vale-se, principalmente, da imposição da obrigação de entregar dinheiro ao Estado (multa); adota, também, meios de execução direta, como a suspensão de atividade (fechamento de indústria poluidora), remoção de bens (guinchamento de veículo estacionado irregularmente) e outras. A sanção penal, por fim, é feita por medidas de restrição da liberdade pessoal (detenção, reclusão, prisão, prestação de serviços à comunidade) por vezes conjugada com a obrigação de entregar dinheiro ao Estado (multa penal). [...] Sempre que um ato é tipificado como delito ou qualificado como infração, cabe a imputação de responsabilidade civil ao criminoso ou infrator, sem prejuízo, conforme o caso, da responsabilidade penal ou administrativa.

De acordo com Pereira (2013, p. 507)203:

[...] a regra geral, que deve presidir a responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando autorizara ordem jurídica positiva. [...] Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

203 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 507.

Acerca dos casos em que o elemento culpa não é considerado e para arrematar o tema, Gonçalves (2017, p. 51)²⁰⁴ dispõe acerca do artigo 927 do Código Civil, o qual menciona sobre a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa:

A inovação constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil é significativa e representa, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.

Assim, conforme visto, tem-se que na responsabilidade civil subjetiva a prova da culpa sempre competia à vítima do dano. Entretanto, em alguns casos, a concepção clássica não se mostrava suficiente para resguardar os direitos dos indivíduos na sociedade moderna.

De acordo com o Cavalieri (2012, p. 43)²⁰⁵: “O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa”.

Dessa forma, em certos casos a prova da culpa era excessivamente difícil de ser produzida e acabava por ferir o restabelecimento do equilíbrio presente no *status quo*. Foi dessa forma que surgiu a possibilidade de responsabilidade independente de culpa, a seguir analisada.

2.3.2 Responsabilidade objetiva

Em que pese no Brasil o padrão seja a aplicação do conceito de responsabilidade civil subjetiva, há casos em que é mister a observância da reparação do dano independentemente da apuração de culpa, satisfazendo-se apenas com a existência do dano em si e do nexo de causalidade. Dessa maneira é que se recepciona a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil objetiva não foi criada com o intuito de substituir a responsabilidade subjetiva, mas sim de reparar os danos

²⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 43.

provenientes de atos ilícitos nas mais diversas esferas que eventualmente não prescindam da apuração de culpa. Importante hipótese acerca desse tema se encontra positivada na lei maior, em seu artigo 37, parágrafo 6º²⁰⁶:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º **As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.** 207*

Semelhante dispositivo é encontrado no Código Civil, em seu artigo 43, vê-se:

*Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*²⁰⁸

Dessa forma, verifica-se que os dispositivos concluem pela imputação da obrigação de reparação de danos sem necessidade de apuração de culpa para as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações) e as de direito privado que possam ser consideradas prestadoras de serviços públicos.

A criação desse instituto deu-se no decorrer do século XX, momento em que o critério subjetivo, imprescindível para atribuição da responsabilidade civil, passou a ser questionado por ofender a ideia de justiça, haja vista que se encontravam desamparadas aquelas vítimas de acidentes inevitáveis e não havia a possibilidade de responsabilidade sem culpa. Sob outra ótica, já havia acúmulo de capital suficiente para que fosse executada a socialização dos custos. Desta feita foi que o conceito de responsabilidade objetiva, na qual o agente deve indenizar os danos causados mesmo que sem a existência de culpa por eles, ganhou força. Nesta modalidade, não há nenhuma contrariedade ao direito no ato

²⁰⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

perpetrado, o qual é lícito, e tal fato tem gerado certa dificuldade de aceitação dessa espécie de responsabilidade pela tecnologia jurídica. (COELHO, 2015)²⁰⁹

Ainda no entendimento de Coelho²¹⁰, as tentativas existentes de tentar diminuir o “desconforto da obrigação não negocial que existe a despeito da licitude do ato do devedor”, realizadas por alguns autores, tais como a alegação de antijuricidade das atividades de risco ou do dever de não se causar danos – transgredido quando se imputa ao agente a responsabilidade objetiva - se dão em vão. Isso porque, ao entendimento do mencionado doutrinador, tais fatos são plenamente lícitos. Entende como racional a imputação de responsabilidade a quem agiu dentro da lei, mas que ocupa posição econômica vantajosa e, por isso, possui possibilidade de socializar os custos, tais como os empresários, o Estado e as agências de seguro social. Menciona ainda alguns exemplos:

Se o Município responde objetivamente pela desvalorização de imóveis urbanos produzida por viaduto que implantou na vizinhança (penso no caso do “Minhocão”, em São Paulo), isto não significa que a obra viária fosse de alguma forma irregular. Do mesmo modo, quando o fornecedor de produtos ou serviços é obrigado a indenizar, independentemente de culpa, os danos dos acidentes de consumo ocorridos dentro de certa margem estatística de defeituosidade inevitável, não quer isso dizer que sua atividade se apresentasse minimamente ilegal. [...] o empresário responde porque pode, por cálculos estatísticos, mensurar quantos de seus produtos ou serviços serão oferecidos ao mercado com defeitos potencialmente lesivos aos consumidores. Feito o cálculo, ele pode embutir no preço que pratica a taxa de socialização dos custos do acidente de consumo. Cada consumidor pagará pelo produto ou serviço um pouco mais, mas terá a garantia de ser indenizado caso venha a ter o azar de ser vitimado pelo inevitável acidente (COELHO, 2015, p. 522-524)

No mesmo sentido e no intuito de justificar a responsabilidade independente de culpa, Gonçalves (2017, p. 48)²¹¹ dispõe como existente a teoria do dano, segundo a qual:

²⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 520-521.

²¹⁰ Ibid, p. 522-524.

²¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.

[...] toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

No ensinamento doutrinário de Paulo Nader (2016, p. 57-58)²¹², este menciona a existência da teoria do risco como forma de salvaguardar a sociedade:

A responsabilidade subjetiva não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Há atividades no mundo dos negócios que implicam riscos para a incolumidade física e patrimonial das pessoas. Com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para a salvaguarda das vítimas.

O doutrinador menciona, ainda, o aspecto em comum entre as duas formas de responsabilidade, qual seja: “a ocorrência de danos e o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e as consequências nocivas à vítima.”²¹³

Em seu entendimento, “não era admissível lidar com os pleitos de indenização de danos com fundamento exclusivamente na teoria subjetiva, baseada no princípio da culpa”.

Ripert (*apud* Nader, 2016)²¹⁴ elenca o maquinismo como um dos motivos pelos quais havia a necessidade de, ao final do século XIX, ampliar a maneira de aplicação da responsabilidade civil:

“O aumento dos prejuízos devido principalmente aos maquinismos, a dificuldade de descobrir nos acidentes de causas complexas a culpa duma pessoa responsável, a favor particular sob um regime democrático para as classes sociais às quais pertencem as vítimas naturais de certos acidentes, o aperfeiçoamento das ideias científicas

²¹² NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57-58.

²¹³ *Ibid.* p. 58.

²¹⁴ *Ibid.*

e filosóficas sobre a pesquisa dos efeitos e das causas, foram as razões dominantes deste movimento.”

Outrossim, Nader (2016, p. 60)²¹⁵ explicita algumas hipóteses em que a responsabilidade objetiva se faz presente nas situações cotidianas, tais como:

[...] obrigação dos pais por danos causados pelos filhos menores. Também a de empregadores ou comitentes pelos atos dos empregados, tutores ou curadores por danos provocados pelos pupilos ou curatelados, hoteleiros e donos de estabelecimentos de ensino, respectivamente pela conduta de hóspedes e estudantes, desde que em relação onerosa.

As hipóteses supramencionadas encontram seu fundamento legal nos artigos 931, 932 e 933 do Código Civil²¹⁶:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

²¹⁵ Ibid, p. 60.

²¹⁶ BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 2 de maio de 2019.

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Cabível realizar, ainda, pequeno adendo a questão do dano presumido, conhecido como dano *"in re ipsa"* (aquele que já está na coisa), no qual também é dispensada a comprovação de culpa por parte do agente – a chamada culpa presumida. Sobre essa espécie de dano, englobado pela responsabilidade objetiva, Paulo Nader (2016, p. 125)²¹⁷ elucida e exemplifica:

O dano moral denomina-se in re ipsa quando for presumido. Neste caso a comprovação é dispensada. Às vezes, diante da conduta do agente, verifica-se essa presunção, como ocorre na devolução indevida de cheque pela instituição bancária. Em 26 de agosto de 2009, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula neste sentido, aduzindo que a responsabilidade, neste caso, independe de prova de prejuízo. Aquela Corte presume, também, o dano moral em outras circunstâncias, como na inclusão ou manutenção indevida de nome em cadastro de devedores inadimplentes, em caso de overbooking (atraso de voo) ou na utilização indevida de imagem com finalidade lucrativa.

Sobre este assunto, Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 305)²¹⁸ apontam que:

Em outras palavras, ao definirmos o dano moral, substituiríamos o subjetivismo da dor e da mágoa, pelo subjetivismo da dignidade, convenhamos, bem mais palatável por autoridade moral, universalmente reconhecida a todos os seres humanos. Aliás, essa parece ter sido a opção mais recente do Superior Tribunal de Justiça: "sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma

217 NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7:** responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 125.

218 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Peixoto Braga. Curso de direito civil: responsabilidade civil, 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 305.

*inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência in re ipsa, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio **dano, mas têm nele sua causa direta**".*

De maneira a concluir o tema, cabível mencionar Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 526)219, que assim dispõe:

A objetivação da responsabilidade permite, por fim, a abstração de qualquer juízo de valor na imputação da obrigação. O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição. Nem poderá, por outro lado, exonerar-se por nada ter feito de errado. Sua culpa é irrelevante para qualquer efeito: não constitui a obrigação, nem a afasta; não a aumenta ou diminui. Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela.

Levando-se em consideração esses aspectos, tem-se que existem duas modalidades de responsabilidade civil objetiva, quais sejam: aquela prevista na lei e aquele consequente da exploração de atividades nas quais os custos podem ser socializados entre os beneficiários. Assim, quando ausentes os requisitos para que seja imputada a responsabilidade objetiva, mas presente o elemento subjetivo, cabível a responsabilização por culpa (COELHO, 2012)220.

Ou seja, para finalizar e sintetizar a ideia de responsabilidade objetiva, tem-se que esta prescinde do elemento culpa e se satisfaz apenas com a existência do dano e do nexo de causalidade. É dessa forma que respondem as pessoas jurídicas de direito público, as de direito privado consideradas prestadoras de serviços públicos e aqueles empresários que praticam a socialização dos custos.

219 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 526.

220 Ibid, p. 683-685.

Nesta espécie, ainda, é mencionada a teoria do risco e nela também estão inseridos os casos de danos *in re ipsa* (danos presumidos).

2.4 Responsabilidade contratual e extracontratual

Visto que o tema responsabilidade civil é de grande valia neste trabalho, interessante se mostra, também, analisar a classificação da responsabilidade quanto sua origem. Assim, ver-se-á, de forma breve, as diferenças entre Responsabilidade Contratual (Negocial) e Extracontratual (Extranegocial ou Aquiliana).

Inicialmente, cabe mencionar os estudos de Paulo Nader (2016, p. 64)²²¹, local em que se encontra resumo bastante exemplificativo e de fácil compreensão entre a principal diferença entre os dois institutos – a qualidade da violação –, ao passo em que este alega que:

[...] na primeira espécie o dano é provocado em uma relação contratual. O responsável viola cláusula do contrato. Por exemplo, o construtor edifica um prédio com erros de cálculos e, em consequência, induz o desabamento, causando danos materiais e morais aos contratantes. Na responsabilidade extracontratual, inexistente vínculo obrigacional entre o autor do ilícito e a vítima. O responsável infringe a lei. Exemplo: o motorista que, por imprudência, atropela um transeunte, causando-lhe danos. Nos dois exemplos ocorre a prática de ato ilícito. Como regra geral, o ato ilícito exige dolo ou culpa em sentido estrito (imprudência, imperícia ou negligência). O Código Civil, todavia, prevê também, no art. 927, parágrafo único, a teoria do risco criado.

Exemplifica, ainda, Nader (p. 48, 2016)²²²:

A responsabilidade civil nasce sempre de um fato jurídico que, em sentido amplo, é qualquer acontecimento que gera, modifica ou extingue relação jurídica. Aquele que, utilizando-se mal de sua propriedade, provoca danos ao prédio vizinho, pratica fato jurídico lato sensu, mais especificamente, ato ilícito, devendo o seu autor responder pelos prejuízos causados ao vizinho. In casu, tem-se a responsabilidade extracontratual. Se uma companhia aérea, por desorganização, cancela determinado voo, causando lesões morais

221 NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 64.

222 Ibid, p. 48.

ou materiais aos passageiros, sujeita-se à reparação. A hipótese é de responsabilidade negocial, pois os prejuízos decorreram do inadimplemento de cláusulas contratuais. Na responsabilidade extracontratual, ocorre a infração de uma lei; na contratual, de obrigação assumida em negócio jurídico.

Carlos Roberto Gonçalves também faz uma breve diferenciação entre os dois institutos (2017, p. 43)²²³:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Feita a primeira análise sobre as duas instituições, ver-se-á, em seguida, de maneira mais detalhada cada uma delas.

2.4.1 Responsabilidade contratual (negocial)

Na visão de Nader (2016)²²⁴, ainda que a nomenclatura desse instituto se refira apenas ao contrato, importa salientar a necessidade de levar-se em consideração o negócio jurídico como um todo para este tipo de responsabilidade. Isto porque o negócio, mais abrangente, engloba também as declarações unilaterais de vontade, tal qual o é a promessa de recompensa.

Ele ressalta, além disso, que não se mostra necessária a inteira omissão do agente para constituição da responsabilidade contratual, basta a não satisfação plena da obrigação acatada - faltosa ou inexata em sua execução. Menciona, ademais, que a modalidade em questão compreende, outrossim, a fase anterior a realização do negócio - fase esta em que as partes ainda ajustam os termos -, bem como a fase celebratória e a de execução das obrigações assumidas.

Na visão de Varela (1982 apud Gonçalves 2017)²²⁵:

²²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

²²⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7**: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48-49.

²²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São

[...] a responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de prestar alimentos).

Assim, de todo o exposto tem-se que a responsabilidade contratual, em suma, é a aquela decorrente do não cumprimento das obrigações previamente estabelecidas em um contrato, a qual responsabiliza o contratante violador a reparar as consequências geradas pelo ato violado.

2.4.2 Responsabilidade extracontratual (extranegocial ou aquiliana)

De acordo com o entendimento de Pontes de Miranda (1966 *apud* Nader, 2016, p. 47-48)²²⁶, os atos ilícitos praticados na responsabilidade aquiliana são *absolutos*, pois independem de alguma relação especial entre o ofensor e o ofendido, enquanto os atos ilícitos próprios da responsabilidade negocial são *relativos*, pois a ilicitude “*concerne à vinculação negocial, que se infringiu*”.

Sob o enfoque de Paulo Nader (2016, p. 49)²²⁷:

Entre as duas modalidades de responsabilidade civil não há distinção essencial, havendo quem sustente a igualdade da natureza de ambas. Tanto na responsabilidade extranegocial quanto na negocial a obrigação de reparar pressupõe: a) ação ou omissão do agente; b) dano moral ou patrimonial a outrem; c) nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano; d) culpa lato sensu ou risco criado [...] Para muitos autores a principal diferença prática entre as duas modalidades refere-se à prova da culpa. Enquanto na responsabilidade negocial ela é presumida, na extranegocial deve ser provada por quem pleiteia a reparação.

Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

226 NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 47-48.

227 NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 43)²²⁸ explica acerca dos direitos que compreendem a violação na responsabilidade aquiliana:

[...] a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária, científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções e às marcas)

Do mesmo modo, também pode mencionar-se a tutela do interesse moral sobre os bens que constituem a vida e a integridade corporal. (DINIZ, 2011)²²⁹

A responsabilidade extracontratual, extranegocial ou aquiliana, portanto, ocorre quando da inobservância de uma obrigação negativa de não prejudicar ninguém. É passível ainda de ser dividida em simples (ou direta) e complexa (ou indireta). Será considerada simples quando o ato perpetrado é da própria pessoa imputada. Já complexo quando resultar de ato de terceiro, em que há vínculo de responsabilidade por fato animal ou de coisa inanimada sob sua guarda com o agente causador. (DINIZ, 2011)²³⁰

Embora a subdivisão existente entre responsabilidade contratual e extracontratual, Venosa (2017, p. 404-405)²³¹ entende que “não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática” entre os dois tipos de responsabilidade. “Essa dualidade é mais aparente do que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera essa afirmação”.

Nesse sentido também entende Cavalieri (2012, p. 42)²³², o qual alega existir “verdadeira simbiose” entre os dois institutos, isto porque as regras previstas para a responsabilidade contratual também são aplicadas para a extracontratual, o que enseja resultados uniformes. O autor ainda destaca o direito do consumidor neste quesito, no qual todas as vítimas do acidente de consumo são equiparadas a consumidores (artigo 17

²²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7**: responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

²³⁰ Ibid. p. 545-546.

²³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade, 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 404-405.

²³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

do Código de Defesa do Consumidor²³³) e, portanto, persiste um tratamento unitário no que concerne à responsabilidade do fornecedor.

2.5 Causas de exclusão da responsabilidade

As causas que excluem a responsabilidade civil podem ser entendidas como circunstâncias que afetam um dos elementos gerais da responsabilidade e, em decorrência, causam o rompimento do nexo causal, de forma a impedir a reparação do dano por meio da indenização (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)²³⁴.

Verificar-se-á, assim, de forma concisa, uma a uma das causas existentes.

2.5.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade é coberto de legalidade visto que seu fundamento se encontra no artigo 188 do Código Civil²³⁵, o qual assim dispõe:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Destarte, o estado de necessidade se baseia em uma situação que colida bens jurídicos tutelados pela sociedade, “de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 79)²³⁶.

233 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em 30 de maio de 2019.

234 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 178.

235 BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10 de maio de 2019

236 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

Neste caso, “não se configura uma agressão, porém desenha-se uma situação fática, em que o indivíduo vê uma coisa sua na iminência de sofrer um dano. A fim de removê-lo ou evitá-lo, sacrifica a coisa alheia”. (PEREIRA, 2018, p. 355)237

Da análise do parágrafo único do supracitado artigo, tem-se que o agente, ainda que se encontre sob ameaça de um direito, somente poderá atuar nos limites de sua necessidade para remoção do perigo.

Segundo Gonçalves (2017, p. 543)238:

O estado de necessidade, como o do motorista que invade pista contrária para fugir de obstáculo em sua mão de direção e assim colide com veículo que transitava corretamente na outra pista, embora afaste o caráter ilícito da conduta do agente, não o exime, entretanto, do dever de reparar a lesão, desde que o dono do bem danificado não seja o culpado pela situação perigosa.

Tem-se, assim, que qualquer excesso havido, ainda que o agente se encontre em estado de necessidade, será causa de sua responsabilização e, ainda que o estado de necessidade retire a ilegalidade do ato, não afasta o dever de reparar o dano.

2.5.2 Legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal

Do mesmo dispositivo citado na causa de estado de necessidade – artigo 188 do Código Civil239 –, tem-se que a os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito não constituem atos ilícitos.

Embora não mencionado de forma expressa no dispositivo legal, aquele que atua sob o estrito cumprimento de dever legal age, automaticamente, no exercício regular de um direito. (GONÇALVES, 2012)240

“Embora a civilização jurídica tenha eliminado a faculdade de fazer o indivíduo justiça por suas próprias mãos, reconhece, contudo, situações em que pode

237 PEREIRA, Caio Mário da Silva; Tepedino, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 355.

238 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 543.

239 BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

240 GONÇALVES, op. cit p. 543.

repelir, pela força, a agressão ou a ameaça de agressão: *vim vi repellere licet.*" (PEREIRA, 2018, p. 354)241

Na legítima defesa, de forma diversa do estado de necessidade, o agente se encontra perante uma real circunstância de perigo ou injusta agressão, direcionado a si ou a outrem, a qual não é obrigado a suportar. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)242

Os atores relembram que, "se o agente, exercendo a sua lúdima prerrogativa de defesa, atinge terceiro inocente, terá de indenizá-lo, cabendo-lhe, outrossim, ação regressiva contra o verdadeiro agressor" (2017, p. 181-182)243. Aqui também deverá haver uma reação proporcional a injusta agressão.

Acerca do exercício regular de um direito reconhecido, sob a perspectiva de Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 183-184)244:

Se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito. Tal ocorre quando recebemos autorização do Poder Público para o desmatamento controlado de determinada área rural para o plantio de cereais. Atua-se, no caso, no exercício regular de um direito. Da mesma forma, quando empreendemos algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, podem surgir violações à integridade física de terceiros, que são admitidas, se não houver excesso. [...] Por outro lado, se o sujeito extrapola os limites racionais do lúdimo exercício do seu direito, fala-se em abuso de direito, situação desautorizada pela ordem jurídica, que poderá repercutir inclusive na seara criminal (excesso punível).

Cabível mencionar, ainda, o apontamento de Gonçalves (2017, p. 545)245 acerca da não possibilidade de ação de regresso do Estado em face do funcionário responsável pelo ato nos casos de estrito cumprimento de dever legal:

Nos casos de estrito cumprimento do dever legal, em que o agente é exonerado da responsabilidade pelos danos causados, a vítima,

241 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador: Tepedino, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 354.

242 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 181.

243 Ibid. 181-182.

244 Ibid. p. 183-184.

245 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 545.

muitas vezes, consegue obter o ressarcimento do Estado, já que, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. E o Estado não terá ação regressiva contra o funcionário responsável (só cabível nos casos de culpa ou dolo), porque ele estará amparado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal.

Sob a ótica de Pereira (2018, p. 355)²⁴⁶, a regularidade do exercício regular do direito devera ser objeto de bom senso pelo juiz analista da situação, visto que a linha entre o exercício regular e o abuso do direito são muito tênues. Deverá ele agir com o arbítrio de homem leal e honesto, pois somente dessa maneira é que conseguirá equilibrar o subjetivismo existente na “escusativa do agente que, não obstante causar dano, exime-se de repará-lo”.

2.5.3 Caso fortuito e força maior

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 771)²⁴⁷, caso fortuito e força maior são sinônimos, de modo que este considera “fortuito [...] todo evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém. Caracteriza-se por sua imprevisibilidade ou inevitabilidade”.

Consigna, também, o artigo 393 do Código Civil²⁴⁸ acerca da condensação dos termos, o que demonstra a inexistência pragmática de diferença:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

²⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador: Tepedino, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 355.

²⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 771.

²⁴⁸ BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

Entretanto, Maria Helena Diniz, citada por Gagliano e Pamplona (2017, p. 189)²⁴⁹, tenta distinguir as duas figuras, ao mencionar que:

[...] na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.". Já "no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte."

Sob o ponto de vista de Cavalieri (2012, p. 96)²⁵⁰, já houve muita discussão acerca dessa possível diferença entre os institutos. Entretanto, até então, não houve nenhum entendimento estável sobre o tema. Contudo, para o autor:

O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente.

Assim, com a ocorrência de inevitabilidade de eventos, tanto na força maior quanto no caso fortuito, há exclusão do nexos causal, isto porque a causa originária do dano é estranha à conduta do agente.

2.5.4 Culpa exclusiva da vítima

Tem-se que quando o dano ocorre através de conduta exclusiva da vítima, do mesmo modo há rompimento do nexos causal entre o dano e a atividade do agente.

²⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 189.

²⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 96.

Nesta causa, sob o apontamento de Pereira (2018, p. 357)²⁵¹, “se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar estranho a essa circunstância”.

E, portanto, conforme assevera Coelho (2012, p. 784)²⁵²:

[...] não há razões para imputar-se a quem quer que seja a responsabilidade pela indenização dos prejuízos. A vítima deve suportá-los inteiramente porque foi apenas dela a culpa pelo evento danoso. Não basta que o demandado tenha-se envolvido direta ou indiretamente com o dano para que surja sua responsabilidade. É necessário que seus atos ou atividades tenham sido a causa do prejuízo. A culpa exclusiva da vítima afasta esta possibilidade. Mesmo se objetiva a responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima é excludente. Assim, se foi seriamente lesada por mordidas de ferozes cães de guarda ao adentrar sem autorização em imóvel alheio, não terá direito à indenização porque foi exclusivamente dela a culpa (RT, 787/229).

Disserta Coelho (2012)²⁵³, ademais, acerca da possibilidade de concorrência de culpa - nos casos em que a vítima não causa o dano sozinha-, momento este em que haverá diminuição do valor indenizatório de forma proporcional ao grau de sua culpa.

Dado o exposto, provado que a ocorrência do dano se deu por culpa exclusiva da vítima, igualmente resta descaracterizada a relação causal entre ele e a conduta do agente. Exclui-se, assim, a responsabilidade deste.

2.5.5 Culpa de terceiro

“Muitas vezes, o ato daquele que atropela alguém ou causa alguma outra espécie de dano pode não ser o responsável pelo evento, o verdadeiro causador do dano, mas, sim, o ato de um terceiro”. (GONÇALVES, 2017, p. 550)²⁵⁴

251 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador: Tepedino, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 357.

252 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 784.

253 Ibid. p. 786.

254 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 550.

De acordo com Coelho (2012, p. 779)²⁵⁵, no caso de culpa de terceiro, a inevitabilidade deve fazer-se presente no ato para que o nexa causal seja rompido e haja a exclusão da responsabilidade por culpa de terceiro:

[...] o ato culposo de terceiro, para descaracterizar a relação de causa e efeito e excluir a responsabilidade do demandado, deve ser inevitável (Rodrigues, 2002:173). A inevitabilidade pode originar-se de sua imprevisibilidade ou de obstáculos materiais. O buraco na rodovia sem a devida sinalização deve-se à culpa da concessionária. A imprevisibilidade deriva da legítima presunção do motorista de que não seria surpreendido por um defeito dessa ordem na pista. A inevitabilidade material encontra-se no exemplo acima da colisão envolvendo três veículos. O motorista do veículo B podia, pelo espelho retrovisor, antever a colisão, mas nada poderia fazer para impedi-la. [...] Quando a culpa é do terceiro, exclui-se a responsabilidade do demandado cuja conduta ou atividade não causou o dano. Não se exclui, por evidente, a do terceiro responsável, contra quem a vítima deve voltar-se.

Gonçalves dispõe que (2017, p. 550)²⁵⁶:

Segundo entendimento acolhido na jurisprudência, os acidentes, inclusive os determinados pela imprudência de terceiros, são fatos previsíveis e representam um risco que o condutor de automóveis assume pela só utilização da coisa, não podendo os atos de terceiros servir de pretexto para eximir o causador direto do dano do dever de indenizar. Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à previsível, estranho ao fato do transporte. Neste caso, isto é, quando o fato de terceiro se equipara ao caso fortuito, pode o transportador eximir-se da responsabilidade.

255 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.. p. 779.

256 GONÇALVES, op. cit p. 550.

Sobre o tema, existente a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal²⁵⁷, a qual menciona que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Dessa feita, todo acidente ocorrido durante um transporte, obriga o transportador a indenizar seu cliente/vítima pelos danos causados. O que pode é, posteriormente, ajuizar ação regressiva contra o terceiro culpado.

Sob o entendimento de Gagliano e Pamplona (2017, p. 196)²⁵⁸:

O fundamento desse entendimento sumulado é claro na medida em que a obrigação do transportador é de resultado, compreensiva de inafastável cláusula de segurança, mesmo que esta não esteja expressamente prevista no contrato. Por isso, deverá indenizar a vítima, sem prejuízo de eventual direito de regresso.

De acordo com os estudos de Coelho (2012, p. 781)²⁵⁹:

[...] Se o demandado explora atividade de que se espera certa garantia, será interno o ato culposo de terceiro que a frustrar. Haverá, neste caso, responsabilização pelos danos decorrentes. De outro lado, se da atividade explorada pelo demandado não se espera determinada garantia, a frustração desta por culpa de terceiro configura ato externo. Aqui, opera-se a excludente da responsabilidade objetiva, e a vítima só pode demandar o causador culpado do dano.

Entretanto, há casos em que o acidente havido não está relacionado, de fato, com o transporte em si. Assim, exemplifica Gonçalves (2017, p. 551)²⁶⁰:

Por exemplo: quando alguém, do lado de fora, efetua disparo contra ônibus ou trem em movimento, ferindo passageiro. Trata-se de fato

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 187. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3505>. Acesso em 7 jun. 2019.

²⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 196.

²⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2 – obrigações – responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 781.

²⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 551.

inevitável e imprevisível, estranho ao fato do transporte. Neste caso, isto é, quando o fato de terceiro se equipara ao caso fortuito, pode o transportador eximir-se da responsabilidade. O fato de terceiro, com efeito, só exonera quando constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine totalmente a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato. Se dois passageiros brigam no interior do ônibus e um fere o outro, também inexistente responsabilidade da transportadora, porque o evento está desligado do fato do transporte. Mas haverá responsabilidade quando o motorista do ônibus discute com o motorista de outro veículo e este efetua disparo, ferindo passageiro do coletivo. [...]

Em conclusão, alega que (2017, p. 554)²⁶¹:

[...] o causador direto do dano só se eximirá da obrigação de indenizar se sua ação for equiparável ao fortuito (caso em que terá sido mero instrumento do terceiro, servindo de “projétil”). Quando essa situação está bem caracterizada, a ação deve ser proposta unicamente contra o terceiro, o verdadeiro e único causador do evento.

Em que pese o alegado por Gonçalves, sob o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 783)²⁶²:

A exclusão de responsabilidade objetiva por ato de terceiro é, contudo, ainda controversa. Não é pacífico que a excludente tem cabimento só quando a conduta culposa do terceiro é externa à atividade do demandado. Há decisões judiciais, de um lado, isentando empresas de transporte coletivo urbano da obrigação de indenizar quando o acidente de trânsito tenha sido provocado por terceiros (RT 799/246) e, de outro, imputando-lhes responsabilidade por danos decorrentes de um crime de estupro, porque a vítima começou a ser perseguida pelos estupradores dentro do ônibus (Couto, 2001, julgado 050), ou de ferimento à bala de passageiro que se encontrava na plataforma de embarque (RT, 795/228).

Conforme exposto, verifica-se que existentes decisões em sentidos diversos acerca da culpa de terceiro como excludente de responsabilidade, resultando em controvérsias

²⁶¹ Ibid. p. 554.

²⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** 2 – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 783.

acerca do tema. Assim, tem-se que, no caso concreto, tudo irá depender da análise e bom senso do julgador.

3. ESPÉCIES DE DANOS

3.1 Dano patrimonial

O dano patrimonial está associado à ideia de violação ao conceito de patrimônio. Para Diniz (2011, p. 84)²⁶³, patrimônio pode ser entendido como “uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa”.

Ou ainda, conforme assevera Fischer (*apud* Maria Helena Diniz, 2011, p. 84)²⁶⁴, também pode ser conceituado como “a totalidade dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa”.

3.1.1 Dano emergente e lucro cessante

Ainda em se tratando de dano, no quesito patrimonial, é possível dividi-lo em dois tipos, dos quais cabível breve explanação.

O artigo 402 do Código Civil²⁶⁵ dispõe acerca do dano emergente e o conceitua como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Menciona, ademais, o segundo tipo de dano, ao mencionar como dano também aquilo que a vítima “razoavelmente deixou de lucrar”, conhecido por lucro cessante:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Acerca do dano emergente, Cavalieri (2012, p. 103)²⁶⁶ o consigna como aquele que causa efetiva redução do patrimônio ao haver comparação entre o antes e após da ocorrência do ilícito:

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do

²⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

²⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 103.

ato ilícito. [...] A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a restitutio in integrum.

Já acerca do lucro cessante, assevera que é tido como aquele que não atingirá a vítima de forma instantânea, mas causará dano futuro em seu patrimônio²⁶⁷:

O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos o lucro cessante. É a consequência futura de um fato já ocorrido. O médico ou advogado que, em razão de um acidente, fica impossibilitado para o trabalho por vários meses, deve ser indenizado pelo que deixou de ganhar durante esse período. Na trilha de Antônio Lindbergh Montenegro, que, por sua vez, se funda em Adriano De Cupis, pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante. Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

Assim, tem-se que o dano se medirá, em suma, pela diferença havida entre o efetivo valor do patrimônio da vítima e aquele que existiria caso não houvesse a perpetração do ilícito. Conforme visto, pode, ainda, além do prejuízo efetivamente havido (dano emergente), existir um dano futuro e aferível, consistente no acréscimo patrimonial que a vítima obteria e deixou de obter em razão da ocorrência do dano (lucro cessante). (DINIZ, 2011)268

267 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

268 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7:** responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84-85.

Para arrematar estes primeiros tópicos e, ante o exposto, viu-se que dano patrimonial pode ser conceituado como a integralidade de bens economicamente aferíveis de uma pessoa. Já o dano emergente, inserido no patrimonial, é dito como aquilo que a vítima efetivamente perdeu, a efetiva diminuição de patrimônio havida. O lucro cessante, contudo, foca-se no futuro e naquilo que a vítima deixará de lucrar ante a ocorrência do dano.

Analisado o dano patrimonial e suas subdivisões, ver-se-á seguir, de maneira mais detalhada, acerca do conceito de dano moral e seus aspectos.

3.2 Dano moral e os direitos de personalidade

Já no que tange à ideia de psíquico, de sentimento, moralidade e ofensa à dignidade humana, tem-se o conhecido dano moral.

Segundo estudo do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (p. 446-448, 2017)²⁶⁹:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. [...] Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, n. V (que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e n. X (que declara invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”) e, especialmente, no art. 1º, n. III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático “a dignidade da pessoa humana”.

Ainda nesta mesma linha de considerações, Bittar (2015, p. 242)²⁷⁰ assevera que:

Dizem-se, então, morais os danos experimentados por algum titular de direitos, seja em sua esfera de consideração pessoal (intimidade, honra, afeição, segredo), seja na social (reputação, conceito,

269 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446-448

270 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 242.

consideração, identificação), por força de ações ou omissões injustas de outrem, tais como agressões infamantes ou humilhantes; discriminações atentatórias; divulgação indevida de fato íntimo; cobrança vexatórias de dívida; e outras tantas manifestações desairosas que podem surgir no relacionamento social.

Muito embora a extrema importância do tema, os danos exclusivamente morais somente foram tidos como indenizáveis após a Carta Magna de 1988 - a qual incluiu a defesa dos consumidores como ordem principiológica em seu artigo 5º, inciso XXXII²⁷¹:

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: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

No entanto, com o fim de não banalizar o dano moral e, conseqüentemente, gerar ações no judiciário por aborrecimentos triviais, Sérgio Cavalieri (2012, p. 118)²⁷² entende que só deve ser reputado como dano moral:

[...] a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. [...]

E Gonçalves acrescenta que (2017, p. 448)²⁷³:

271 BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

272 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 118.

273 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446-448

Do mesmo modo, não se incluem na esfera do dano moral certas situações que, embora desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de determinadas atividades, como, por exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²⁷⁴:

*APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DPVAT. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. GRAU DE LESÃO E VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO OU ARGUMENTO APTO A INFIRMAR A CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. FATOS DESCRITOS NA INICIAL QUE NÃO EVIDENCIAM SITUAÇÃO ABUSIVA E CAUSADORA DE EXTREMA HUMILHAÇÃO OU INCÔMODO AO SEGURADO. MERO ABORRECIMENTO DO COTIDIANO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A indenização do seguro obrigatório (DPVAT) deve ser paga de forma proporcional ao grau de invalidez parcial permanente do beneficiário (Súmula 474/STJ), adotando-se como parâmetro a tabela anexa à Lei n. 6.194/74 e, no caso dos acidentes anteriores à sua publicação, as tabelas do CNSP e da SUSEP (STJ, REsp n. 1.303.038/RS). **Para a configuração do dano moral o sofrimento de quem se diz ofendido deve ultrapassar a linha da normalidade, atingindo sobremaneira a reputação, a honra ou a integridade moral do indivíduo e o seu comportamento psicológico. Não merece indenização o simples desagrado, a irritação ou o aborrecimento do outro diante de situação cotidiana ou de mero inadimplemento contratual no qual não se verificou nenhuma abusividade suscetível de causar à parte grave constrangimento.** (TJSC, Apelação Cível n. 0313141-12.2016.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-03-2019).*

Na fundamentação do supracitado julgado, a apelante apresentou um dano funcional parcial incompleto de membro superior esquerdo, com perda funcional de 25% (vinte e cinco por cento). Entretanto, não restou evidente o ilícito que fundamentou o pedido de indenização por dano moral. A recorrente alegou que o dano moral estava

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. n. 0313141-12.2016.8.24.0033, de Itajaí.** Apelante: C. G. A. Apelada: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S/A. Relator Des. Sebastião César Evangelista, 28 de mar. de 2019.

configurado pela negativa de pagamento à parte autora na esfera administrativa, circunstância que teria acarretado séria ofensa à dignidade da pessoa, mas o entendimento do Tribunal foi contrário e julgou o caso como mero aborrecimento do cotidiano a negativa administrativa.

Segundo o ponto de vista de Stoco (2007, p. 1237)²⁷⁵, quando não se é mais possível retornar ao status havido antes do dano, o dano material se indeniza pelo valor equivalente em dinheiro. Entretanto, essa possibilidade não existe no dano moral visto que não há qualquer equivalência patrimonial que possa ser estipulada. Assim, nesse caso, o dano moral “se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório”.

Cahali (2005, p. 44)²⁷⁶ complementa:

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo que tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Dessa maneira, Resedá (2008)²⁷⁷ menciona que, no caso do dano moral:

O ponto de análise não seria o bem em si, como sugerem os negativistas, mas sim algo mais profundo que se encontra insculpido na subjetividade de cada um, ou seja, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa em seu significado mais amplo, o que implica em dizer que eles são “feridas da alma”.

Assim, muito embora o tema seja repleto de conceitos diversos - omissivos, positivos, dentre outros -, a Carta Magna de 1988 prevê em, já em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito,

²⁷⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1.236-1.237.

²⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 44.

²⁷⁷ RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

Sob o entendimento de Cavalieri (2012, p.113)²⁷⁸, foi dessa forma que o dano moral ganhou novo conceito:

Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 52, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: "Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável." Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória" (Ap. cível 40.541, reI. Des. Xavier Vieira, inADCOAS 144.719)

Hodiernamente, entretanto, o conceito de dano moral foi alterado e deixou de ser considerado apenas como aquele que traz consigo sofrimento²⁷⁹:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação

²⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 113.

²⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 115-116.

pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

De acordo com Resedá (2008)²⁸⁰, essa transformação de pensamento, aliada à evolução da responsabilidade civil:

[...] fez com que tornasse intolerável a ideia de deixar a vítima de uma agressão a direito personalíssimo irressarcida por parte do sujeito ativo. Se assim fosse, acarretaria num completo desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que reinaria livre a impunidade para situações semelhantes, fulminando, por completo, o preceito principal da Justiça: a manutenção da ordem e da paz social. [...] O movimento de personalização das relações jurídicas acarretou na valorização de uma gama de direitos inerentes ao indivíduo denominados direitos da personalidade. O ser agora está inserto nos problemas sociais e seus conflitos não mais dizem respeito à sua individualidade, mas sim a toda coletividade. [...] Ademais, a valorização da pessoa, trouxe consigo uma maior preocupação com os direitos da personalidade. A própria Constituição Federal agregou em seu texto, de forma expressa um rol exemplificativo destes direitos: o inciso X do art. 5º faz alusão ao direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, por exemplo.

Existentes ainda outros dispositivos na Lei Maior²⁸¹ que fazem referência a atributos da personalidade, tais como o inciso III do artigo 5º, segundo o qual "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"; o inciso XLIX do mesmo dispositivo, o qual assegura aos presos o "respeito à integridade física e moral"; os incisos IV e IX, que asseguram a liberdade de manifestação e expressão e, ainda, o inciso VIII, que assegura a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política.

Cumpre salientar, outrossim, importante e curiosa menção acerca do direito geral de personalidade, produzida por Andrade (2006, p. 22)²⁸², a qual dispõe que:

²⁸⁰ RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

²⁸¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

²⁸² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitives damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 22.

[...] a idéia de um “direito geral de personalidade” reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da segunda grande guerra. O impacto causado pelas atrocidades cometidas no conflito mundial e o crescimento da sociedade de consumo levaram a uma busca pela ampliação tutela da personalidade humana. A tutela de aspectos particulares da personalidade se mostrou insuficiente para a proteção do homem na sociedade atual. Passaram as constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países, então, a admitir a existência de um direito geral de personalidade sem deixar de focar algumas de suas expressões particulares.

Conforme entendimento de Borges (2005, p. 21)283:

Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana consideradas em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.

Dessa maneira, com a valorização da pessoa através de sua elevação à redação constitucional, houve a criação de uma categoria especial no que tange aos direitos da personalidade. É através dele que se busca garantir uma maior proteção à pessoa com base em seus elementos essenciais.

Muito embora a previsão legal que dispõe acerca da proteção dos bens fundamentais da pessoa humana - tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas -, tem-se que esse rol é meramente exemplificativo, visto que faz-se necessária a proteção integral dos direitos e interesses do ser humano, de forma a evitar todo e qualquer comportamento considerado ilícito.

283 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

Sob o entendimento de Resedá (2018)²⁸⁴, ainda, “considerar tais direitos como hipóteses estanques, ao invés de exemplos, seria mitigar de forma gritante a proteção extensiva desejada pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.

Dessa maneira, tem-se que, atualmente, as hipóteses mais comuns de violação de direitos de personalidade são ditadas pela doutrina e pela jurisprudência pátria, visto que no texto constitucional o rol é meramente exemplificativo.

Ocorre que, desde o momento em que reemergida a proteção dos direitos de personalidade - na remota época da segunda guerra mundial - até os dias atuais do mundo hodierno, a proteção dos direitos de personalidade somente expandiu. Acerca do tema, Resedá²⁸⁵ dispõe em seus estudos sobre a evolução que permeia nossa sociedade em ritmos cada vez mais frenéticos:

Diariamente, a evolução social acaba por identificar novos aspectos inerentes à personalidade humana, elevando-os a interesses passíveis de proteção pela norma. A tecnologia invade o cotidiano das pessoas. A mudança de costumes e a rejeição às tradições são cada vez mais freqüentes. O homem passa a ser refém da sua própria criação. A complexidade da sociedade faz com que violações diversas se proliferem com facetas antes impensáveis. Assim, as determinações legais constantes na Constituição Federal e, atualmente, no Código Civil, nada mais são do que uma maneira de garantir celeridade na proteção daqueles direitos já reconhecidos, não importando, repise-se, na sua limitação.

No intuito de limitar-se ao objetivo do presente trabalho, obrigatória a dispensa de uma análise mais aprofundada acerca do tema de direitos de personalidade, visto que bastante complexo e, em consequência, gerador de inúmeros estudos específicos ao longo dos anos.

Por fim, cumpre ressaltar que com o genérico conceito de dano moral previsto no texto constitucional deu à dignidade da pessoa humana grande destaque no que concerne ao tema de responsabilidade civil. “A partir de então, abre-se a proteção jurídica a todas as pessoas, na forma mais ampla possível, apenas pela sua condição de pessoa humana,

²⁸⁴ RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

²⁸⁵ Ibid.

pouco importando a sua faixa etária ou sua capacidade de discernimento”. (RESEDÁ, 2008)286

Sob o enfoque de Andrade (2006, p. 30)287:

A violação do princípio da dignidade da pessoa humana, para o fim de configuração do dano moral, é muito mais do que o ato que afeta o íntimo existencial (vida, saúde, integridade física, habitação, educação). O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes dimensões e também pode ser violado em diferentes níveis. O dano moral envolve esses diversos graus de violação da dignidade humana. Abrange todas ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social.

Dessa feita o é que, ao considerar-se o vago conceito de dignidade da pessoa humana somado à constante e acelerada evolução da sociedade, surgem inúmeras situações merecedoras de proteção ante a violação dos direitos de personalidade, mas que, por não se encontrarem previstas de forma expressa pelo legislador, trazem a tona o importante papel do juiz como intérprete das situações concretas, para que, dessa forma, possa garantir a efetiva e integral proteção a todos os seres humanos.

3.2.1 Tipos de dano moral

3.2.1.1 Danos morais puros (ou diretos) e danos morais reflexos (ou indiretos)

Segundo Gagliano e Pamplona (2017, p. 131)288, a diferenciação entre estes conceitos é “salutar [...], eis que se constituem em classificações oriundas do requisito “causalidade entre o dano e o fato”, imprescindível para a configuração do dano indenizável”. Dessa forma, ver-se-á as principais explanações acerca das diferenças entre dano direto, também chamado puro, e indireto, nomeado também de reflexo.

O dano moral puro (direto) é aquele que se finda no momento da lesão específica ao direito de personalidade.

Por outro lado, o dano reflexo é aquele que perpassa a pessoa da vítima e:

286 Ibid.

287 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages** na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 30.

288 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 131.

[...] produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial, como é o caso, por exemplo, do furto de um bem com valor **afetivo** ou, no âmbito do direito do trabalho, o rebaixamento funcional ilícito do empregado, que, além do prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao trabalhador (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 132)²⁸⁹

Gonçalves (2017, p. 424)²⁹⁰ melhor esclarece acerca do dano indireto:

Este é também denominado “dano em ricochete” e se configura quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem. É o que acontece, por exemplo, quando o ex-marido, que deve à ex-mulher ou aos filhos pensão alimentícia, vem a ficar incapacitado para prestá-la, em consequência de um dano que sofreu. Nesse caso, o prejudicado tem ação contra o causador do dano, embora não seja ele diretamente o atingido, porque existe a certeza do prejuízo.

Neste aspecto, Bittar menciona exemplos da diferenciação entre ambas as concepções ao alegar que (2015, p. 53)²⁹¹:

[...] [no dano direto] a ação pode estar voltada para um certo fim e nele exaurir as suas potencialidades (como na injúria que atinge o lesado, submetendo-o a sensações desagradáveis, pessoais ou sociais), ou ultrapassar os respectivos contornos, diante das circunstâncias do caso concreto (como na consequente perda de oportunidade causada pelo fato danoso) [no caso do dano indireto]. [...]

Américo Luís Martins da Silva (2012, *apud* Monteiro Filho e Zanetta, 201-)²⁹², assevera que:

Assim, no caso de um indivíduo que presencia um atropelamento, não está legitimado a pleitear indenização, mesmo que a cena lhe

289 Ibid. p. 132.

290 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 424.

291 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

292 MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros; ZANETTA, Renata Pinto Lima. **O dano na responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc7.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em 14 maio 2019.

provoque grande dor. Todavia, no mesmo exemplo, caso exista uma relação de parentesco próxima entre o indivíduo e a vítima, aquele será lesado indiretamente e, por conseguinte, como lesado indireto, tanto quanto a vítima, poderá postular a reparação civil do dano moral como um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por ele (e pela vítima) sofrida. Nessa linha, o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que objetiva a satisfação de um bem extrapatrimonial inserido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a intimidade, o decoro, a imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Já o dano moral indireto, por sua vez, consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação de bens jurídicos patrimoniais, que produz depreciação a um bem extrapatrimonial (como a perda de coisa com valor afetivo).

Em que pese a existência de danos diretos ou indiretos, os danos ainda podem ser divididos em danos estéticos, punitivos, por perda de uma chance, coletivos e sociais e difusos.

Sobre o tema, o juiz Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 8)²⁹³ dispõe que:

*Os danos morais, por sua vez, são caracterizados por ultrapassar a esfera material da vítima e podem abranger quatro modalidades distintas, a depender da natureza do dano causado, consistentes em: **a)** injúria psicológica (ou danos morais puros), decorrente de agressão forte ao ânimo da vítima, capaz de lhe causar sofrimento mental, angústia ou sensação de impotência; **b)** agravo físico ou estético, acarretado por lesões à integridade física do agente, causando dor física, redução de sua capacidade de trabalho ou deformidade; **c)** abalo de imagem ou de crédito, consubstanciado em ofensa à honra objetiva da vítima, diminuindo seu conceito perante a sociedade ou o mercado, inclusive de modo a reduzir seu prestígio ou aceitação; e, **d)** danos punitivos, que decorrem necessariamente do pedido de reparação moral em sentido amplo, porém tem a função independente de reprimir a reiteração de ações lesivas em*

293 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 4 jun. 2019. p. 8.

sociedade, sob a forma de uma penalidade imposta ao agente causador do dano.

Acerca da possível cumulação de danos, o magistrado ainda assevera que “cabível a somatória dos referidos prejuízos, mormente considerando que um mesmo ilícito pode incidir negativamente em diferentes aspectos da personalidade”.

De forma a ratificar esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão através das Súmulas 37294 e 387295, as quais preconizam, respectivamente, que: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” e “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Isto porque, para fins de restituição integral – preconizada pela responsabilidade civil –, os prejuízos integrais precisam ser compensados, com a conseqüente soma dos danos materiais com os variados tipos de danos morais. (ZANON JÚNIOR, 2013)296

Assim, analisadas as principais diferenciações entre dano direto e indireto e acerca da possível cumulação de danos, necessária se faz a explanação acerca de quais os requisitos para que o dano (seja ele direto ou indireto) seja passível de indenização.

3.2.2 Funções do dano moral

Muito embora o princípio geral da responsabilidade civil seja o retorno ao *status quo* existente antes da prática do ilícito, na seara dos danos morais tal propósito se torna bastante complicado, visto que, por lidar com questões do âmago do ser humano, dificilmente se conseguirá reconstituir o cenário anteriormente havido.

Isto vem ao encontro de Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 317)297, os quais relatam que:

Ora, essa tão desejável volta ao estágio anterior, ainda que possível (em tese), para os danos patrimoniais, é absolutamente impossível

294 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 37. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=37>. Acesso em 7 jun. 2019.

295 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 387. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em 7 jun. 2019.

296 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais**: Espécies e critérios de valoração. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 4 jun. 2019. p. 3.

297 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Peixoto Braga. Curso de direito civil: responsabilidade civil, 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 317.

para os danos morais. Muitos diriam que tal assertiva parte da premissa quanto à impossibilidade de se fixar um preço para as situações jurídicas da personalidade, eis que a dignidade não é reconduzível ao mundo dos valores. [...] Por isso, o que definitivamente impede que se possa indenizar um dano extrapatrimonial é a completa inviabilidade de se resgatar uma situação de equivalência em prol daquele que sofreu uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Em matéria de dano moral, o dinheiro cumpre uma função natureza satisfativa para a vítima. Não se trata de alcançar uma equivalência mais ou menos exata, própria das questões de índole patrimonial, mas de compensar o lesado, mesmo que de forma imperfeita, pois o valor estipulado não apaga o prejuízo, nem o faz desaparecer do mundo dos fatos, mas satisfaz a uma finalidade. Outrossim, compensar o dano moral não significa conceder ao ofendido um soma destinada a aquisição de bens ou prazeres materiais capazes de anular as consequências dolorosas da lesão à dignidade, uma espécie de contraponto à sensação negativa produzida na subjetividade do lesado. Claro que o dano moral não pode ser associado: a um "preço de consolo", um slogan publicitário: "No mundo encantado da Disney você recupera a felicidade perdida." Sabemos que o dano moral não corresponde à dor, mágoa ou depressão que o indivíduo experimenta, mas a uma transformação existencial consequente a uma lesão. Serão igualmente aquinhoados com uma importância em pecúnia, aqueles que mantêm a serenidade diante da gravidade do fato ou mesmo quem seja incapaz de compreender o seu caráter doloroso. Portanto, confundir "satisfação" com prazeres ou alegrias acaba por reduzir o dano moral a sentimentos exteriorizados pela vítima. Nenhum prazer servirá como compensação em pro daquele que se suprimiu a própria aptidão para sentir prazer.

Já o autor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 826)²⁹⁸ entende correta a aplicação de compensação à vítima pelo sofrimento por esta perpassado:

A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela tormentosa dor experimentada pela vítima em alguns eventos danosos. Imagine o

²⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 826.

que sente a mulher estuprada, o pai que assiste ao bárbaro espancamento do filho, o paciente vítima de erro médico numa cirurgia plástica, o trabalhador honrado contra quem foi tirado indevido protesto de título. Não são sofrimentos irrelevantes, desprezíveis, facilmente absorvíveis, mesmo pelas pessoas mais amadurecidas e experimentadas. Agride os valores de justiça cultivados pela civilização do nosso tempo deixar de atender a esses doídos desdobramentos dos eventos danosos.

O juiz Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 2)299 menciona ainda não haver consenso entre os aspectos punitivos ou compensatórios do dano moral:

Igualmente não persiste divergência significativa quanto ao critério para fixação do valor da reparação material, sendo amplamente admitido o emprego do parâmetro da proporcionalidade matemática à extensão econômica do dano. Ou seja, a reparação terá o valor correspondente ao dano. Sob tal ótica, busca-se a reparação integral, ou seja, a condenação do agente causador do dano ao pagamento de todos os prejuízos materiais comprovados, de modo a comportar a restituição total (restitutio in integrum). Tal critério deriva do entendimento de que a parte vitimada deve ser, tanto quanto possível, devolvida ao estado anterior à ocorrência do dano (status quo ante). Este parâmetro de fixação está expressamente previsto no art. 944 do Código Civil (CC), segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”, muito embora o respectivo parágrafo único estabeleça que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Todavia, em se tratando de danos morais (extrapatrimoniais), não se verifica ainda uma convergência ampla acerca da classificação útil de suas modalidades, de quais são os critérios para fixação do valor e, notadamente, acerca da aceitação e das características do seu aspecto punitivo. Sem embargo, embora existam obras indicando quais as hipóteses de cabimento de compensação por danos morais, tais textos ainda estão pautados na construção jurisprudencial gradual de tal modalidade de lesão cível, de forma assistemática e, ainda, com considerável

299 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 2.

divergência acerca dos critérios de cálculo, principalmente quanto à faceta penalizadora da condenação.

Grande parte da doutrina - como Cahali, Gonçalves, Diniz e Moraes -, tende para uma natureza mista do caráter indenizatório, respaldado em caráter reparador e preventivo, conforme ver-se-á em seguida, muito embora existam entendimentos em outros sentidos.

Dessa forma, ante as diversas convicções existentes, ver-se-á os motivos porque cada qual podem ser entendida como fator da natureza jurídica quando da indenização por danos morais.

3.2.3.1 Compensatória, preventiva ou punitiva

Existentes várias vertentes acerca da real e atual função da indenização do dano moral. Ver-se-á, portanto, as diversas opiniões sobre o tema.

Sobre esse aspecto, Coelho (2012, p. 828-829)³⁰⁰ resume pensamentos doutrinários existentes e aponta que:

Na tecnologia jurídica brasileira, há uma enorme confusão sobre o tema. A lição de Carlos Alberto Bittar enfatiza a ligação entre a indenização dos danos morais e o corretivo à conduta do devedor. Na quantificação dos danos, ensina, o montante deveria servir de advertência ao lesante quanto à repulsa do ato lesivo. Deveria ser significativo, em vista da condição econômica do devedor, de modo a desestimulá-lo [...]. Também Maria Helena Diniz, ao apontar a natureza jurídica da reparação moral, prioriza o aspecto que chama de penal. Aliás, mesmo ao mencionar seu outro aspecto, chamado **compensatório** ou satisfatório, a ilustre doutrinadora reforça a ideia dos danos morais como medida de repressão, justificando-os *como resposta ao menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais da parte do lesante [...]*.

O doutrinador, por sua vez, entende que a dor havida pela prática do ilícito não pode ser desfeita com sentimentos vingativos ou através de valores pecuniários. Entretanto, o único instrumento possível de amenizá-la, em nossa sociedade moderna, é o dinheiro. Assim, a função da reparação dos danos morais não objetiva prevenir nem punir,

³⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 828-829.

mas apenas compensar a dor experimentada pelo ofendido. É através do aumento patrimonial que, hoje, se busca trazer a indenização mais justa possível. (COELHO, 2012)301

Coelho ainda menciona que várias decisões entendem o instrumento da indenização por dano moral como medida dissuasória e preventiva. Entretanto, ressalta que esta não se destina a sancionar o agente ou prevenir novos ilícitos e, por isso, não pode ser confundida com a indenização punitiva (*punitive damages*), visto que o objetivo desta, por sua vez, é, de fato, a penalização pelo menosprezo absoluto aos direitos alheios. (COELHO, 2012)302

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 467)303, por seu turno, afirma que a reparação indenizatória visa compensar a vítima e punir o ofensor, isto porque “ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”.

Fábio Ulhoa Coelho (2012)304 explana, também, acerca de sua visão sobre o caráter punitivo do dano moral e entende seu cabimento apenas no contexto da responsabilidade civil subjetiva, visto que esta modalidade de responsabilidade pressupõe a existência de ato ilícito e, por isso, a indenização até poderia ser entendida como sanção. Distante deste panorama, entretanto, sustenta que a função sancionatória dos danos morais é inconsistente. Na responsabilidade objetiva os danos morais não podem ter o significado de pena. Isso porque o agente foi responsabilizado objetivamente e sua culpa não foi verificada. Assim, a indenização consequente não terá sentido de qualquer forma de reprovação.

O doutrinador também ressalta a diferença existente entre indenização punitiva e danos morais e defende que diante da existência de condutas repulsivas, é cabível a indenização punitiva. Entretanto, evidencia que as funções de cada verba indenizatória são diferentes cumpre e dispõe acerca da possibilidade de cumulação entre os danos morais e a indenização punitiva. (COELHO, 2012)305

301 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 826.

302 Ibid.

303 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 467.

304 COELHO, op.cit.

305 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829.

De acordo com o pensamento da doutrinadora Maria Helena Diniz (2011, p. 125)306, o caráter da indenização também é uma fusão de pena e de compensação, e não de uma indenização pela dor ocorrida ou pela perda da tranquilidade. A escritora alega que através do montante indenizatório o ofendido poderá buscar satisfazer as necessidades que julgar convenientes de forma a atenuar o sofrimento causado. Dessa forma, ela divide a função do montante indenizatório em dois componentes:

[...] a) penal, ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

Sob outra ótica, Moraes (2003)307 aponta a tese de que a função compensatória – na qual haveria uma permuta da dor causada pelo prazer que o dinheiro poderia proporcionar – só serviria para vítimas mais carentes, as quais se satisfariam com a aquisição, por exemplo, de uma televisão nova. E, assim sendo, as vítimas mais bem abastadas ficariam sem indenização eficaz. Em detrimento dessa questão é que a professora defende o caráter punitivo da indenização e a teoria do desestímulo, fundada na questão da exemplaridade dos preceitos de punição. Com a aplicação de um montante indenizatório significativo, o ofensor se conscientizaria de que tal comportamento lesivo não pode mais persistir.

A doutrinadora menciona que, segundo a corrente defensora da ideia punitiva da indenização, “há necessidade de se impor pena ao ofensor no dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões, de modo que a indenização funcionará, também, como uma espécie de pena privada em benefício da vítima”. (MORAES, 2003, p. 222)308.

306 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7**: responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

307 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

308 Ibid. p. 222.

A despeito do caráter da reparação por danos morais, Yussef Said Cahali (apud Carlos Roberto Gonçalves)³⁰⁹ aduz que permanecem ínsitos os caracteres sancionatório e aflitivo e, portanto, não muito diferem do caráter de ressarcimento dos danos patrimoniais.

O autor também aponta o acerto daqueles que consideram a natureza sancionatória da indenização moral ao dispor que o direito moderno aperfeiçoou o caráter aflitivo existente como forma de sanção legal e consequência do ilícito que ocasionar dano a outrem. (CAHALI, 1998)³¹⁰

Do mesmo modo, o conceituado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 59)³¹¹ defende a aplicação do caráter compensatório. Menciona que, quando do dano patrimonial, se visa repor em espécie o prejuízo causado, de modo que a indenização se ajusta e reconduz o patrimônio da vítima ao estado em que anteriormente se encontrava. Contudo, no dano extrapatrimonial, a sanção não se resolve através de indenização, visto que indenizar significa anulação do prejuízo ocasionado, o que não é possível de ser realizado no dano moral. Dessa maneira, a reparação moral se dá através de mera compensação pecuniária em favor do lesado e proporciona uma reparação satisfativa.

Em seus estudos, Farias, Rosenvald e Netto (2017) 312, enfatizam o caráter preventivo da responsabilidade civil através da retenção de condutas ofensivas. Entretanto, mencionam que a função compensatória do dano mora implica o reconhecimento de que a reação ao dano extrapatrimonial seria o oferecimento de certa quantia monetária à vítima. Em decorrência disso, dispõe que a monetarização e valoração de bens jurídicos – os quais antes eram tidos como inestimáveis – faz com que se busquem vantagens financeiras e simboliza ao ofensor “(e potenciais ofensores) que existe um preço capaz de eliminar qualquer questionamento ético sobre o impacto de um ilícito na dignidade do ofendido”.

Os estudiosos analisam ainda outros problemas quando da função indenizatória do dano moral:

Some-se a isso a enorme dificuldade no estabelecimento de critérios objetivos para quantificação dos danos extrapatrimoniais, demonstrando que nenhuma fórmula será suficientemente

309 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 468.

310 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 33-40.

311 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 59.

312 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; Braga NETTO, Peixoto Braga. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil, 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

convincente, pois o problema da patrimonialização da reparação não está centrado propriamente em se justificar meritoriamente um montante X ou Y de compensação, mas sim na evidente subversão valorativa de se negligenciar a tutela de bens da personalidade, para que as preocupações se centrem nas consequências econômicas de uma demanda. No final, não é raro que a vítima seja moralmente anunciada como um "oportunista" e que muitos nem lembrem a importante razão pela qual se dirigiu ao judiciário. Só os valores permanecem na memória coletiva. 313

Do mesmo modo, Humberto Theodoro Junior (2010, p. 93)³¹⁴ questiona e se intriga sob o aspecto apenas pecuniário da reparação:

Se for certo que a ordem constitucional moderna está preocupada em promover a pessoa em seu aspecto ético, valorizando-a pelos dados dos direitos da personalidade e não por suas posses, soa estranho que toda preocupação doutrinária se encontre concentrada na técnica que vê na reparação pecuniária o único meio de satisfazer a vítima do dano moral.

Tais paradigmas fazem com que a doutrina conceba novas formas "desmonetarizadas" para reparação dos danos morais, de forma a ampliar, assim, as possibilidades da vítima - visto que, conforme já mencionado, dificilmente será possível repor a situação da vítima ao momento anterior ao dano. Assim, por exemplo, no caso de publicações ofensivas, oportuno e interessante à vítima a retratação do ofensor em meios adequados de comunicação social. Essas maneiras não patrimoniais de compensação muitas vezes acabam por satisfazer de forma mais plena as pretensões do ofendido, de maneira que não devem excluir o caráter pecuniário da reparação, mas sim se associarem para que dessa forma possa haver, efetivamente, um abrandamento do prejuízo moral havido e uma atenuação da importância dada ao dinheiro na reparação. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017)³¹⁵

Diante de todo o mencionado, verificou-se que, embora existam divergências doutrinárias sobre essa questão, em suma, o dano moral pode ter como objetivo a

³¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; Braga NETTO, Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 322.

³¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 93.

³¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 317-318.

compensação pela dor havida, a prevenção – para que sirva como desestímulo ao agente violador -, ou, ainda, a punição, como forma de advertência e sanção pelo ato praticado.

3.2.4 A problemática da quantificação do dano moral

Essa é uma questão que tem gerado bastante preocupação no mundo jurídico. Isto porque as demandas indenizatórias crescem de maneira veloz e inexistem critérios específicos e seguros para a fixação do dano moral.

Muito embora a indenização no dano patrimonial vise o retorno ao estado anteriormente havido, no dano moral não há fórmulas que prevejam o montante necessário a ser arbitrado, o qual servirá somente como mera compensação.

Dessa forma, em todos os casos que envolvem danos morais, o julgador deparar-se-á com um caso complexo: a necessidade de arbitrar a quantia adequada sem a existência de critérios definidos para alcançar seu intento. (GONÇALVES, 2017)³¹⁶

Ou seja, tem-se que a maior problemática que envolve a quantificação do dano moral se dá em razão da inexistência de critérios objetivos no ordenamento jurídico brasileiro para a fixação dos danos morais, de maneira que fica ao livre critério do magistrado analisar as circunstâncias do caso concreto e fixá-los de acordo com seu entendimento.

Ver-se-á, em seguida, meios que são utilizados de forma de minorar essa dificuldade existente.

3.2.5 Critérios para arbitramento da reparação

O sistema jurídico brasileiro não adota o critério da tarifação, através do qual o montante indenizatório já é previamente fixado. (GONÇALVES, 2017)³¹⁷

De acordo com Coelho (2012, p. 808)³¹⁸, entretanto, a indenização tarifária possui previsão legal no Código Brasileiro Aeronáutico, o qual prevê a fixação do montante em limites máximos de Obrigações do Tesouro Nacional nos casos de “responsabilização civil do transportador aéreo, construtor aeronáutico e empresa de administração de aeroporto.

316 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 470.

317 Ibid.

318 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 808.

Entretanto, a tarifação, neste caso, tem sido desprestigiada e não aplicada pela jurisprudência.

Indenização tarifada é a limitada pela lei para compatibilizar o interesse privado da vítima voltado à indenização dos danos e um interesse público. [...] As tarifas [previstas no Código da Aeronáutica Brasileira] são, por exemplo: 3.500 OTNs por passageiro ou tripulante, para a responsabilidade por danos pessoais

Acerca dessa tarifação, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 470)³¹⁹ menciona um inconveniente desse tipo de sistema, ao dispor que:

[...] conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.

Gonçalves, citado por Fábio Ulhoa Coelho, entende pela não receptividade do dispositivo tarifário supramencionado pela Constituição de 1988. Da mesma forma ocorre com a jurisprudência e doutrina pátria que a consideram não mais subsistentes desde a Carta Magna tendo em vista as mudanças havidas na extensão da responsabilidade objetiva do Estado às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (COELHO, 2015, p. 806-807)³²⁰

Dessa forma, no Brasil, com a promulgação da Lei Maior em 1988, prevalece o critério de arbitramento pelo juiz. O Código Civil³²¹, no capítulo que trata acerca da indenização, dispõe em seus artigos 944 e 946 que:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente,

³¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 470.

³²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 806-807.

³²¹ BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 17 de maio de 2019.

apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Dessa forma, tem-se que a indenização deverá ser fixada na forma dita pela lei processual, a qual prevê que esta se dê através de artigos ou por arbitramento.

De igual modo, o doutrinador Gonçalves (2017, p. 470)³²² também apresenta crítica ao modelo brasileiro atual ao asseverar que:

[...] não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça ou injustiça.

Para Cavalieri (2012, p. 103)³²³:

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Bittar (2015, p. 213)³²⁴ considera que a doutrina conscientizou-se de que é necessário que o agente infrator vivencie as consequências do seu ato danoso e o devido retorno do sistema jurídico, para que assim este último seja eficaz. Por outro lado, também se faz necessário atribuir à indenização o caráter exemplar para que a sociedade se iniba de perpetrar atos assemelhados.

Gonçalves (2017, p. 472) menciona que, para que o arbitramento pelo julgador seja o mais equitativo possível, este se baseia em certos critérios para poder majorar ou diminuir o montante indenizatório, tais como "a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos". Além desses fatores, também é considerado o proveito obtido pelo ofensor com aquele comportamento ilícito. Em determinadas situações, o magistrado utiliza, ainda, a

322 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 470.

323 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 103.

324 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213.

experiência de peritos e, em outras, considera o próprio valor do documento para fixar o montante indenizatório. Como atenuante da indenização, subsiste a culpa concorrente da vítima. 325

Convém mencionar que os critérios utilizados surgiram inicialmente com o Código Brasileiro de Telecomunicações – primeiro diploma legal a fixar parâmetros para quantificação do dano moral – e, após, com a já revogada Lei de Imprensa. Continuam sendo utilizados, entretanto, ante a falta de regulamentação específica para fixação do quantum indenizatório. (GONÇALVES, 2017)³²⁶

Cavaliere (2012, p. 103-104)³²⁷, do mesmo modo, argumenta acerca dessas primeiras legislações que dispunham sobre a quantificação do dano moral:

Antes da Constituição de 1988 vários dispositivos legais estabeleciam critérios para a quantificação do dano moral. Os tribunais, reiteradamente, adotavam o critério previsto no art. 84, § 1º, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que manda fixar a indenização entre 5 e 100 salários mínimos para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria. A Lei de Imprensa, por seu turno (Lei nº 5.250/67), em seus arts. 51 e 52, limitava a determinados números de salários mínimos a responsabilidade civil do jornalista profissional e da empresa que explora o meio de informação ou divulgação. Após a Constituição de 88, entretanto, não mais prevalece nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz.

Dessa feita, hodiernamente, para que a decisão indenizatória exarada seja a mais adequada possível, necessária a observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre este aspecto, Cavaliere (2012, p. 105)³²⁸ sustenta que:

Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar

325 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 472.

326 Ibid, p. 471-472.

327 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 103-104.

328 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Ante o exposto, tem-se que no atual sistema utilizado no Brasil para fixação da quantia indenizatória a título de dano moral – o arbitramento –, cabe ao julgador decidir o montante adequado de acordo princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem deixar de levar em consideração “as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor [e] a condição do lesado”. (Gonçalves, 2017, p. 472)³²⁹

3.2.3 O dano moral na especial defesa do consumidor

No constante estudo da responsabilidade civil, depara-se frequentemente com o Código de Defesa do Consumidor, disposto na Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Miragem³³⁰ dispõe que a revolução industrial inseriu mudanças consideráveis no fornecimento de produtos e serviços criando uma sociedade econômica em massa bastante distinta da anterior, os consumidores e fornecedores deixaram de ser indivíduos certos e determinados e passaram a ser um conjunto indefinido de pessoas.

De acordo com o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 620)³³¹, esse novo ordenamento marcou de maneira profunda o ordenamento jurídico brasileiro e sua promulgação representou uma revolução na responsabilidade civil. O Código de Defesa do Consumidor criou um sistema que acaba por intervir em praticamente todas as relações comerciais e trouxe consigo uma nova categoria de direitos oriunda das profundas transformações sociais e tecnológicas ocorridas na sociedade. Ademais, Gonçalves alega que:

Segundo a nova ordem constitucional, a defesa do consumidor é um dos ditames básicos da ordem econômica. Trata-se de codificação moderna, na qual muitos de seus princípios são inovadores, mesmo se comparados com a ordem internacional. Os direitos do

329 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 472.

330 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 517.

331 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620.

consumidor surgem como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que as sociedades de consumo atingiram. A vulnerabilidade do consumidor é sua própria essência.

É neste relevante Código que se encontra menção aos direitos básicos do consumidor e, de forma específica em seu artigo 6º, inciso VI, acerca da reparabilidade de danos morais oriundos das relações de consumo, senão veja-se:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

*[...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...]*³³²

Cabe mencionar aqui a fonte inspiradora da norma supramencionada, que se encontra no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso X:

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:

*[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]*³³³

Ao referir-se a tal assunto, Bittar (2015, p. 244-245)³³⁴ ressalta a questão consumerista na atualidade ao enfatizar que:

Com efeito, em plena era do consumismo – ativada e reativada por publicidade maciça e atraente -, cercam-se as pessoas, diária e sequencialmente, de necessidades, muitas criadas pela própria evolução tecnológica, que precisam satisfazer, participando, assim, direta e indiretamente, de operações de consumo. Como consumidores, ou como fornecedores, ou em ambos os polos,

332 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

333 BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 7 de maio de 2019.

334 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 244.

podem ver-se enredados todos os entes de direito, em múltiplas e seguidas relações, alcançadas pelo sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor, surgindo, daí, acidentes ou eventos danosos, que lhe causam prejuízos, morais ou patrimoniais, ou ainda, de ambas as ordens, reparáveis consoante a técnica mencionada e observadas as premissas de existência pelo fato da violação (damnum in re ipsa) e de desnecessidade de prova do dano moral em si. [...] Desse modo, desde simples compra em supermercados, ou em loja, à realização de viagens, de negócios ou de lazer; desde a fruição de serviços públicos à internação e à manutenção em hospitais; desde a integração a consórcios, ou a planos de saúde, à efetivação de operações eletrônicas em bancos e entidades financeiras, enfim, um extenso universo fático, podem eclodir danos de natureza moral.

Ao se realizar breve análise sobre o conteúdo da norma de proteção ao consumidor e seus principais objetivos, tem-se que se destacam – dentre outras inúmeras questões reguladas - a responsabilização de fornecedores de bens ou serviços por fatos ou por vício, a exigência de eficiência e adequação no fornecimento de bens e na prestação de serviços, a observância aos princípios da veracidade, transparência e fidelidade nas mensagens publicitárias e nas ofertas ao público; a coibição de práticas, cláusulas e publicidade abusivas; a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor e, ainda, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Sobre o tema, Gagliano e Pamplona Filho (p. 356)³³⁵ sustentam acerca da hipossuficiência do consumidor na relação de consumo, visto que sob o enfoque econômico, as partes “raramente podem ser consideradas equidistantes, principalmente nos contratos de consumo, geralmente pactuados sob a forma de adesão, em que figuram, de um lado, o fornecedor, e, de outro, o consumidor”.

A despeito disso, Venosa (2017, p. 624)³³⁶ afirma que “o Código de Defesa do Consumidor procurou municiar o consumidor, vulnerável na relação de consumo, com instrumentos eficazes, outorgando-lhe superioridade jurídica em relação ao fornecedor que, em tese, possui supremacia econômica”.

Pela observação dos aspectos mencionados, nítida é a importância dos danos morais para preservar o direito do consumidor. Não obstante, conforme ver-se-á no

335 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 624.

336 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade, 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 624.

decorrer deste estudo, a fixação de indenizações por danos morais em face do consumidor vulnerável, como maneira de, apenas, compensá-lo pelo sofrimento aflorado, não mais se mostra eficaz no panorama brasileiro como forma de garantia aos direitos extrapatrimoniais.

4. OS *PUNITIVE DAMAGES*

4.1 Aspectos gerais

O caráter punitivo-pedagógico dos danos morais tem ganhado adeptos de forma constante nos países que utilizam a *Civil Law*, isto porque, em grande parte dos casos, a função compensatória da indenização não tem se mostrado como medida eficaz, sobretudo no que concerne aos danos extrapatrimoniais. (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005)337

De maneira introdutória e generalizada, as autoras dispõem que a figura dos *punitive damages*, na tradição anglo-saxã, pode ser entendida como indenização punitiva. Acerca de seu conceito, argumentam que:

[...] Também chamados exemplary damages, vindictive damages ou smart money, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo. 338

Assim, em um momento em que valores e perspectivas são questionados e crescem os mais diversos tipos de violência, essa espécie de punição se mostra como uma barreira jurídica para aqueles comportamentos que se mostrem contrários aos padrões éticos da sociedade. A intensificação da penalidade pecuniária, com efeito, é medida que assiste às preocupantes agressões que ocorrem contra à moral particular ou social. Dessa feita, perdura no meio social a necessidade de que princípios relevantes para uma harmoniosa

337 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 21, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 17 maio 2019.

338 Ibid. p. 16.

vida em comunidade predominem, tal como o apreço ao ser humano e a consideração social. (BITTAR, 2015)339

Pinto Monteiro³⁴⁰, além disso, cita que essa punição exemplar do ofensor deve ser aplicada em casos de maior gravidade, como por exemplo nos casos que tenham como motivo a “ordem subjetiva (v.g., malícia), ou de ordem objetiva e social (v.g., poluição ambiental; produtos defeituosos), como também para impedir a reiteração de comportamentos ilícitos (v.g., casos de empresas em que os seus lucros ou benefícios são superiores aos prejuízos reais causados)”.

No que concerne ao ato danoso merecedor de condenação em *punitive damages*, Ramón Daniel Pizarro³⁴¹ explica:

A princípio, doutrina e jurisprudência admitem que é mister algo mais que a mera negligência na realização de um tort para que se apliquem estas punições. Temeridade, malícia, má-fé, maldade, intenção, perversão, atitude moralmente culpável ou grosseira negligência são alguns qualificativos que a jurisprudência utiliza para justificar a sanção.

Cabível destacar, entretanto, que não pode haver confusão acerca dos conceitos de caráter punitivo da indenização e *punitive damages* (indenização punitiva). Isto porque, a primeira, refere-se ao “traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano moral”. Já o segundo instituto visa, de forma efetiva e única, “a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo”. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005)³⁴²

339 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

340 MONTEIRO, Antônio Pinto. **Clausula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 651-652.

341 PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral: prevención. Reparación. Punición**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. v. 17, p. 379: “En principio, doctrina y jurisprudencia admiten que es menester algo más que la mera negligencia en la comisión de un tort para que se apliquen estas puniciones. Temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia, son algunos de los calificativos que la jurisprudencia utiliza para justificar la sanción”.

342 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 21, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 17 maio 2019.

Venosa (2017, p. 407-408)³⁴³ comenta sobre o caráter punitivo da indenização quando menciona acerca do recente entendimento jurisprudencial quanto à indenização pecuniária no que concerne ao dano moral. Menciona que esta não possui apenas um cunho reparatório, mas também punitivo ou sancionador, pedagógico, preventivo e repressor:

A indenização não apenas repara o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua como forma educativa ou pedagógica para o ofensor e a sociedade e intimidativa para evitar perdas e danos futuros. [...] Nesse caso, inelutavelmente, o juiz deixa-se levar pela intensidade da culpa para fixar a retribuição pecuniária. [...] A responsabilidade civil no direito norte-americano (tort law) possui essas três funções que se mostram presentes nos precedentes: a compensação de perda ou dano derivado de uma conduta; a imputabilidade desse prejuízo a quem, por direito, o causou; e a prevenção contra futuras perdas ou danos (Kionka, 1999:5). Há autores que denominam desmotivação social da conduta lesiva a essa função pedagógica (2003:23). Interessante é notar que toda indenização por dano moral gravita em torno dos direitos da personalidade exclusivamente, como sustenta boa parte da doutrina.

O Juiz de Direito, Orlando Luiz Zanon Júnior (2013)³⁴⁴, ao explanar acerca dos *punitive damages*, entende que sua caracterização se dá em razão da “quebra de expectativa na funcionalidade do sistema, ou seja, visam conferir confiabilidade ao sistema jurídico, incrementando a segurança jurídica”.

Ao adentrar no tema da segurança, o autor argumenta que a sensação de se viver em um ambiente seguro é um bem jurídico muito prezado em nosso meio social tendo em vista o constante risco a que estamos expostos, de maneira que “merece ser tutelado por uma modalidade específica de dano moral”.

Zanon (2013)³⁴⁵ aponta ainda essa espécie de danos mais se justificam pela função pedagógica e preventiva do que pela reparatória. Assim entende tendo em vista que a

343 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** obrigações e responsabilidade, 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 407-408.

344 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25184>>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 4.

345 Ibid.

indenização punitiva gera efeitos positivos na sociedade pela segurança jurídica e estabilidade que traz consigo ao desestimular comportamentos inadmissíveis e lesivos. Essa espécie de indenização, diferentemente daquela que se dá por danos morais, visa a exemplaridade e, por isso, a fixação de seu valor se dá em razão da culpabilidade do ofensor e suas possibilidades econômicas e não pela extensão do dano causado. Dessa forma, os *punitives damages* conseguem gerar efeitos pedagógicos e punitivos e modificar as condutas inaceitáveis para que se adequem a uma nova rotina focada em um maior cuidado de se produzir novos danos assemelhados. Ressalta que a natureza do instituto é, de fato, a desproporção entre o dano e o valor da reparação, entretanto, esta sempre graduada na culpabilidade do agente e nas peculiaridades do caso real.

Assim, tem-se que o primitivo instituto que previa apenas a mera reparação pelos danos injustamente causados mostra-se passível de modificações através dos acontecimentos sociais decorrentes de uma sociedade “hiper-industrializada” e das escolhas surgidas através de análises jurídico-axiológicas - tal como a proteção ao consumidor ou ao meio ambiente, selecionados estes pois considerados essenciais a uma sadia qualidade de vida de acordo com a Lei Maior. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16)346

Por conseguinte, conforme mencionado inicialmente, ante a necessidade de um instituto que vise coibir e desestimular certas práticas tradicionais consideradas graves, as quais atingem a seara transindividual, é certo que a pena pecuniária é eficaz motivo de desestímulo e a doutrina dos *punitive damages* mostra-se como alternativa bastante viável. Essa probabilidade surge, sobretudo, diante do atual princípio reparatório que permeia a sociedade e faz com que, muitas vezes, empresas de grande porte – e com costumeira prática abusiva e ilícita – prefira realizar raciocínio tendente a verificar o custo/benefício entre o enorme lucro auferido e o custo da indenização por vezes paga aos indivíduos lesados.347

Realizado o panorama geral acerca dos *punitive damages*, ver-se-á de qual forma se deu a origem desse instituto.

4.2 Apontamentos históricos

346 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 22 maio 2019. p. 16.

347 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 22 maio 2019. p. 16.

Os *punitive damages* surgem no cenário indenizatório norte-americano e inglês. Entretanto, foi com o Direito Romano que surgiu a ideia primeira de condenação do ofensor à indenizações financeiras múltiplas baseadas no dano ocorrido. Essa concepção passou a ser adotada pelos ingleses e a primeira previsão da indenização múltipla se encontra no *Statute of Councester*, em 1278, da Inglaterra. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005)³⁴⁸

A aplicação desse instituto é encontrada em diversas partes do mundo, mas principalmente nos países que adotam como sistema jurídico o *common law*. (ANDRADE, 2009)³⁴⁹

A doutrinadora Mello (2008, p. 12)³⁵⁰ melhor explica o que seria o sistema do *common law*:

[...] modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

Assim, diferentemente do ordenamento brasileiro tido como de *civil law* – no qual cabe “à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato”³⁵¹ –, as origens dos instituto são baseadas em um sistema que dispunha a análise do caso e a consequente decisão como elemento disseminador de normas.

Assim, a doutrina dos *punitive damages* se fortaleceu a partir do século XVIII como forma de fundamentar a aplicação de indenizações para casos em que o prejuízo não podia ser quantificável – ou seja, no caso dos danos morais. Assim, a origem do instituto veio

348 Ibid, p. 18.

349 ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.153.

350 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

351 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15.

ligada à função punitiva em torno dos danos morais – da mesma forma como hodiernamente ocorre nos tribunais brasileiros. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005)³⁵²

Foi no ano de 1760 que algumas cortes inglesas principiaram a explicação das grandes indenizações pecuniárias concedidas pelos júris como forma de compensação pelos chamados "*mental suffering, wounded dignity e injured feelings*" ("sofrimento mental, dignidade ferida e sentimentos lesionados"), concedidos como forma de indenização adicional referida como *exemplary damages*, os quais objetivavam, além de compensar o dano intangível sofrido, também punir o agressor pela conduta ilícita. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005)³⁵³

De acordo com André Gustavo de Andrade (2009, p. 154)³⁵⁴, na Inglaterra, esse sistema geralmente é aplicado em 3 casos, quais sejam:

1º) os que envolvessem ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por agentes do Estado; 2º) aqueles em que a conduta do ofensor foi por ele calculado para lhe proporcionar proveito econômico que exceda a indenização compensatória que tenha de pagar ao ofendido; 3º) os demais casos autorizados por lei.

Assim, no sistema inglês, os primeiros casos surgiram pelo mesmo motivo: arbitrariedade estatal – conforme citado, é o 1º caso de aplicação segundo a sistemática de Andrade. Isto porque a existência de uma herança monárquica rígida fez com que, muitas vezes, a sociedade inglesa lidasse com períodos de autoritarismo e abusos por parte dos servidores públicos, o que fez com que surgisse o desejo de que tais práticas fossem coibidas. A título de exemplo, abaixo um dos casos citados por Herrera, Wilkes v. Wood:

[...] um panfleto considerado difamatório contra o rei George II e alguns de seus ministros foi publicado no jornal Nort Briton. O Secretário de Estado, Lord Halifax, emitiu um mandado de busca geral e requisição dos documentos e publicações da Nort Briton. A medida ordenada foi cumprida na casa de Wilkes, a quem foi escrito como editor, porque a ordem (mandado) não especificava nenhuma pessoa por causa de seu caráter de general. A Wilkes levou o caso às

352 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 22 maio 2019. p. 18

353 Ibid.

354 ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 154.

Cortes alegando que "uma compensação insignificante não acabaria com a invasão de seus direitos civis". A razão foi concedida e os danos punitivos foram impostos para punir o réu e para impedir a má conduta futura. (Wils KB 203, 95 Eng. Rep 766, 1763, apud HERRERA, 200-, p. 36)355

Entretanto, de acordo com Walker e Silva (2016, p. 298) 356, essa aplicação não ficou restrita a esses casos específicos, visto que o sentido logo foi ampliado para proibir os abusos de poder em todas as suas formas.

Já acerca da adoção da prática pelos tribunais estadunidenses, os autores³⁵⁷ afirmam que:

A transposição do instituto para os Estados Unidos aconteceu de maneira rápida, com uma indenização a esse título sendo reconhecida 21 anos após o primeiro precedente britânico [...]. Foi nos Estados Unidos que a doutrina se desenvolveu para assumir os seus contornos contemporâneos mais reconhecidos e que vieram a influenciar o direito dos países de tradição romano-germânica [...]

A formatação do referido instituto, no direito americano, recebe formatação particular por não decorrer de simples culpa, mas de culpa grave ou dolo. Dessa forma, o pedido indenizatório na relação extracontratual – visto que a regra geral não comporta a aplicação dos *punitive damages* em relações contratuais - somente é obtido pela vítima quando "os atos do ofensor forem considerados maliciosos - violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente ("grotescamente") negligentes". (MORAIS, 2004, p. 56-57; MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19)358

355 HERRERA, Edgardo López. **Introducción a La responsabilidad civil**. Disponível em: https://issuu.com/luisenrique87/docs/responsabilidad_civil_1/17. Acesso em: 23 maio 2019. p. 36.

356 WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. **Punitive Damages**: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência (Florianópolis), n. 74, dez. 2016 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00295.pdf>. Acesso em 23 maio 2019. p. 298.

357 Ibid.

358 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive Damages em Sistemas Civilistas**: Problemas e Perspectivas. RTDC, vol. 18, abril/junho 2004, p. 56-57; e MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 23 maio 2019.

Em complementação a este entendimento, entende-se ainda que sem a devida comprovação dos elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude, etc) existentes na conduta do agente ofensor, se realizaria a aplicação indiscriminada dos *punitive damages*, com a conseqüente possibilidade de se tornar um jogo de azar que ocasionaria resultados não pretendidos de “hiper-prevenção e supercompensação”, sem eficiência pedagógica real. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005)359

Walker e Silva (2016)360 mencionam ainda que nos Estados Unidos a função primordial dos *punitive damages* sempre foi punir o ofensor do ato ilícito e dissuadir ou desestimular este ofensor e terceiros de agir dessa maneira.

No século XX, o instituto dos *punitive damages* foi cada vez mais ganhando forma e se aperfeiçoando e, hodiernamente, se revela como uma ferramenta indispensável para a proteção do consumidor contra a prática comercial abusiva, bem como, contra outros incontáveis atos ilícitos. (GOTTLIEB, 2015)361

Desse modo, tem-se que um dos pilares da responsabilidade civil extrapatrimonial surgiu em decorrência da tentativa de coibição dos abusos de autoridade ocorridos à época, sobretudo na Inglaterra.

4.3 fixação dos *punitive damages*

A comunidade estadunidense deposita grande relevância ao tribunal do júri para deslindar importantes questões. Assim, em solo americano cabe ao júri a fixação do *quantum* pertinente aos *punitive damages*, embora possa haver, em determinados casos, revisão da decisão pela Corte superior. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19)362.

De acordo com o estudo das autoras Mariana e Judith (2005, p. 19)363, por terem sido, algumas vezes, questionadas tais fixações efetuadas perante a Suprema Corte, esta

359 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 24 maio 2019. p. 23

360 WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. **Punitive Damages**: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência (Florianópolis), n. 74, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00295.pdf>. Acesso em 23 maio 2019. p. 301.

361 GOTTLIEB, Emily. **What you need to know about punitive damages**. New York: Center for justice and democracy, 2011. Disponível em: <http://www.fairwarning.org/wp-content/uploads/2011/09/PunitiveDamagesWhitePaper2011F.pdf>. Acesso em 24 maio 2019.

362 MARTINS-COSTA; PARGENDLER. Op. cit. p. 19.

363 Ibid.

passou a considerar determinadas diretrizes para fixação dos *punitive damage*, quais sejam:

I. Grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced and indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente. II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages; III. A diferença entre os punitive damages concedido pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Acerca do critério para fixação da indenização, cabível mencionar que, conforme visto, ele é diverso daquele utilizado para arbitramento de prejuízos materiais, tendo em conta que a cláusula penal geral não é disciplinada pela extensão do dano, mas sim pela reprovabilidade da conduta e pela capacidade financeira do ofensor, como maneira para, efetivamente, desestimular as condutas ilícitas. (ZANON JÚNIOR, 2013)³⁶⁴

Orlando Luiz (2013, p. 6)³⁶⁵ dispõe ainda a respeito da relevância dos danos morais para a integridade do sistema jurídico, a qual, segundo ele:

[...] reside muito especialmente na sua função de coerção, ou seja, de reprimir a conduta lesiva, razão pela qual não merece ser regido pelo critério de proporcionalidade à extensão do dano, mas sim pelo parâmetro de exemplaridade. Trata-se de uma cláusula punitiva que, em relação contratual ou extracontratual, objetiva desestimular o inadimplemento das obrigações jurídicas, razão pela qual deve ser

³⁶⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 6.

³⁶⁵ Ibid.

fixado num valor suscetível de gerar a mudança de comportamento do lesante.

Em face do exposto, tem-se que, resumidamente, a fixação do quantum à título de *punitive damages* se dá, entre outros fatores, através da análise do grau de reprovabilidade da conduta; da consideração ou não da saúde e segurança da sociedade; da vulnerabilidade financeira da vítima; da perpetração de evento danoso isolado ou da série de repetições e, ainda, através de uma análise para verificar se violação foi acidental ou consequente de dolo ou fraude, por exemplo.

4.4 Críticas aos *punitive damages*

Como em todo meio social e em qualquer assunto, existe parte da doutrina que se mostra desfavorável à implementação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Esta parcela tem aduzido que o caráter aflagante das indenizações punitivas colocaria em perigo os princípios do nosso sistema jurídico. Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 22)³⁶⁶ mencionam, ainda, que:

A rigor, não é preciso a invocação dos *punitive damages* para lograr, na responsabilidade extrapatrimonial, o caráter 'exemplar', que, em certas hipóteses, faz-se necessário. **Também**, não é preciso - para dar-se ao autor de danos especialmente graves uma injusta punição pecuniária - buscar critérios outros que não os da legislação já existente.

Dessa maneira, ver-se-á, de forma específica, quais são as críticas existentes e mencionadas pela doutrina e os motivos pelos quais estas devem ser desmistificadas.

4.4.1 Enriquecimento sem causa

A maior crítica mencionada sobre a aplicação dos *punitive damages*, instituto oriundo do direito norte-americano, diz respeito ao fato da possível condução ao arbitramento de indenizações milionárias, com a potencial mudança de condição econômica para ofendido e o consequente enriquecimento ilícito da vítima.

³⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 24 maio 2019. p. 22.

Isto porque a determinação dos *punitive damages*, conforme o critério da exemplaridade, acarretaria afronta às normas que vedam o enriquecimento sem causa, previstas nos artigos 884 a 886 do Código Civil. (ZANON JÚNIOR, 2013)³⁶⁷

Com a reversão do montante indenizatório ao ofendido, Gonçalves (2017, p. 474)³⁶⁸ alega que:

[...] este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estiver compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito.

Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 7)³⁶⁹ entende que esse entendimento é uma falácia, isto porque somente haverá enriquecimento ilícito quando não forem observados os critérios devidos:

[...] só haverá enriquecimento sem motivo acaso a fixação dos danos punitivos não observe as peculiaridades do caso concreto, de acordo com o critério de exemplaridade. Ou seja, o instituto dos danos punitivos (assim como dos danos materiais e morais) não é, por si só, uma ofensa à proibição do enriquecimento sem causa, mas sim o uso incorreto destes institutos (danos materiais, morais e punitivos) é que pode gerar uma condenação exacerbada ou indevida. Outrossim, a existência da vedação ao enriquecimento ilícito não impede a admissão dos danos punitivos, assim como não obsta as demais modalidades de lesões morais, mas tão somente determina que a sua fixação observe critérios adequados ao caso concreto, sendo esta a missão constitucional da jurisdição.

Em interessante analogia, o autor dispõe que, da mesma maneira, “não se pode culpar cientistas como Albert Einstein por ter desenvolvido a teoria nuclear pelo fato de

³⁶⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 24 maio 2019. p. 7.

³⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 474.

³⁶⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 24 maio 2019. p. 7.

que alguns fizeram mal uso dela, construindo bombas atômicas”³⁷⁰. Complementa e enfatiza que a teoria de Einstein se mostrou indispensável para o fornecimento de energia limpa em quantidade suficiente para o futuro, isso sem mencionar as demais e inúmeras outras utilidades dela advindas.

Outro motivo defendido é que as bases da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são distintas, haja vista que uma vez aventada a questão da responsabilidade civil, houve dano, e, conseqüentemente, o enriquecimento possui uma causa e não figura como ilícito. Soma-se à isso o fato de que houve ilicitude por parte daquele que foi condenado a reparar os danos, sejam eles de ordem material ou moral. (KROETZ, 2005)³⁷¹

Sob o enfoque de Resedá (2008, p. 256)³⁷²:

Não é mera coincidência que boa parte do movimento contrário à continuidade da aplicação do exemplary damage venha de uma camada social onde se encontram grandes empresas e potenciais agressores a direitos da personalidade. Foco principal de sua incidência – até mesmo em razão do alto grau de desrespeito aos direitos da personalidade – elas procura mitigar a aplicação do instituto em questão para que, assim, retirem o fardo da possibilidade de arcar com uma indenização consideravelmente alta. [...] A necessidade pelo acúmulo de lucros a qualquer custo ultrapassa os limites legais e resultam no desrespeito contínuo aos direitos das pessoas. Assim, ao “endurecer” prestação jurisdicional a título de responsabilidade civil, o Estado demonstra ao ofensor, a censura ao seu comportamento na busca pela manutenção da ordem social.

Azevedo, A.J. (2004)³⁷³ entende que, em decorrência de ter sido a vítima quem tomou a iniciativa e levou a problemática ao Judiciário, por agir como uma real defensora da sociedade, é digna de que receba uma recompensa. Assim, fornecer à própria vítima a indenização punitiva seria uma forma de recompensá-la e de incitar a sociedade a obter

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005. p. 68 e 75.

³⁷² RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 256.

³⁷³ AZEVEDO, A.J. Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19, ano 5, p. 380-383. São Paulo, 2004.

seu desenvolvimento e aprimoramento de uma maneira geral. Descoberto o motivo da percepção da indenização punitiva, há que ser afastado o conceito de enriquecimento sem causa. Esta, ademais, é a lógica da doutrina norte-americana, a qual justifica a destinação dos *punitive damages* à vítima em consequência de sua atuação na condição de "private attorney general" ("procuradora geral"; no sentido de protetora da sociedade), e, dessa forma, deve ser ressarcida pelos serviços prestados.

Zanon Júnior (2013, p. 8)³⁷⁴ defende que a jurisdição não deve ser comedida para fixar a indenização punitiva sob pena de causar um dano maior que o possível enriquecimento ilícito causado: a sensação de impunidade. *In verbis*:

[...] a constatação da ocorrência de danos punitivos é causa justificadora da reparação à expectativa de preservação de funcionalidade do sistema jurídico, autorizando a percepção da importância financeira pela parte lesada. Mesmo quando o valor dos danos punitivos é muitíssimo elevado, em razão da agravada culpabilidade da lesante e de sua grande capacidade financeira, a jurisdição não deve ser reticente em arbitrar o montante adequado para reprimir a conduta, segundo o critério de exemplaridade, sob pena de causar um dano oblíquo muito superior ao suposto enriquecimento sem causa, consubstanciado na proliferação da sensação de impunidade em sociedade, reforçando a inoperabilidade do sistema jurídico em sua integralidade.

Para concluir, o Juiz³⁷⁵, ainda, traz à tona uma possibilidade que retira completamente o enriquecimento sem causa como obstáculo para a utilização dos *punitive damages* em solo pátrio:

Resta ainda possível, sem implicar ofensa à estabilidade subjetiva do processo, a destinação de parcela considerável dos danos punitivos para o fundo público apropriado, que represente a coleta de verbas referente ao bem jurídico em discussão no processo, cabendo à Defensoria Pública, à Advocacia Pública ou ao Ministério Público, conforme o caso, promover a fase de cumprimento (execução) do julgado neste particular.

374 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais**: Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 8.

375 Ibid.

No mesmo sentido, Martins-Costa e Pargendler (2005)³⁷⁶ defendem a existência de exemplo saudável no ordenamento brasileiro que prevê o equilíbrio entre o fato de tornarem exemplar a indenização e observar os parâmetros mínimos de segurança jurídica, qual seja, a multa prevista na Lei 7.347/85, utilizada quando a dimensão do dano seja transindividual, como no caso de danos ao consumidor. Dispõem que a multa neste caso, é levada a um fundo público específico e serve para efetuar o princípio da prevenção, diretriz a ser seguida nas relações de consumo.

Sobre o fundo público, entendem-o como o melhor caminho a ser seguido para o caso de aplicação de *punitive damages*, com a sua utilização em favor de interesses transindividuais – e não apenas individual como ocorre na fixação do dano moral, em que o valor é devido à vítima como forma de compensação.³⁷⁷

Destarte, resta evidente que a aplicação dos *punitive damages* se mostra eficiente. A alegação de enriquecimento sem causa não deve ser observada, visto que há causa legal para o enriquecimento, qual seja, o dano efetivamente sofrido e reprovável e, não bastasse, existência de possibilidades outras que excluem no todo o alegado enriquecimento ilícito.

4.4.2 Empecilho ao desenvolvimento empresarial

Neste tópico, cabe mencionar o posicionamento de Orlando Luiz Zanon Júnior, magistrado atuante no Estado de Santa Catarina, sobre a questão dos *punitive damages* e como ele afetaria o desenvolvimento das indústrias.

O jurista argumenta que a maior sustentação para aplicação desse instituto se baseia no fato de que ele controlaria as violações hoje praticadas no contexto brasileiro, as quais trazem sobrepeso para a jurisdição e atrasam o andamento do sistema. Entretanto, o instituto não deve se tornar uma nova forma de abuso que, segundo Zanon Júnior (2013)³⁷⁸, deflagraria “uma indústria dos danos morais, como se tem convencionado chamar”.

Evidentemente que as grandes corporações se sentirão ameaçadas com a possibilidade de lhes ser aplicada uma indenização punitiva de altos patamares – aliás, a dissuasão é justamente um dos propósitos da aplicação. Entretanto, sua concretização

376 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 21, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 24 maio 2019. p. 24.

377 Ibid. p. 25.

378 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Danos morais: Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 7.

deve ser meio para ampliar e desenvolver o respeito aos direitos da sociedade e não barrar o desenvolvimento econômico das empresas. Assim, para que haja a coibição de atos ilícitos sem a formação de uma barreira ao desenvolvimento econômico e empresarial, devem ser estipulados, determinados e seguidos parâmetros seguros e compatíveis às finalidades pedagógicas e punitivas, de maneira que se obste o desrespeito à coletividade e, ainda, evite o bloqueio ao desenvolvimento das atividades empresariais. (ZANON JÚNIOR, 2013)³⁷⁹

4.4.3 Ausência de previsão legal

Outra questão que recebe certa desaprovação pela doutrina diz respeito ao fato de inexistir legislação que preveja, de maneira específica, a indenização punitiva.

A Lei Maior³⁸⁰, em vigor, determina, em seu artigo 5º, inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior, que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Este artigo é a base para o conhecido Princípio da Legalidade Penal. Segundo o entendimento de Damásio de Jesus (1991, p. 51)³⁸¹, esse princípio:

[...] tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

Sobre esse aspecto, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 475)³⁸² sustenta que “a adoção do critério das *Punitive Damages* no Brasil somente se justificaria se estivesse

³⁷⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais**: Espécies e critérios de valoração. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 7.

³⁸⁰ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27 maio 2019.

³⁸¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 51.

³⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 475.

regulamentado em lei, com a fixação da sanção mínima e máxima, revertendo ao estado o *quantum* da pena."

Andrade (2003, p. 237)³⁸³ menciona, entretanto que o estudo dos motivos que levaram ao "estabelecimento do princípio da legalidade, assim como a análise da natureza da pena de multa em confronto com as demais penas, levam à conclusão de que a indenização punitiva não entra em colisão com o princípio [da legalidade]".

E, ainda, que:

Uma interpretação racional leva à conclusão de que a indenização punitiva, a despeito de sua natureza (de pena pecuniária de natureza privada), não se encontra no âmbito de incidência do referido princípio. A sanção pecuniária, por sua natureza peculiar, não se submete a todas as restrições feitas às demais sanções penais, em especial às penas corporais.³⁸⁴

Dessa maneira, muito embora o pensamento citado de Damásio de Jesus, André Gustavo Correia Andrade³⁸⁵, em seu mestrado, menciona a argumentação de Boris Starck, o qual, "em sua clássica obra sobre as funções de garantia e pena privada da responsabilidade civil, já sustentava que o princípio da legalidade não é aplicável às sanções pecuniárias estabelecidas na esfera civil", isto porque, no que concerne às diferenças entre Direito Civil e Penal, no quesito sanções, para Starck (1947, p. 383)³⁸⁶:

Elas justificam em especial a aplicação em Direito Penal do princípio Nullum crimen, nulla poena sine lege e da regra de interpretação restritiva. Trata-se de princípios protetores da liberdade individual sem os quais não se concebe uma sociedade, pelo menos no sentido democrático da expressão. Mas é evidente que a necessidade dessa proteção se faz sentir apenas em relação aos atos provenientes dos poderes públicos capazes de causar graves ofensas à pessoa humana. Ora, só as sanções penais propriamente ditas apresentam a característica aflitiva ou infamante do tipo que poderia comprometer a liberdade individual se não estivessem elas contidas dentro dos limites de ferro das máximas que aqui comentamos. É por isso que,

383 ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003. p. 237.

384 Ibid, p. 238.

385 Ibid, p. 243.

386 STARCK, Boris. **Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée**. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 383.

mesmo reconhecendo o caráter penal de certas condenações civis, não acreditamos que o princípio nulla poena sine lege lhes seja aplicável. A nota de infâmia, de desonra não se liga às condenações dada a certos textos de caráter incontestavelmente penal não parece ter criado o sentimento de insegurança que alguns receiam puramente civis, mesmo muito rigorosas, e a interpretação extensiva..

Da mesma forma, Russo (2009)³⁸⁷ menciona que para os adeptos da aplicação dos *punitive damages* em solo brasileiro, a indenização punitiva não entraria em conflito com o princípio da legalidade visto que não há necessidade de “rígida disposição legal dentro da seara cível, o que só se exige em termos de pena com restrição de liberdade”.

Utilizar-se da argumentação “*nulla poena sine lege*” para mitigar o instituto que se defende neste trabalho não é a conduta mais apropriada. Isto porque, conforme visto, o princípio da legalidade atinge unicamente as relações previstas no cenário penal e não há motivos para estender ao viés civilista. Ademais, acatar sua aplicação nesta matéria seria diminuir o poder dado ao magistrado de solucionar os conflitos existentes neste patamar, ao passo que, o legislador, por óbvio, não consegue abarcar todas as situações pactuadas pela sociedade através das interações civis. (RESEDÁ, 2008)³⁸⁸

Russo (2009)³⁸⁹ ainda salienta que, tendo em vista o princípio da intervenção mínima, o direito penal somente deve atuar quando houver perpetração de graves ofensas à ordem social, “sendo este instrumento utilizado pelo Estado em situações de punição de condutas em que não é possível aplicação de outro direito, motivo por que caberia a responsabilidade civil tratar das penas de ordem privada”.

Assim, ao debater acerca dos *punitive damages* e a questão da inexistência de previsão legal, Resedá (2008, p. 280)³⁹⁰, sob o mesmo ponto de vista, defende que deve-se ter em mente que a gravidade da indenização punitiva não é tão extrema quanto a prática, por exemplo, de um homicídio. Para ele, deve ser focada a manutenção da paz

387 RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 19 f. Artigo (Pós -Graduação em Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

388 RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 280.

389 RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 19 f. Artigo (Pós -Graduação em Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

390 RESEDÁ, op. cit.

social como objetivo principal do Judiciário e, por isso, não caberia o acobertamento do instituto pelo princípio da legalidade:

É evidente que ao praticar um ato considerado como gravoso um âmbito civil, o sujeito ativo estará trazendo a instabilidade para a sociedade, porém, não num patamar tal para considerá-la como criminal. Assim, apesar de aproximar-se da seara penal muito mais do que outros institutos civilistas, o punitive damage não pode ser acobertada pelo princípio em questão. No que tange à aplicação do instituto, o julgador busca evidenciar ao sujeito ativo do ato que o seu comportamento apresentou consequências consideradas como intoleráveis pela sociedade. A ânsia pela manutenção da paz social é o objetivo principal do Poder Judiciário. Assim, desestimular o cometimento de atos ilícitos futuros é uma tendência constante na pauta diária dos magistrados, que, por sua vez, devem utilizar todos os meios necessários para alcançar esta meta.

Bittar (1997, p. 235)³⁹¹ ainda comenta que as previsões legais não são suscetíveis de abranger todos os tipos de violações existentes:

Nesse diapasão, existem construções jurisprudenciais que vem suprimindo a ausência de critérios legais acerca das indenizações de cunho punitivo, visto que não raro uma previsão legal é insuscetível de abarcar todos os tipos de lesões ocorridas numa sociedade moderna em que cintilam interesses econômicos.

Sob o enfoque de Zanon Júnior (2003, p. 7)³⁹², retirar da jurisdição a responsabilidade para proibir atos lesivos e deixar de aplicar a indenização punitiva sob o argumento de que cabe a outros órgãos e entes tal papel, é alegação irresponsável, a qual apenas transfere a culpa para terceiros e exterioriza o problema, sem solvê-lo de fato:

[...] Ora, é certo que o tema da regulação do risco em sociedade também é afeto aos entes e órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, dentro de suas respectivas funções estatais, cabendo-lhes tratar sobre a repressão de abusos que ensejam a ocorrência de danos punitivos, a exemplo das grandes corporações que distribuem

391 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 235.

392 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. p. 7. Acesso em: 28 maio 2019.

o risco de sua atividade na sociedade massificada com o intuito de aumentar sua lucratividade. É isto que se pretende com a criação de agências reguladoras, órgãos de proteção ao consumidor, institutos de controle etc. Porém, não há como negar que é missão constitucional inafastável do Poder Judiciário, quando acionado, identificar a ocorrência do dano moral, ainda que na modalidade punitiva, e, então, atribuir-lhe a valoração respectiva, segundo o critério da exemplaridade, consoante interpretação do art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo o entendimento do magistrado, com a identificação de que alguma empresa age de maneira abusiva no cenário social ou mercantil, de forma a causar “prejuízo à segurança de inúmeros consumidores de seus produtos”, por exemplo, será função do julgador “diagnosticar os respectivos danos punitivos e aplicar a condenação condizente, ao invés de simplesmente fundamentar sua decisão no sentido de que a jurisdição irá permanecer inerte perante o fato, deixando-o impune”, à sombra da alegação falaciosa de que se cuida de responsabilidade de outras entidades. (ZANON JÚNIOR, 2013)393

Sob esse viés, Andrade (2003, p. 235)394, da mesma maneira, é adepto à teoria de que o princípio da legalidade não é aplicável “às sanções pecuniárias estabelecidas fora da esfera tipicamente penal”. Isto porque, para o mestre, a defesa desse critério colidiria frontalmente com o princípio mais elevado que se tem conhecimento: o da dignidade humana. Tendo por base que esse é o princípio orientador e que fundamenta os *punitive damages*, a alegação ficaria incabida:

[...] a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral é justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade em situações especiais, nas quais não há outro instrumento que atenda

393 Ibid.

394 ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003. p. 245.

adequadamente a essa finalidade. Além disso, atende a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico. [...]

Dessarte, através de uma ponderação entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vedação à pena sem prévia cominação legal, é possível colher a justificativa legal para a aplicação dos *punitive damages*.

Nessa perspectiva, Andrade (2003, p. 245-246)³⁹⁵ sustenta:

Com efeito, sopesando os interesses contrapostos em jogo, não é difícil estabelecer qual deles deve preponderar. De um lado, tem-se o interesse em prevenir comportamentos lesivos a direitos da personalidade, dissuadindo o lesante e terceiros, de outro, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista previamente em lei. A aplicação da indenização punitiva atenderia, sem dúvida, a um interesse sensivelmente mais relevante, afastando o princípio da anterioridade apenas ***nos casos que ensejassem a imposição daquela forma de indenização para a proteção de direitos da personalidade.***

O autor (2003, p. 43)³⁹⁶, ainda, diferencia os pensamentos existentes acerca da aplicação ou não da indenização punitiva, ao mencionar que essa aceitação decorre da perspectiva que o sujeito tem do Direito e do mundo. Aquele que considera o Direito como um “sistema fechado de regras escritas, estabelecidas por um órgão com competência legislativa”, muito provavelmente estará mais tendente a negar a característica punitiva da indenização do dano moral. Assim, a inexistência de regulamentação que preveja explicitamente esse tipo de penalidade constituirá um barreira insuperável, ainda que diversas regras direcionem para rumo contrário.

Surge, dessa maneira, a indenização punitiva não somente como reação eficaz contra atos ilícitos e ameaças de violações aos princípios constitucionais mais valorosos presentes no ordenamento jurídico pátrio, mas sim como forma indispensável e adequada para o devido refúgio desses princípios. Andrade (2003, p. 192-193)³⁹⁷ entende que, em certos casos, não é possível conceder proteção efetiva ao princípio da dignidade humana e aos direitos de personalidade se não por meio da instituição de uma “uma sanção que

³⁹⁵ ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003.p. 245-246.

³⁹⁶ Ibid., p. 43.

³⁹⁷ Ibid. p. 192-193.

constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável”.

O escrito assegura que a lei penal e as penas públicas nem sempre conseguirão acautelar a prática de ofensas aos direitos de personalidade, o que acaba por gerar impunidade aos ofensores em decorrência de terem praticado um “indiferente penal”. Não bastante, por diversos outros motivos, “nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos”. E é nessa conjuntura que faz-se indispensável a indenização punitiva como meio para prevenção de danos aos direitos extrapatrimoniais, tutelados, também, pelo princípio da dignidade humana. (ANDRADE, 2003, p. 192-193)³⁹⁸

Portanto, demonstrou-se que os *punitive damages* são coerentes com os princípios norteadores do Direito e se mostram como alternativa bastante consistente e apta à obtenção dos objetivos por ele almejados, não sendo justificáveis as críticas perpetradas ao instituto. Conforme visto, a utilização de quaisquer meios necessários é admitida para a efetiva proteção dos direitos de personalidade, com a observância, contudo, da “coerência com os princípios que informam o sistema” e da “consistência com relação aos objetivos que busca alcançar” para sua exitosa aplicação”. (ANDRADE, 2003, p. 44,)³⁹⁹

4.5 Perspectivas e limites dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro em benefício do consumidor

Muito embora a evolução existente no que concerne ao dano moral e a proteção ao consumidor hipossuficiente, nos tempos hodiernos, a reparação por danos morais já não tem mais se mostrado como medida suficiente para acautelar e reprimir a prática de ilícitos, sobretudo diante das empresas de grande porte que, por almejarem o lucro acima de tudo, por vezes preferem pagar as baixas indenizações fixadas e continuar com a perpetração de atos ilícitos.

Sob esse viés, analisar-se-á as perspectivas de alteração da atual responsabilidade civil no Brasil e a viabilidade de inserção no ordenamento pátrio brasileiro da indenização punitiva para defesa do consumidor hipossuficiente.

A discussão acerca do caráter punitivo-pedagógico (exemplar) tem ganhado força e adeptos nos países de *Civil Law*. A razão se encontra no fato de que, na maior parte dos casos, a mera função reparatória da indenização em sua forma tradicional - com o

³⁹⁸ ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003.p. 192-193.

³⁹⁹ Ibid., p. 44.

montante limitado ao dano efetivamente sofrido-, não tem se mostrado mecanismo eficaz, principalmente no que tange aos danos extrapatrimoniais. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005)⁴⁰⁰

Não obstante todo o caráter protecionista dos danos morais no âmbito do direito do consumidor, Zanon Júnior (2013)⁴⁰¹ pondera acerca da melhor alternativa atual para que se consiga conter os constantes abusos perpetrados por grandes corporações:

No cenário atual, aliás, a implementação dos danos punitivos é a alternativa mais adequada (inclusive na falta de outras no atual estágio da Ciência Jurídica) para refrear os instintos egoísticos das grandes corporações (e outros entes com tentáculos fortes e longos). Isto porque, na ausência do aspecto punitivo e pedagógico do Direito, as organizações em geral podem apresentar uma "tendência" em calcular o custo de eventuais indenizações de acordo com critérios puramente econômicos de custo/benefício, preferindo reduzir despesas de implementação de medidas de segurança com a finalidade (declarada ou não) de aumentar a lucratividade, ainda que muitas pessoas possam sair altamente prejudicadas com tal conduta. Daí, resta a optar qual a melhor política pública a ser implementada pelo Direito, entre duas alternativas, consistentes em, a uma, admitir a impunidade cível de tal conduta perniciosa (e, até, imoral) ou, alternativamente, a duas, empregar o mecanismo dos danos punitivos e pedagógicos com prudência para reprimi-la. Claro que é possível enfeitar a opção com diversos argumentos "técnicos", mas, de qualquer modo, sob uma leitura pragmática, são estas as duas opções atualmente viáveis.

Sob esse aspecto, dentre vários casos existentes no mesmo sentido, o da Ford Corporation v. Grimshaw, datado de 1981, exemplifica de maneira bastante clara e intencional a relação custo *versus* benefício, almejada pelas grandes corporações como forma de auferir lucro, senão vejamos:

Após um acidente de trânsito, um automóvel produzido pela Ford explodiu, causando a morte de três ocupantes. A explosão do carro

400 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 21, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 24 maio 2019.

401 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais**: Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019.

*se deu porque o tanque/reservatório do carburador havia sido colocado na parte traseira do veículo, o que - comprovou-se posteriormente - permitia uma economia de 15 dólares por cada automóvel produzido [...] o comportamento da Ford era "altamente reprovável" [...] para alcançar uma economia de 15 dólares por automóvel o tanque foi colocado em local inadequado e perigoso em caso de colisão, considerando o fabricante que resultaria mais vantajoso, tendo-se em vista uma análise de custos e benefícios, ressarcir eventuais danos do que colocar o tanque em outro lugar.*⁴⁰²

Resedá também sustenta positivamente a aplicação dos *punitive damages* no ordenamento pátrio (2008, p. 302)⁴⁰³ ao defender que:

*Evidente que diante da funcionalização do direito instituída no ordenamento jurídico brasileiro cumpre apenas ajustar a doutrina alienígena no que tange à destinação dada do montante aferido a título de *exemplary damage*. As pequenas incompatibilidades como no caso da valoração pelo Tribunal do Júri devem ser ajustadas aos preceitos brasileiros. Porém, isso não desnuda a defesa de que o cerne fundamental do instituto em questão possui completa compatibilidade com o ordenamento jurídico. A sua aplicabilidade é muito mais do que evidente; ela é necessária.*

Vê-se, assim, que ante uma sociedade moderna e ambiciosa que, de maneira desonesta, excede os limites da razoabilidade para realizar seus objetivos, os *punitive damages* obtêm causa e razão de ser, haja vista que em várias momentos a atividade delituosa foge da ordem jurídica. Não bastasse, segundo Andrade (2003)⁴⁰⁴, o instituto também:

402 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 17 maio 2019. p. 21.

403 RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 302.

404 ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003. p. 137.

Preencheria lacunas da legislação criminal, punindo condutas que, a despeito de sua atipicidade, merecem punição. Secundariamente, os punitive damages exerceriam outras funções, dentre as quais a de atuar como mecanismo para proteção de consumidores contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé.

Mediante o exposto, vê-se que, na contemporaneidade, os comuns parâmetros da responsabilidade civil clássica para estimar a quantificação do dano moral não mais têm se mostrado eficazes, pois perderam a razão de ser frente à gana desmedida das corporações e grupos que, apenas em busca de lucro e vantagens, escolhem ferir direitos extrapatrimoniais. Dessa forma, com o conseqüente e nítido desrespeito à coletividade, irrompe a imprescindibilidade de fixação de novos parâmetros desestimuladores como freios para práticas lesivas à dignidade da pessoa humana. (RUSSO, 2009)405

O ilustre Professor de Direito da Universidade da Carolina do Sul, David G. Owen⁴⁰⁶, assim assevera:

Os danos causados por esse tipo de comportamento não ofendem somente a vítima, mas afetam toda a sociedade. Não punir um indivíduo que para perseguir interesses individuais, extrapola os limites de sua liberdade e fere os direitos de outrem, reflete a afirmação de que ofensor além de ser mais merecedor do que a vítima, ainda tem mais valor do que a lei, provocando um desequilíbrio social.

Acerca da fixação devida a título de indenização punitiva, o julgador Orlando Zanon Junior (p. 6, 2013)⁴⁰⁷ afirma que está deverá ser baseada na capacidade econômica do ofensor, de modo que essa sanção lhe cause prejuízo suficiente para que haja ponderação e alteração dessas condutas ofensoras:

Sobre o parâmetro da exemplaridade, cabe destacar que o valor dos danos punitivos deve ser suficiente para causar um prejuízo financeiro ao agente causador do dano, de modo que surta o efeito

405 RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Artigo (Pós -Graduação em Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. p. 25-26.

406 OWEN, David G. **A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2869&context=vlr>. Acesso em: 30 maio 2019.

407 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais: Espécies e critérios de valoração**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019. p. 6.

pedagógico de adaptar sua conduta aos parâmetros socialmente aceitos, inclusive modificando suas rotinas e procedimentos administrativos. Em outras palavras, a punição deve estar de acordo com as possibilidades econômicas do lesante, independentemente da extensão do dano, para fins de punir sua conduta culposa (lato sensu) e, ainda, servir de exemplo para que outros não procedam da mesma forma.

Em sede contratual, entretanto, a definição do *quantum* punitivo encontra limitação no valor da obrigação principal. Esse limite, por sua vez, é restringido à âmbito negocial, visto que, na esfera extracontratual, “os danos punitivos não podem estar sujeitos a tal linde, devendo ter força suficiente para alcançar seu objetivo de desestimular a lesão culposa (lato sensu) a direitos da personalidade”. (ZANON JÚNIOR, 2013, p. 6)408

Com efeito, não há país no mundo que, atualmente, disponha de recursos humanos e materiais suficientes para assegurar um aparato jurisdicional tão amplo e equipado ao ponto de conseguir resolver os todos os inúmeros problemas de forma meramente pontual e proporcional, sendo necessário se admitir a necessidade do esforço exemplar, para demonstrar que, quando um dos inúmeros erros cometidos é questionado judicialmente, todos os demais podem não compensar. Exatamente neste ponto emerge a importância dos danos punitivos, os quais são regidos por critério de fixação de valor diferente da proporcionalidade à extensão do dano, que é o da punição exemplar que inibe a reiteração nociva, como um antídoto capaz de recuperar a funcionalidade do sistema jurídico.

Cabe mencionar aqui a respeito da destinação dos valores colhidos a título de indenização punitiva. Diferentemente do arbitramento da indenização por danos morais - que visa compensar o sofrimento causado à vítima (e por isso o valor é à ela destinado) -, nos *punitive damages* o objetivo precípua é o sancionamento do ofensor, a contenção daquele tipo de ilícito e sua dissuasão. Por isso, nesse instituto, interessante se mostra a criação de um fundo específico que abarque esses valores e atue no sentido de proteger o ofendido - seja o consumidor ou qualquer outro ente que se encontre vulnerável e hipossuficiente diante de uma relação -, com a criação de campanhas, palestras, e tudo o mais que mais se mostrar viável para uma efetiva proteção dos direitos de personalidade.

408 Ibid.

Da mesma maneira que entende o juiz Orlando Luiz Zanon Junior e as escritoras Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (citadas as ideias destes no item 4.4.1 deste capítulo, referente à crítica do “Enriquecimento sem causa”), o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 475)⁴⁰⁹ também apoia a ideia de criação de um fundo específico para o recebimento dos *punitive damages* e sustenta que:

Há até quem preconize, para a hipótese de a lei vir a atribuir caráter punitivo autônomo ao dano moral, a criação de um fundo semelhante ao previsto na lei que regulamenta a ação civil pública nos casos de danos ambientais, destinado a promover campanhas educativas para prevenir acidentes de trânsito, a dar assistência às vítimas etc., ao qual seria destinado o que excedesse o razoável para consolar as vítimas.

A respeito do possível funcionamento desse fundo específico para destinação da indenização punitiva, MARTINS-COSTA e PARGENDLER (2005, p. 24-25)⁴¹⁰ argumentam que:

[...] o valor, a ser pago punitivamente, não vai para o autor da ação, antes beneficiando o universo dos lesado e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado pela ação do autor do dano. Porém, há similitude com o que a doutrina anglo-saxã tem de positivo, sancionando pecuniariamente aqueles danos provocados por um apego tão excessivo a pecúnia que faz esquecer os interesses da sociedade. Um fundo, criado por lei – a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a indenização para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar as demais vias sancionatórias do ilícito civil – para regradar os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante “lógica de mercado”.

Em suma, verifica-se que no contexto jurídico atual, a concretização do implante dos *punitive damages* em solo pátrio se mostra como a melhor opção para que seja possível

409 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 475.

410 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 30 maio 2019. p. 24-25.

reprimir os impulsos egoístas das empresas de grande poderio econômico na defesa dos direitos fundamentais e da manutenção da paz social.

Mister se faz, portanto, seja aplicada a indenização punitiva como modalidade autônoma de danos morais, “porquanto voltados especificamente à tutela da sensação de segurança jurídica, em razão de sua altíssima relevância em uma sociedade massificada amplamente influenciada pelo risco”. (ZANON, 2013, p. 6)411

Ressalta-se que, hoje, a jurisprudência brasileira já caminha e reconhece a importância da indenização punitiva, entretanto, insere-a apenas como um critério que é somado para o arbitramento do valor à título de dano moral.

Nesse sentido, seguem jurisprudências dos Tribunais limítrofes no intuito de realçar a realidade local aqui existente. O posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é no seguinte sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DANO AMBIENTAL. PROPRIEDADE PARTICULAR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONTRARRAZÕES. LEGITIMIDADE RECURSAL. SOCIEDADE DE ADVOGADOS DA RÉ. INSURGÊNCIA CONTRA A VERBA HONORÁRIA RECURSAL. TERCEIROS INTERESSADOS. RECURSO CONHECIDO. [...] **DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VAZAMENTO DE DEJETOS SUÍNOS EM PROPRIEDADE PARTICULAR. REINCIDÊNCIA. RISCO À SAÚDE. EFEITOS PEDAGÓGICOS E PUNITIVOS. FIXAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. MANUTENÇÃO. Deve o valor da indenização conter o efeito pedagógico da condenação, ajustado de forma razoável e proporcional, levando-se em conta o efeito preventivo ou desestimulante. Deve a reparação do dano moral possibilitar uma satisfação compensatória e uma atuação desencorajadora de novas práticas ilícitas, sem provocar enriquecimento injustificado da vítima. [...] RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO E DO PATRONO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0001361-16.2013.8.24.0014, de Campos Novos, rel.***

411 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 30 maio 2019.

Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-08-2018). (grifei)412

No caso acima, tem-se que a perpetração de dano ambiental ante o vazamento de dejetos suínos em propriedade particular e, sob o entendimento do Tribunal, ante a existência de risco à saúde, é devida a fixação da indenização. A mesma, entretanto, deve possuir efeitos pedagógico, punitivos e satisfatórios.

No mesmo sentido, cabe citar entendimento do Tribunal de Justiça Riograndense de forma a melhor exemplificar a aplicação hodierna dos *punitive damages* (vale lembrar, como critério somado aos danos morais e não como instituto autônomo) na jurisprudência brasileira:

*Ementa: RECURSO INOMINADO. **CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. ASSINATURA DE JORNAL. CORTESIA POR PERÍODO PREDETERMINADO. COBRANÇAS LANÇADAS NA CONTA CORRENTE DO AUTOR, CUJOS DADOS A RÉ JÁ DETINHA EM RAZÃO DE ANTERIOR ASSINATURA DO JORNAL, JÁ CANCELADA. O PRAZO DA PRESTAÇÃO GRATUITA. AUSENTE PROVA DA REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO. [...] DANOS MORAIS COM CARÁTER PEDAGÓGICO CONFIGURADOS. VALOR FIXADO EM R\$ 1.500,00 QUE NÃO COMPORTA REDUÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS FUNDAMENTOS. O recurso não merece provimento, visto que demonstrada a irregularidade da cobrança mensal pela assinatura de jornal que o autor não tinha interesse em receber. A recorrente, valendo-se de estratégia agressiva de venda do seu produto, ofereceu a assinatura do jornal de forma gratuita ao autor, por dois meses, vindo a cobrar logo em seguida, sendo que o autor não tinha interesse em pagar pelo produto. O áudio gravado acostado pela ré deixa claro que o autor não tinha interesse em pagar pelo serviço de assinatura, mas apenas pela cortesia, como frisado na sentença, do que decorre a cobrança indevida. O autor tem direito à repetição do que lhe foi cobrado indevidamente. **O dano moral está configurado de forma excepcional em vista da abusividade da conduta comercial da recorrente, aplicando-se o seu caráter pedagógico presente na Teoria do "Punitive Damages" ou do "Valor do Desestímulo". Valor fixado na origem, de R\$ 1.500,00 que não comporta*****

412 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0001361-16.2013.8.24.0014, de Campos Novos.** Apelantes: Sebastião Lemos França e Rode Martins Advogados Associados. Apelado: Cooperativa Regional Agropecuária de Campos. Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa, 30 ago. 2018. (grifei)

redução, pois atento aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Recurso Cível Nº 71005887633, Turma Recursal Provisória, Turmas Recursais, Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 14/12/2016) (grifei)413

Nesta situação, verifica-se que não houve a aplicação do instituto dos *punitive damages* em si, mas sim apenas aplicação do caráter indenizatório presente no instituto em decorrência do abuso da conduta comercial perpetrada - a agressiva cobrança mensal pela assinatura de jornal que o autor não tinha interesse em receber.

E ainda, cabível mencionar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. - APELAÇÃO (01) - RÉU: (I). CONTRATO DE FINANCIAMENTO - INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES - PRESTAÇÃO REGULARMENTE QUITADA - FATO INCONTROVERSO - ILÍCITO CARACTERIZADO - DANO MORAL QUE SE PRESUME - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - QUANTUM MANTIDO - FIXADO COM RAZOABILIDADE E PADRÃO DESSA CÂMARA [...] Depreende-se dos autos que o Magistrado singular julgou procedente a presente demanda, reconhecendo que houve a quitação do débito e a indevida inserção do nome do autor no cadastro de inadimplentes, o que no dever de indenizar resultou. [...]. Na hipótese, houve, no mínimo, negligência por parte do apelante, já que, não havendo débito, providenciou o registro do nome do apelado como devedor perante o SPC. [...] O dano, na hipótese, é consequência do ilícito, não havendo necessidade de que seja materialmente provado. Vale dizer, é de fácil constatação que a inscrição do nome nos cadastros de inadimplentes, quando inexigível o débito, causa abalo na esfera íntima do suposto devedor (perda da credibilidade), sendo desnecessária a efetiva comprovação do dano, que, se presume. [...] 4. Com relação a possibilidade de redução do quantum arbitrado a título de dano moral, não assiste razão à apelante. A reparação do

413 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível Nº 71005887633**. Apelante: RBS Zero Hora Editora Jornalística S.A. Apelado: Evandir Antonio Da Rosa. Relator: Des. Lucas Maltez Kachny. 14 dez. 2016. (grifei)

dano moral deve ter relação com o fato e observar a razoabilidade e a proporcionalidade, levando-se em conta certos critérios, como a condição socioeconômica das partes envolvidas, o grau de culpa e o valor do negócio, além do caráter pedagógico, pretendendo sempre desestimular a reincidência sem, contudo, ser tão elevada, a ponto de provocar o enriquecimento sem causa da vítima, ou ser inexpressiva, a ponto de não se compor o prejuízo sofrido. Com efeito, diante da notória dificuldade em arbitrar o valor para indenizações por dano moral e também da ausência de critérios legais objetivos, a doutrina e jurisprudência têm lançado mão de certos parâmetros. Consoante pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, o valor fixado, fundado em critérios subjetivos empregados pelo julgador, deve levar em consideração o potencial socioeconômico das partes; o grau de reprovabilidade da conduta do agente; a repercussão do fato na esfera do ofendido, e o caráter preventivo, consistente em inibir a repetição do ilícito. As punitive damages, de efeito intimidador de novas ofensas. A indenização por danos extrapatrimoniais deve ter conteúdo pedagógico e justo, de modo a coibir a reincidência do causador do dano sem causar enriquecimento ilícito da parte ex adversa, a vítima. Deve compelir o agente causador do dano a tomar providências, a fim de evitar que o ato ilícito jamais seja reiterado em detrimento de outros clientes, isto é, deve ser arbitrada em um patamar que iniba a continuidade do ilícito [...] (TJPR, Apelação Cível n. 1.084.925-3, de Centenário do Sul, Relator: Des. Rui Bacellar Filho, Julgado em 16 de fevereiro de 2016) (grifei)414

De acordo com o entendimento acima, diante da inscrição indevida da parte no cadastro de inadimplentes, é desnecessária prova do dano, o qual já é presumido. Para fixação do quantum, menciona-se a problemática da ausência de critérios específicos para o arbitramento, mas a necessidade de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da condição socioeconômica das partes e o grau de culpa. Como fundamento, utiliza-se o caráter preventivo, a partir do qual a fixação deve ser arbitrada em patamar que faça com que o agente causador tome providências no intuito de evitar que delitos assemelhados ocorram novamente. Na citada jurisprudência, é citado brevemente o próprio instituto dos *punitive damages*, o que gera o entendimento

414 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n. 1.084.925-3, de Centenário do Sul.**

Apelantes: BV Financeira S/A; Ricardo Cicero de Menezes. Apelado: BV Financeira S/A; Ricardo Cicero de Menezes. Relator: Des. Rui Bacellar Filho. 16 fev. 2016. (grifei)

de que, também neste caso, o instituto apenas foi utilizado como critério a ser somado para fixação da indenização por dano moral.

A título de curiosidade, mas já fora da área contígua a Santa Catarina, cita-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na indenização por danos morais:

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA MANTIDA. PRODUTO DEFEITO. FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA. O ponto nodal da presente demanda é saber se o produto tem falha na sua produção e no serviço prestado pelas partes rés/Apeladas. O vício do produto, pouco tempo após sua compra, que frustra a legítima expectativa do consumidor sobre a qualidade e durabilidade do bem. **A relação entre as partes é de consumo**, uma vez que as partes se enquadram no conceito de consumidor final e de fornecedor de serviço, nos termos do artigo 2º e 3º, do CDC. Não basta o fabricante possuir uma assistência técnica, mas sim uma assistência eficiente que satisfaça as necessidades do cliente, o que não ocorreu no caso em tela. **Visto a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório ao que se acresce um componente punitivo que visa a impulsionar as empresas a melhoria de seus serviços inibindo novas condutas similares, conclui-se que o valor de R\$ 4.000,00 (quadro mil reais) para indenização por dano moral mostra-se adequado e em conformidade com critérios de razoabilidade e proporcionalidade.** Desprovemento do recursos. (TJ-RJ – Apelação Cível n. 00587102320158190021, Relator: Des(a). Andrea Fortuna Teixeira, Data de Julgamento: 08/05/2019, Vigésima Quarta Câmara Cível) (grifei)415*

Vê-se, claramente, no caso consumerista acima, o acréscimo de certo valor à indenização como forma de punição ao agente causador para que novas condutas assemelhadas sejam inibidas.

Sobre os julgamentos realizados pelos Tribunais do país, cabível mencionar a frequente confusão existente na fundamentação das respectivas decisões no que concerne

415 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 00587102320158190021**. Apelante: Motorola Mobility Comércio se Produtos Eletrônicos Ltda e Outro. Apelados: Motorola Mobility Comércio se Produtos Eletrônicos Ltda e Outro. Relator: Des(a). Andrea Fortuna Teixeira, 8 maio 2019. (grifei)

aos termos utilizados. Confira-se as considerações de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 24)⁴¹⁶:

[...] o Supremo Tribunal Federal, [...] recentemente, fez referência à doutrina norte-americana dos punitive damages para justificar decisão impositiva de indenização a hospital público (que responde objetivamente, na forma do art. 37, p. 6º, da Constituição Federal). Invocando a dupla função (sancionatória e dissuasória) da indenização na responsabilidade extrapatrimonial, chamou – desnecessariamente, em nosso modo de ver – a doutrina dos punitive damages como fundamento da decisão. E foi invocação desnecessária porque confundiu o “caráter punitivo da indenização (traço genérico da pena privada, atribuível ao dano moral) com a “indenização punitiva” (punitive damages).

Da mesma forma, pode-se perceber tal desordem de definições nas jurisprudências supracitadas, sobretudo naquela do Estado do Paraná, a qual enfatiza a aplicação dos *punitive damages* quando, em verdade, quer tratar apenas do caráter punitivo da indenização, da mesma maneira que as autoras mencionaram. Deve-se atentar para a utilização das corretas convicções acerca do tema, pois conforme já mencionado no decorrer do trabalho, ambas são divergentes, uma (a indenização punitiva) é instituto autônomo, enquanto a outra (o caráter punitivo da indenização) está atrelada apenas como critério para fixação dos danos morais.

Em face de todo o exposto, evidente o processo de funcionalização que atravessa o Direito, na qual os interesses coletivos se sobrepõem aos individuais de maneira indiscutível. (RESEDÁ, p. 304)⁴¹⁷

A verdadeira eficiência das diretrizes jurídicas ocorre quando estas protegem e zelam pela coletividade. E como resposta desta às condutas infames e lesivas perpetradas contra o ser humano, assomam os *punitive damages*.

416 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 17 maio 2019. p. 24.

417 RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 304.

Aliado a este entendimento, o douto julgador Orlando Luiz Zanon Júnior (2013, p. 6)418 defende que:

[...] a jurisdição somente exerce sua missão institucional quando suas decisões são efetivamente levadas em consideração pelos jurisdicionados, mormente em um cenário dominado pelas grandes corporações e outros entes cuja atuação tem ampla repercussão social e/ou pública, sob pena de se perpetuar o atual estado de proliferação de demandas em decorrência de ofensas aos direitos das massas (notadamente os consumidores e contribuintes etc), que vem congestionando as vias judiciais e impedindo o cumprimento da exigência constitucional de celeridade processual. Ora, com a fixação de danos punitivos em patamar suficiente para desestimular a conduta ilícita, a jurisdição exerce a sua função constitucional de pacificação social, de modo a evitar a continuidade das ofensas aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, desobstruir o sistema, com a recuperação de sua operacionalidade. Daí que os danos punitivos ganham maior importância quando a jurisdição começa a ser sobrecarregada por demandas de massa, versando sobre um mesmo prejuízo, de modo a denotar que a reparação dos danos materiais e das demais modalidades de danos morais são insuficientes para motivar os agentes causadores do dano a modificar seu comportamento em sociedade e, assim, deixar de continuar a causar prejuízos a outros.

Conforme visto, as diversas alegações que vão de encontro a aplicação da indenização punitiva no ordenamento brasileiro são completamente desarrazadas e não merecem abrigo. Cristalino é o dever dos magistrados que devem analisar e utilizar todos os meios necessários para corrigir as lacunas legislativas e adaptar o funcionamento do sistema quando este já não traz mais o efeito esperado para a sociedade, sobretudo diante da impunidade que permeia as grandes corporações.

O aspecto meramente compensatório da responsabilidade civil já não mais confere a efetiva proteção conferida por direito aos seres humanos e culmina em inúmeros pleitos indenizatórios ante a ofensa aos direitos de personalidade. A sociedade se mostra abalada diante das monstruosas violações ocorridas a todo instante pelas empresas de grande

418 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais:** Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 30 maio 2019.

poderio econômico e, em vista disso, é preciso que se busque instrumentos para coibir e frear esses ilícitos, de modo que emergem os *punitive damages*.

O magistrado Salomão Resedá (2008, p. 304)⁴¹⁹ enfatiza o dever do Poder Judiciário de conferir soluções e respostas aos anseios da sociedade, "efetivando-se com isso a determinação Constitucional constante em seu art. 1º [da Carta Magna], o que somente poderia ser concretizado a partir da inserção da prevenção e do caráter exemplificativo decorrente do *exemplary damage*".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo verificar a viabilidade de aplicação do instituto dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na defesa do consumidor, no intuito de reduzir a perpetração dos abusos por empresas de grande poderio econômico que visam, acima de tudo, a obtenção de lucro.

A responsabilidade civil é tema de grande importância e repercussão social. Presente desde a antiguidade, com a famosa Lei de Talião e a máxima "*olho por olho, dente por dente*", com o decorrer do tempo, trocou o objetivo do castigo e trouxe lugar à tentativa de atingir o equilíbrio das relações quando de qualquer perpetração de ato ilícito que gere dano a outrem, e o retorno – sempre que possível – ao *status quo* que antes existia.

Viu-se que o Código Napoleônico é considerado o marco teórico fundamental da responsabilidade civil por ter trazido o primeiro enunciado básico da responsabilidade civil e os elementos tradicionais que são até hoje utilizados.

Verificou-se que foi através do advento da Lei Maior de 1988 que a possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais foi consolidada, fato que se mostrou como um avanço para a sociedade. Dessa forma, pelo descabimento da verdadeira mensuração no que concerne as violações morais, objetivou-se compensar o prejuízo sofrido pela vítima através de um valor pecuniário aleatório, mais ou menos equivalente ao dano sofrido.

Destarte, à frente da notória e crescente demanda judicial no que concerne à perpetração de ofensas à propriedade extrapatrimonial e diante da significativa relevância que a proteção da dignidade humana e dos direitos de personalidade possui em nosso meio e como maneira de frear a perpetração de ilícitos extrapatrimoniais, averiguou-se a possibilidade de inserção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴¹⁹ RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 304.

Verificou-se que o Estado busca ditar regras comportamentais no intuito de moldar condições propícias para uma harmônica vida em sociedade, para que, dessa maneira, consiga atingir a segurança social em prol do bem comum.

Assim, a princípio, estudou-se o panorama geral da responsabilidade civil, a qual é consequência da liberdade de escolha, do discernimento e da racionalidade que compõem o ser humano e sua teoria foi inspirada pelo princípio multissecular *nemidem laedere* (a ninguém se deve lesar). Assim, todo aquele que ferir direitos básicos da sociedade – tais como os direitos de personalidade e a dignidade humana – e praticar ato que o desvie de uma conduta padrão da sociedade, deverá arcar com as consequências de seus atos.

Como elementos constitutivos da responsabilidade civil, examinou-se a conduta do agente, o dano, o nexos de causalidade e a culpa. A conduta pode ser dita como a ação ou omissão humana, guiada pela vontade do agente, que resulta no dano à vítima. O dano, por sua vez, é considerado a essência da responsabilidade civil e seu resultado determina o dever de indenizar. O nexos causal pode ser considerado como a relação de causa e efeito entre a conduta ilícita perpetrada pelo agente e o dano causado à vítima, ou seja, é necessário que haja uma ligação entre ato e dano para que o nexos de causalidade esteja presente. Embora seu conceito seja aparentemente simples, verificou-se existir, ainda, algumas teorias que tentam elucidá-lo. Já a culpa, último elemento estudado no presente trabalho, é conceituada, em sentido estrito, como um comportamento que se desvia dos padrões gerais esperados em sociedade e abarca as modalidades da *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*, ou, em sentido amplo, ainda abarca o elemento dolo – a vontade intencional do agente. Constatou-se existir, ainda, divergências acerca da inserção da culpa como elemento da responsabilidade civil visto a existência de categoria específica de responsabilidade que prescindem desse elemento: a responsabilidade objetiva.

Examinou-se, outrossim, as espécies de responsabilidade existentes, tais como as responsabilidades subjetiva e objetiva. Aquela se vale da ponderação do elemento culpa e entende que somente haverá responsabilidade e dever de indenizar quando provada a culpa do agente. O segundo tipo de responsabilidade, por sua vez, prescindem do elemento culpa e se satisfaz apenas com a existência do dano e o nexos de causalidade. Nesta espécie, é estudada ainda a teoria do risco, segundo a qual todo aquele que exerce atividade gera risco de dano para terceiros e, em consequência, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que seu comportamento seja livre de culpa. Aqui também estão inseridos os casos de danos *in re ipsa* (danos presumidos, que já estão na coisa).

Apurou-se também acerca das responsabilidades contratual – também chamada negocial – e extracontratual – extranegocial ou aquiliana. Na primeira modalidade, há violação de certa cláusula contratual, ou seja, existia prévia vinculação entre as partes. Já

na segunda, não há esse vínculo anterior nem contrato descumprido, mas sim um descumprimento que decorre da lei.

Denotou-se, por sua vez, a existência de causas que excluem a responsabilidade civil, tais como: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros.

No capítulo que trata a respeito dos danos, especificamente, analisou-se os conceitos de danos patrimoniais e sua subdivisão em dano emergente e lucro cessante. Dano patrimonial pode ser conceituado como a integralidade de bens economicamente aferíveis de uma pessoa. Já o dano emergente, inserido no patrimonial, é dito como a efetiva diminuição de patrimônio havida. O lucro cessante, contudo, foca-se no futuro e naquilo que a vítima deixará de lucrar ante a ocorrência do dano.

Em seguida, viu-se também o conceito de dano moral, suas espécies e funções. O dano moral engloba as violações do direito à dignidade e tutela todos os bens personalíssimos do ser humano, tais como o direito à vida, à integridade física, psíquica e intelectual, à privacidade, à liberdade, à honra, à imagem, dentre vários outros. Justamente por ser extrapatrimonial, não é passível de ter equivalente pecuniário, assim sua reparação se dá através de um valor meramente compensatório.

Existente, ainda, a divisão em danos morais puros – diretos – ou reflexos – indiretos. Os danos morais puros são aqueles que se findam no momento da lesão específica ao direito de personalidade. Em contrapartida, o dano reflexo é aquele que perpassa a pessoa da vítima e se reflete em terceiro.

Verificou-se, outrossim, as funções do dano moral. Embora existam divergências doutrinárias sobre essa questão, em suma, ele pode ter como objetivo a compensação pela dor havida, a prevenção – para que sirva como desestímulo ao agente violador -, ou, ainda, a punição, como forma de advertência e sanção pelo ato praticado.

Indagou-se, ademais, acerca das problemáticas que envolvem sua quantificação visto que inexistem critérios objetivos no ordenamento jurídico brasileiro para a fixação dos danos morais, de maneira que fica ao livre critério do magistrado analisar as circunstâncias do caso concreto e fixá-los de acordo com seu entendimento. Apurou-se existir determinados critérios convencionados – e não regulamentados – para que o magistrado possa aumentar ou diminuir o montante indenizatório, tais como situação econômica das partes, a intensidade do sofrimento da vítima, a gravidade do ato, a repercussão do ilícito e o grau de culpa, bem como as circunstâncias do caso concreto.

E, para finalizar o capítulo, fez-se uma breve análise do dano moral na especial defesa do consumidor, na qual este se mostra como parte hipossuficiente na relação de consumo. Foi através do Código de Defesa do Consumidor que foi possível armar o consumidor - sempre vulnerável na relação de consumo - com dispositivos eficazes e protegê-lo mediante a concessão de superioridade jurídica em relação ao fornecedor, o qual, em regra, possui supremacia econômica.

Por fim, no último capítulo deste estudo, focou-se no instituto dos *punitive damages*. Inicialmente, estudou-se seus aspectos gerais e seu conceito, o qual pode ser dito como um montante pecuniário conferido à vítima lesionada em um valor expressivamente superior ao necessário para a mera compensação do dano. Seu objetivo primordial é a punição e a prevenção pela exemplaridade da punição, devidamente fundamentado na culpabilidade do infrator e nas peculiaridades do caso concreto.

Constatou-se que a origem do instituto veio do cenário indenizatório norte-americano e inglês em decorrência da arbitrariedade estatal, autoritarismo e abusos dos servidores públicos à época, mas foi através do Direito Romano que irrompeu a primeira ideia de condenação do ofensor à indenizações pecuniárias múltiplas baseadas na violação ocorrida.

Viu-se que sua aplicação é mais comum nos países que adotam o sistema do *common law* (aquele que trata as decisões judiciais como partícula emanadora de normas pelo efeito vinculante que lhes é atribuído), embora esteja ganhando espaço no decorrer da história também nos países de *civil law* (nos quais predomina a lei como fonte disseminadora de condutas) e, inclusive nos tribunais brasileiros, isto porque a função compensatória da indenização não tem se mostrado suficiente para frear os abusos perpetrados, sobretudo na esfera extrapatrimonial.

Nos Estados Unidos, por sua vez, o instituto delineou rapidamente e foi através de suas aplicações que tomou os contornos contemporâneos e passou a influenciar outros países. Na aplicação estadunidense, os *punitive damages* assomam de culpa grave, dolo, malícia ou fraude, e não de simples culpa, sem comportar aplicação nas relações contratuais. Seu objetivo sempre foi punir o ofensor do ato ilícito e dissuadir comportamentos semelhantes.

Foi no século XX que o instituto dos *punitive damages* ganhou forma e aperfeiçoamento e fez com que nos dias atuais se apresente como ferramenta indispensável para a proteção da sociedade e, em especial, do consumidor, frente às constantes e gritantes práticas comerciais abusivas.

Pesquisou-se acerca da forma de fixação do quantum à título de *punitive damages* e viu-se que esta se dá, entre outros fatores, pela análise do grau de reprovabilidade da conduta, se houve desconsideração da saúde e segurança da sociedade em sua prática, a vulnerabilidade financeira da vítima, a possibilidade de ter sido um evento danoso isolado ou se é uma série de repetições e, ainda, se a violação foi acidental ou consequente de dolo ou fraude, por exemplo.

Ademais, examinou-se as críticas que o instituto recebe de variados doutrinadores, tais como a de facilitar o enriquecimento sem causa, de ser empecilho ao desenvolvimento empresarial e, ainda, acerca da ausência de previsão legal que permita sua aplicação.

Ao investigar-se sobre as suposições supracitadas, todas mostraram-se incabidas. Primeiramente, verificou-se que há causa legal para o enriquecimento, qual seja, o dano efetivamente sofrido e reprovável, de maneira que não figura como ilícito, e, não bastasse, existe a possibilidade de destinação do montante oriundo da indenização punitiva a um fundo específico em favor de interesses transindividuais, fato que excluiria no todo o alegado enriquecimento ilícito; acerca da crítica ao empecilho ao desenvolvimento industrial, tem-se que, por lógico, toda corporação se sentirá ameaçada diante de um instituto que aplique indenizações em altos patamares, entretanto, parâmetros seguros e compatíveis às finalidades pedagógicas e punitivas devem ser criados e seguidos, de maneira que se obste o desrespeito à coletividade sem bloquear o desenvolvimento das atividades empresariais; e, por fim, sobre a ausência de previsão legal, verificou-se que o princípio da legalidade não pode ser aplicado às sanções pecuniárias civis, pois o princípio da intervenção mínima traz à tona que o direito penal somente deve ser aplicado como *ultima ratio*, quando não houver mais outras maneiras de solucionar a questão em apreço e diante de graves ofensas à ordem social. Ademais, a defesa dessa crítica colidiria frontalmente com o princípio da dignidade humana, o mais importante em nosso meio social, fato este que é incabível e afrontoso.

No último tópico ponderado, analisou-se as perspectivas e os limites dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro em benefício do consumidor. Em geral, verificou-se que a maior interseção atual em favor do instituto se dá por consequência da quebra da expectativa da sociedade no sistema e do desejo desta de ter novamente um sistema jurídico confiável e eficaz.

Percebeu-se, no decorrer do estudo, que a atual proteção ao consumidor hipossuficiente através da mera indenização compensatória, nos tempos hodiernos, já não tem mais se mostrado como medida suficiente para acautelar e reprimir a prática de ilícitos. Isto porque a indenização limitada à extensão do dano acaba por ser vantajosa ao ofensor, o qual prefere calcular as possíveis indenizações a serem fixadas mas continuar com a procriação de lucros altíssimos através da prática constante desses atos ilícitos e abusivos.

Essa conjuntura é bastante prejudicial à qualidade de vida em sociedade e demonstra que não há um desestímulo eficaz às práticas delituosas corporativistas.

Assim, confirmou-se que a simples reparação dos danos causados não é mais medida eficaz para a manutenção de uma sociedade equilibrada. Mostrou-se necessária a inclusão de uma nova possibilidade que não apenas vise reparar o dano, mas sim preveni-lo e puni-lo, de forma a acarretar a dissuasão de condutas ilícitas semelhantes – tal qual é o objetivo dos *punitive damages* estadunidenses.

Assim, no contexto jurídico atual, o instituto estudado se ratificou como alternativa bastante viável e que possui o intuito de diminuir o crescente ajuizamento de ações pela reparação de danos morais, pois este, de forma mais severa, visa a punição do responsável pela prática do ato ilícito através de um montante pecuniário considerável e, através deste, objetiva coibir novas práticas assemelhadas e reprimir os impulsos egoístas das empresas de grande poderio econômico na defesa dos direitos fundamentais e da manutenção da paz social.

Viu-se que a jurisprudência brasileira já caminha e reconhece a importância da indenização punitiva, entretanto, insere-a apenas como um critério que é somado para o arbitramento do valor à título de dano moral, fato este que não é a solução para as problemáticas apresentadas neste trabalho. Mister se faz, portanto, seja aplicada a indenização punitiva como modalidade autônoma de danos morais, visto que, em tempos de uma sociedade massificada e bastante influenciada pela teoria do risco, esta é focada especificamente na manutenção e proteção da segurança jurídica.

Ademais, o direito, como ciência em constante movimento, não pode paralisar-se e manter-se engessado no tempo diante das inúmeras transformações que avançam junto da sociedade moderna e cada vez mais industrializada. Ratificou-se, também, a expectativa da sociedade frente ao Estado, ao passo que este deve sempre buscar novas soluções quando as atuais não mais se mostram eficazes para que o corpo social consiga evoluir e, no mundo hodierno, a indenização punitiva se mostra como a melhor alternativa para reprimir as constantes e excessivas práticas abusivas causadas por empresas de grande poderio econômico, sobretudo nas relações de consumo.

Com o presente estudo, confirmou-se a tese de que se mostra viável a concretização dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de reduzir a perpetração de danos extrapatrimoniais praticados por grandes corporações, desde que aplicados com fundamento nos princípios basilares do direito e destinados para um fundo específico para defesa do consumidor criado por lei, visto que a função primordial do Estado é a proteção aos direitos fundamentais e este deve se utilizar de todos os meios de

que dispõe para efetivá-la. Com a sua aplicabilidade, o sistema judiciário se tornará mais eficaz em suas decisões ante a devida repressão de condutas ilícitas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AZEVEDO, A.V. Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. In: TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

AZEVEDO, A.J. Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil**: o dano social. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19, ano 5, p. 380-383. São Paulo, 2004.

ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estácio de Sá, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitives damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BENACCHIO, Marcelo. **A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil**. In: LOTUFO, Re-nan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas**. In: CAHALI, Yussef Said (Co-ord.). Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 1984.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 7 maio 2019.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em 30 maio 2019

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 9 maio 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 7 maio 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 187. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3505>. Acesso em 7 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n. 1.084.925-3, de Centenário do Sul**. Apelantes: BV Financeira S/A; Ricardo Cicero de Menezes. Apelado: BV Financeira S/A; Ricardo Cicero de Menezes. Relator: Des. Rui Bacellar Filho. 16 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 00587102320158190021**. Apelante: Motorola Mobility Comércio se Produtos Eletrônicos Ltda e Outro. Apelados: Motorola Mobility Comércio se Produtos Eletrônicos Ltda e Outro. Relator: Des(a). Andrea Fortuna Teixeira, 8 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível Nº 71005887633**. Apelante: RBS Zero Hora Editora Jornalística S.A. Apelado: Evandir Antonio Da Rosa. Relator: Des. Lucas Maltez Kachny. 14 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0313141-12.2016.8.24.0033, de Itajaí**. Apelante: C. G. A. Apelada: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvt S/A. Relator: Des. Sebastião César Evangelista, 28 de mar. de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0001361-16.2013.8.24.0014, de Campos Novos**. Apelantes: Sebastião Lemos França e Rode Martins Advogados Associados. Apelado: Cooperativa Regional Agropecuária de Campos Novos. Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa, 30 ago. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil 2** – obrigações – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7**: responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Peixoto Braga. Curso de direito civil: responsabilidade civil, 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOTTLIEB, Emily. **What you need to know about punitive damages**. New York: Center for justice and democracy, 2011. Disponível em: <http://www.fairwarning.org/wp-content/uploads/2011/09/PunitiveDamagesWhitePaper2011F.pdf>. Acesso em 24 maio 2019.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría General de la Reparación de Daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

HERRERA, Edgardo López. **Introducción a La responsabilidad civil**. p. 36. Disponível em: https://issuu.com/luisenrique87/docs/responsabilidad_civil_1/17. Acesso em 23 maio 2019

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização punitiva e os critérios para sua determinação**. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em 7 maio 2019.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**, R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 21, jan/mar.2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em 17 maio 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Clausula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros; ZANETTA, Renata Pinto Lima. **O dano na responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc7.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em 14 maio 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas**. RTDC, vol. 18, abril/junho 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador: Tepedino, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral: prevención. Reparación. Punición**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. v. 17.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Culpa** – responsabilidade civil. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/culpa-responsabilidade-civil/37846>. Acesso em: 31 maio 2019

RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos *Punitive Damages* no Atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 25-26 f. Artigo (Pós -Graduação em Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

STARCK, Boris. **Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade, 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. **Punitive Damages**: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016. p. 298. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00295.pdf>. Acesso em 23 maio 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Danos morais**: Espécies e critérios de valoração. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25184>. Acesso em: 13 maio 2019.

SUSTENTABILIDADE: SOB OS CONFLITOS ENTRE A PRESERVAÇÃO E O AVANÇO DO AGRONEGÓCIO

MARCOS VINICIUS FERREIRA DA SILVA:
Graduando em Direito na Universidade de Gurupi-
UNIRG. ⁴²⁰

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI⁴²¹

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo busca tratar sobre a Sustentabilidade no país, além de discorrer sob os conflitos entre a preservação e o avanço do agronegócio, seus impactos ambientais e seus principais causadores, como o uso de agrotóxicos. E com o objetivo de demonstrar os problemas que tem ocorrido com o avanço dos agrotóxicos. As fontes de pesquisa que foram utilizadas sendo várias como, por exemplo: consulta a bibliografias, artigos, legislação, jurisprudência e consultas a sites e reportagens, buscando discorrer sobre os principais causadores desses problemas que esta acontecendo com exploração do meio ambiente sem nenhum tipo de fiscalização ou punições que possa ser aplicada de uma forma mais severa aos agricultores, no qual ainda não entenderam que quanto mais sustentável for a exploração, mais lucro terão. Por fim espera-se com esse artigo, demonstrar o quanto o avanço do agronegócio, está causando impactos ambientais e seus principais causadores, além de demonstrar o quanto e necessário uma lei específica para esses problemas e com punições mais severas, e uma fiscalização mais atuante, por não está funcionando, ou seja, deve-se ter um equilíbrio entre a preservação e o avanço do agronegócio.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Impactos. Ambientais. Fiscalização. Equilíbrio.

SUSTAINABILITY: UNDER THE CONFLICTS BETWEEN THE PRESERVATION AND
ADVANCEMENT OF AGRIBUSINESS

ABSTRACT: This article seeks to address Sustainability in the country, in addition to discussing the conflicts between the preservation and advancement of agribusiness and its environmental impacts and its main causes, such as the use of pesticides. And with the aim of demonstrating the problems that have occurred with the advancement of pesticides. The research sources that were used were several, such as: consulting bibliographies,

420 E-mail:marcosviniciusferreira957@gmail.com

421 Docente do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins- UFT.

articles, legislation, jurisprudence and consulting websites and reports, seeking to discuss the main causes of these problems that are happening with the exploitation of the environment without any type of inspection or punishments that can be applied more severely to farmers, in which they still do not understand that the more sustainable the exploitation, the more profit they will have. Finally, this article is expected to demonstrate how much the advancement of agribusiness is causing environmental impacts and its main causes, in addition to demonstrating how much a specific law is necessary for these problems and with more severe punishments, and a more active inspection. , because it is not working, that is, there must be a balance between the preservation and the advancement of agribusiness.

Keywords: Sustainability. environmental impacts. Inspection. balance.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito de Sustentabilidade. 3 Principais impactos ambientais. 3.1 Degradação do solo. 3.2 Contaminação do solo, ar e água. 3.3 Geração de resíduos. 3.4 Princípios. 3.5 O princípio da ubiquidade. 3.6 Poluidor-Pagador. 3.7 Principio da Prevenção. 4 Necessidade da diminuição dos defensivos Agrícolas. 5 Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1.Introdução

No Brasil, nesses últimos anos o desenvolvimento tem tido um crescimento imenso, sendo que esse avanço do agronegócio apesar de ter aumentado a economia e consequentemente os empregos no ambiente rural, tem trazido uma serie de impactos ambientais, que tem feito com que o meio ambiente esteja sofrendo de mais com esses impactos.

O objetivo desse artigo e demonstrar o quanto o avanço do agronegócio está em constante conflito com a preservação, o meio ambiente com esse crescimento exponencial tem sido muito grande. Além de demonstrar o quanto e importante que o meio ambiente seja sustentável, e mais equilibrado, com isso aumentara de forma significativa o crescimento e o lucro.

Assim, é tão importante o estudo e análise desse problema que tem surgido nesses últimos anos, ou que tenha se tornado mais evidente, a falta de fiscalização é enorme, com isso ao estudar sobre esse conflito é tão importante, por ser comprovado que a partir do momento que um tema é abordado com mais frequência e muito mais fácil que seja notado e solucionado.

Dessa forma, a sustentabilidade do meio ambiente e extremamente importante que seja analisada, e colocada em discussão, esse trabalho científico vai trazer a problemática, os principais problemas e possíveis soluções que podem ser feita para que

esses impactos sejam solucionado e conseqüentemente torne-se a economia e o meio ambiente equilibrado e que o desenvolvimento do agronegócio torne-se cada vez mais forte. O trabalho trará os impactos que tem se tornado mais prejudiciais, os princípios que fundamentam um meio sustentável, a importância de uma legislação específica e mais atuante, com punições mais rigorosas.

A pesquisa terá início trazendo o conceito de sustentabilidade e o quanto ela é importante, e os principais impactos ambientais que o meio ambiente tem sofrido, não esquecendo dos princípios que podem ser analisados para que possa ter uma base legal, além da importância do direito agrário para uma sustentabilidade maior, não a que se falar nesse conflito e não trazer a importância que o direito agrário tem para o meio ambiente sustentável e por fim tratar sobre a necessidade da diminuição da utilização de defensivos agrícolas para a proteção do meio ambiente .

Ao início da realização desse artigo, o objetivo principal é mostrar o quanto atual esses problemas, além, de levantar a discussão, porque não fazer com que esse avanço possa ser realizado, respeitando o meio ambiente. Por se tratar de um tema novo, ainda não a muitos doutrinadores que abordam essa problemática, sendo que é tão importante para o Direito Brasileiro.

2. Conceito de Sustentabilidade

Em primeiro lugar, é interessante começar trazendo o conceito de Sustentabilidade, que é a partir desse pressuposto que terá início a discussão, com relação aos problemas que está sendo causado ao meio ambiente, pelo avanço do agronegócio, sendo que não está sendo de forma sustentável. Portanto o conceito de Sustentabilidade trata-se de nada mais que:

"Sustentabilidade refere-se ao princípio da busca pelo equilíbrio entre a disponibilidade dos recursos naturais e a exploração deles por parte da sociedade. Ou seja, visa a equilibrar a preservação do meio ambiente e o que ele pode oferecer em consonância com a qualidade de vida da população." (Souza, 2022).

Como dito acima a Sustentabilidade nada mais é que a busca por um equilíbrio, tendo em vista que esse equilíbrio é essencial para que se tenha um meio ambiente desenvolvido, explorado, extraindo os seus recursos, fazendo com que os impactos ambientais sejam nulos. Até porque a sociedade necessita desses recursos, um bom exemplo é nas lavouras de soja, aonde vem uma boa parte dos recursos, só que essas lavouras estão produzindo sem respeitar o meio ambiente.

A sustentabilidade é um termo que surgiu para fazer com que trouxesse a discussão, com relação a forma que a sociedade tem explorado os recursos naturais e utilizando os mesmos, a definição de Sustentabilidade está extremamente ligada ao conceito de desenvolvimento sustentável, por ambas buscarem a preservação desses recursos, para que eles não se esgotem e as gerações futuras possam usufruir. Atualmente tem sido objeto de muito comentário falar sobre o desenvolvimento sustentável, pois, começaram a perceber que o desenvolvimento do meio ambiente está sendo feito da forma errada e não está sendo respeitado o meio ambiente, por esses recursos não serem infinitos.

O desenvolvimento sustentável trata de um desenvolvimento socioeconômico, político e cultural que está ligada a preservação do meio ambiente, por isso a necessidade do equilíbrio entre a preservação e o avanço do agronegócio por ser a partir do momento que estiver equilibrado, os avanços tanto no campo social quanto no econômico vai deixar de prejudicar a natureza, é as novas gerações poderão dispor desses recursos.

Para que ele seja alcançado é importante que primeiramente atenda as necessidades básicas da sociedade, nos setores da educação e um dos mais interessantes a saúde. Sendo a partir disso pode fazer com que o desenvolvimento sustentável possa vigorar na sociedade, a educação e um dos meios essenciais.

3.Principais impactos ambientais

A economia Brasileira nesses últimos anos tem vindo principalmente do avanço do agronegócio, foi um meio encontrado para minimizar a crise que o país estava passando nos últimos anos, quando se pensa apenas na parte econômica percebe-se o quanto esse avanço trouxe benefícios a sociedade.

Se for pensar em uma perspectiva ambiental e preocupante, em virtude dos vários impactos ambientais que tem sido identificado, que são causados pela alta exploração. Que o principal objetivo é visando o desenvolvimento e o lucro imediato, a grande maioria das empresas desrespeita as legislações por muita das vezes a falta de fiscalização, onde causa problemas para o espaço agrário. Onde podem ser destacados esses:

O Desmatamento, desde o início, da colonização as áreas de vegetação eram exploradas, mas nos últimos anos, nessa década aumentou de forma gigantesca, pelo meio do agronegócio ter evoluído, o desmatamento do cerrado e a Mata Atlântica, já foi identificado que está correndo um alto risco de extinção, não pode esquecer-se do Pantanal e a Amazônia que tem sido objeto de extração, queimada e explorações ilegais, aonde não respeitam as legislações e como a fiscalização e falha ficam por isso mesmo.

3.1 Degradação do solo

O solo por meio do avanço do agronegócio ao longo do tempo, pelo alto nível de utilização dos defensivos agrícolas, além do tempo se torna improdutivo, o alto nível da utilização desses agrotóxicos tem causado doenças, como alto índice de câncer nos últimos anos, e onde percebe-se o quanto o equilíbrio é importante.

“O agrotóxico é uma ferramenta de trabalho comum na agricultura, mas esses produtos podem ser perigosos e muitas vezes são usados de maneira errada. De 2007 a 2017, data do último levantamento oficial, foram notificados cerca de 40 mil casos de intoxicação aguda por causa deles. Quase 1.900 pessoas morreram”. (Globo Rural, 2019).

3.2 Contaminação do solo, ar e água

O uso indevido dos agrotóxicos, fertilizantes tem feito com que a contaminação do ar, do solo e da água no meio ambiente são tudo causado pela falta de fiscalização, todos esses problemas e por não ser respeitado o desenvolvimento sustentável esta tudo ligado. Quando lançam em plantações os agrotóxicos, ele se espalha pelo ar, entra no solo e é levado para a água, pela chuva, aonde entram em contato com os mananciais.

3.3 Geração de resíduos

Outro impacto que a alta exploração pode trazer ao meio ambiente e o descarte indevido dos agrotóxicos, os venenos que são utilizados nas lavouras, na grande maioria não é feito no lugar adequado, deixam em contato com solo, já que esses potes desses agrotóxicos tem um lugar que sua destinação é apropriada para que não entre em contato com a população, como os revendedores indicam tem um posto de recebimento só que a grande maioria não segue as instruções e deixam em contato com o solo.

Ai esta alguns dos impactos ambientais que estão em mais evidencia, no meio agrícola, que estão afetando a sociedade, as empresas ainda não percebeu que sua produtividade esta diminuindo, sendo que a sustentabilidade e o melhor caminho a seguir, por além de diminuir os gastos, ela vai aumentar seus lucros. Os meios de fiscalização ainda não esta surtindo o efeito necessário, raramente a punições a essas empresas e quando tem são bem leve.

3.4 Princípios

Os princípios que fundamento a utilização do meio ambiente e sua exploração, dos seus recursos naturais, são alguns que tem extrema importância e que devem ser discutidos, para que possa compreender que por meio deles que é feita a análise de como o meio ambiente é importante para a sociedade, que são eles:

3.5 O princípio da ubiquidade

Segundo o Dicionário Aurélio de Holanda, a palavra ubiquidade que tem o seguinte significado: “propriedade ou estado de ubíquo ou onipresente”, portanto ao analisar essa frase já subentende -se que esse princípio da ubiquidade certamente faz parte dos mais importantes para o Direito ambiental.

Como dito anteriormente um meio ambiente que esteja ecologicamente equilibrado está ligado de forma direta a vida, além disso que seja uma vida com dignidade (art. 1º, III; art. 5º, caput, e art. 6º da CF/88). Ou seja, com esses impactos que tem ocorrido, está ferindo um Direito constitucional.

Como dito anteriormente, o princípio do desenvolvimento sustentável, nada mais e que o ato de se desenvolver, significa expansão econômica, logicamente vai haver a exploração da matéria prima, ou os recursos naturais, o grande problema é que os bens que estão sendo explorados estão se tornando cada vez mais escassos, e não pode esquecer que eles são essências para a manutenção da vida humana, com qualidade.

A comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento traz um conceito no sentido do que seria o desenvolvimento sustentável que é:

“Desenvolvimento sustentável é aquele capaz de suprir as necessidades dos seres humanos da atualidade, sem comprometer a capacidade do planeta para atender as futuras gerações. Portanto, é o desenvolvimento que não esgota os recursos”.

Conclui-se com isso que os recursos naturais devem ser explorados, mas necessitam que respeite o meio ambiente, e as gerações futuras possam usufruir dos mesmos recursos. A conservação é imprescindível para que isso ocorra. Afinal, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (CF/88, art. 225, caput).

3.6 Poluidor-Pagador

Ao começar a se falar desse princípio é possível observar que ele é um dos mais importantes, pois a criação dele o principal intuito é fazer com que tenha punições a quem pratique atos contra o meio ambiente que o cause prejuízo. E a responsabilização por esses danos ocorre por meio de pagamento, podendo ser feita de duas formas, por dinheiro ou em atos do poluidor.

“Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Portanto, é possível identificar o quanto o legislador foi claro em trazer essa afirmação ao Poluidor Pagador, que ele terá a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, por ele se tratar de um bem de todos, e quando começa ser explorado de forma ilícita está ferindo um direito constitucional.

Os recursos ambientais, são recursos que de certa forma são escassos é a partir do momento que sua exploração e agressiva vai diminuir os recursos ate se esgota, sendo que são essenciais para a vida dos seres humanos, por isso a importância de se ter uma exploração equilibrada.

3.7 Princípio da Prevenção

Uma vez ocorrido qualquer dano ambiental dificilmente ele poderá ser reparado, por isso a importância de se falar sobre o principio da prevenção, por a partir do momento que a uma prevenção, um cuidado. Fara com que os recursos que são tão valiosos perdurem por várias gerações. Uma vez extinta uma floresta, torna se um dano irreversível, sendo assim a importância da prevenção.

A ideia de prevenção e uma ideia bem simples, é de cautela, de cuidado, sendo seu principal sentido evitar dano ao ambiente, a prevenção tem base constitucional no art. 225 da CF, "impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", e um dever que deve ser seguido. Não sendo um dever apenas do Poder Público, mais também da coletividade.

Com isso pode se tirar dessa redação que a partir de um momento que uma atividade mostre se um risco ao ser praticada deve ser impedida, a fiscalização deve ser muito maior para que não ocorra isso.

4 Necessidade da diminuição dos defensivos Agrícolas

Os defensivos agrícolas são produtos químicos, físicos ou biológico que são utilizados nas lavouras, que teve um crescimento imenso com o avanço do agronegócio, que são utilizados para o controle de pragas nas lavouras que causam problemas, sendo que sua maior função e essa, a de controlar as pragas. Apesar de serem meios eficazes, as consequências que foram trazidas por eles nesses últimos anos não podem, ser deixada de lado.

São conhecidos por Agrotóxicos, a dosagem necessária para o controle deles não está sendo seguida, em muitos casos eles aumentam o mais que o permitido, é com esse aumento o solo sofre as consequências. O manuseio desses produtos também e feito de qualquer jeito, por se tratar de produtos altamente prejudiciais a saúde, quando não

utilizado com a devida segurança, como: a utilização de mascaras especifica, quando entra em contato com o organismo de quem está manuseando causa prejuízos à saúde.

E evidente o quanto e necessário que diminui a utilização desses produtos, vários estudos trazem que a cada dia varias pessoas sofrem de contaminação. Os agricultores mesmo que estejam utilizando esses produtos para que sua lavoura produza melhor, sem que insetos diminua a produtividade, utiliza qualquer tipo de defensivo, sendo que a grande parte deles esta causando problemas tanto ao meio ambiente quanto para as pessoas mesmos, quando ingerem os alimentos, mesmo que depois de um tratamento, sendo que muita das vezes nem isso têm, os produtos utilizados tem alto nível químico, que tem sido um dos principais causadores de câncer nos últimos anos, pelo alto nível de produtos químicos. (Rafaela Souza)

É aonde se percebe a necessidade de demonstrar meios que podem ser mais eficazes e mais produtivos e não cause tantos problemas ao meio ambiente.

Portanto e possível perceber a importância que a uma diminuição, pois daqui alguns anos o Meio ambiente não será mais capaz de contribuir com a vida humana e ate mesmo a produção agrícola não vai ter oque ser explorado.

5 Considerações Finais

O conflito entre a preservação e o avanço do agronegócio e um tema que merece ter uma atenção maior por se tratar de um assunto e um tema tão importante, por esta ligada diretamente a vida das pessoas. O meio ambiente e o bem mais precioso que tem no planeta e deve ser explorado da melhor forma possível, forma essa que deve ser respeitada pelos agricultores.

Os princípios que regem o meio ambiente são claros em dizer que os cuidados que devem ser tomados tem que ser redobrado, e se não o seguirem vão ter penalidades, tendo em vista que a fiscalização nas lavouras deve este mais presente.

O estudo desse tema teve como maior intuito demonstrar o quanto e importante esse assunto e fazer com que as discussões a cerca dele sejam maior e consequentemente os impactos que o meio ambiente esta sofrendo seja solucionando.

Portanto, conclui-se que o meio ambiente sustentável e a melhor forma para que o Brasil possa se desenvolver da forma mais equilibrada e que o lucro vai ser maior a partir do momento que o desenvolvimento seja sustentável.

Referências Bibliográficas

CONSTITUIÇÃO, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acessado dia 05 de outubro de 2022.

GUIMARÃES, Daniel. **Sustentabilidade**. <https://meiosustentavel.com.br/author/danielguliver/>

GUITARRARA, Paloma. "**Questão agrária no Brasil**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/questao-agraria-no-brasil.htm>. Acesso em 13 de dezembro de 2022.

JACOBI, PEDRO. **Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade**. CADERNO DE PESQUISA. no.118 São Paulo Mar. 2003.

JACOBI, PEDRO. **Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade**. CADERNO DE PESQUISA. no.118 São Paulo Mar. 2003.

SODERO, Fernando Pereira. **Direito Agrário e Reforma Agrária**, São Paulo, Livraria Legislação Brasileira, 1968, p. 32.

SOUSA, RAFAEL **agrotóxicos**

<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/agrotoxicos.htm>

SOUSA, Rafaela. "**Agrotóxicos**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/agrotoxicos.htm>. Acesso em 13 de dezembro de 2022.

HOLDING – ASPECTOS RELEVANTES E O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NA HOLDING FAMILIAR

ANDRE GUSTAVO DE ARAUJO BELTRÃO:
Pós-graduado em direito, advogado
militante há mais de 10 anos⁴²².

RESUMO: Os empresários e a sociedade em geral tendem a buscar mecanismos de proteção e blindagem patrimonial, assim como planejamento sucessório seguro e na proteção do patrimônio familiar, sendo a *Holding* o instrumento que viabiliza essa pretensão, verificando-se um progressivo aumento e expansão de sua utilização, de maiores debates doutrinários sobre o tema e, sobretudo, da viabilidade para possibilitar regras de sucessão patrimonial, traduzindo em melhor controle e direcionamento do patrimônio de pessoas naturais. A holding além de ser uma forma de proteção patrimonial, possui objetivo de formular estratégias e programar o planejamento sucessório e/ou a expansão empresarial, calcado em diminuição de riscos patrimoniais. Para tanto, se afere que há vantagens significativas não só no campo da proteção patrimonial e no planejamento sucessório, mas também por intermédio de um planejamento tributário, permitindo legal e legitimamente uma elisão tributária. É de se ressaltar, contudo, que no nascedouro devem ser técnica e minuciosamente analisadas todas as vantagens como as possíveis desvantagens, a fim de evitar inesperados impactos negativos, notadamente decorrente de falha na sua implementação com eventuais tributações e custos não previstos, a exemplo de ganho de capital tributado pelo imposto de renda.

Palavras-chave: holding patrimonial; Planejamento familiar patrimonial; Elisão tributária; Planejamento sucessório.

ABSTRACT: Entrepreneurs and society in general tend to seek mechanisms of protection and asset shielding, as well as safe succession planning and protection of family assets, with the Holding being the instrument that makes this claim possible, with a progressive increase and expansion of its use of greater doctrinal debates on the subject and, above all, of the feasibility of enabling rules of succession, translating into better control and direction of the assets of natural persons. The holding, in addition to being a form of asset protection, has the objective of formulating strategies and programming succession planning and/or business expansion, based on the reduction of equity risks. To this end, it appears that there are significant advantages not only in the field of asset protection and succession planning, but also through tax planning, legally and legitimately allowing tax avoidance. It should be noted, however, that at the beginning, all advantages and possible disadvantages must be technically and thoroughly analyzed, in order to avoid unexpected

422 Contato: andrebeltroadv@gmail.com

negative impacts, notably due to failure in its implementation with eventual taxation and unforeseen costs, such as capital gain taxed by income tax.

Keywords: equity holding; Heritage family planning; Tax avoidance; Succession estate planning.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO E CONSTITUIÇÃO DE UMA HOLDING: 1.1. O CONCEITO DE HOLDING. 1.2. OS TIPOS E FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DE UMA HOLDING. 1.3. OS TIPOS E OBJETIVOS DE UMA HOLDING. 1.3.1. A HOLDING PURA. 1.3.2. A HOLDING MISTA. 1.3.3. A HOLDING FAMILIAR. 1.3.4. A HOLDING DE CONTROLE. 1.3.5. A HOLDING ADMINISTRATIVA. 1.3.6. A HOLDING SETORIAL. 2. OS ASPECTOS GERAIS. **3. AS VANTAGENS COM A UTILIZAÇÃO DE HOLDING FAMILIAR.** 3.1. A PROTEÇÃO PATRIMONIAL. 3.2. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NA HOLDING FAMILIAR. 3.3. AS VANTAGENS TRIBUTÁRIAS. **4. AS ADVERTÊNCIAS SOBRE DESVANTAGENS NA CONSTITUIÇÃO DA HOLDING.** 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a pretensão de destacar a legitimidade, vantagens e desvantagens do instrumento de planejamento sucessório por intermédio de criação de uma pessoa jurídica, denominada holding familiar, cuja constituição societária visa primordialmente a Proteção do Patrimônio Familiar e Planejamento Sucessório.

Sem embargo da existência de profundas discussões relacionadas à efetividade do planejamento societário sucessório, na instituição do patrimônio, assim como na manutenção patrimonial societária frente ao diante do ordenamento jurídico brasileiro, a metodologia será lastreada em revisão bibliográfica, tendo como referencial teórico as lições dos professores Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede, bem como de João Bosco Lodi, grandes expoentes no assunto e defensores da viabilidade da holding patrimonial.

Antes de ingressar na seara temática do presente artigo, se faz necessário apresentar o conceito, formas de constituição de uma holding, os tipos e os objetivos de uma holding, individualizadamente destacados no capítulo I do presente trabalho.

Ademais, no capítulo II será abordado os aspectos gerais, estabelecendo uma visão ampla sobre a forma de constituição, os principais requisitos previstos na legislação, com principal destaque para os requisitos de validade dos negócios jurídicos aplicáveis às holdings.

Igualmente se mostra necessário pontuar a demonstração das vantagens com a utilização da holding patrimonial, a forma de proteção patrimonial com a diminuição do risco, o planejamento sucessório como fator seguro, mais econômico e célere, além de outros aspectos econômicos sobre o tema, como por exemplo: a redução de tributos, discriminados no capítulo III. Isso porque, como sabemos, a carga tributária brasileira atualmente, consiste em um obstáculo para quem realiza determinadas atividades econômicas.

Neste aspecto, sem a pretensão de esgotar o tema, também será tratado no presente trabalho advertências sobre as desvantagens na constituição da holding no capítulo IV, abordando a necessária e imprescindível análise casuística para a sua criação, notadamente especificando alguns exemplos de utilização mal sucedida, seja no plano financeiro, tributário e até mesmo organizacional.

Por fim traremos breves conclusões de forma a compreender as nuances apresentadas no trabalho apta a permitir uma visão inicial sobre a matéria e aferir se a constituição de uma holding é interessante com as benesses apresentadas, sem prejuízo da importante necessidade de o planejamento ser completo e minucioso para não traduzir prejuízo ou risco ao planejamento.

A propósito, é de se verificar que esse instrumento de preservação patrimonial e planejamento sucessório vem sendo objeto de muitos estudos sobre o tema, com obras direcionadas aos advogados, contadores, economistas, consultores e administradores empresariais, a fim de permitir uma transmissão de maneira segura no comando da empresa ou até mesmo constituir a holding familiar visando prevenir conflitos familiar, preservação do poder econômico da família, aliado ao planejamento tributário.

Nesse íterim é que o planejamento patrimonial familiar vem ganhando cada vez mais espaço e visibilidade na implementação dessa estratégia, sem descuidar das cautelas a serem tomadas para a regular gestão de bens, o planejamento sucessório e redução de encargos fiscais.

No entanto, necessário se faz analisar se a utilização dessa ferramenta como forma de estratégia de planejamento sucessório seria a mais adequada em todos os casos que se tem como finalidade a proteção do patrimônio do grupo familiar.

Justifica-se, ainda, pela necessidade de se respeitar a vontade daquele que possui bens a dispor, isso porque a *Holding Familiar* tem como principal característica sua função e seu objetivo.

Portanto, serão abordados a forma de constituição, a existência de vantagens ou desvantagens na criação de Holding Familiar como planejamento sucessório além de

apresentar as discussões existentes quanto ao Instituto no Planejamento Familiar e Sucessório, inclusive com a facilitação na administração dos bens, destacando a importância da organização legítima das empresas e dos seus sócios, dos herdeiros, a fim de evitar a dilapidação do patrimônio.

A pesquisa é desenvolvida por intermédio de uma abordagem qualitativa, se valendo da pesquisa bibliografia pertinente à temática em foco, com a finalidade de comprovar os fundamentos que sustenta acerca do tema objeto do presente trabalho.

1. CONCEITO E CONSTITUIÇÃO DE UMA HOLDING:

1.1. O CONCEITO DE HOLDING

É cediço que antes de qualquer aprofundamento sobre o tema, se faz necessário analisar o conceito e a significação do termo " *Holding* ", derivado diretamente do direito norte-americano, surgindo a partir da expressão " *The Hold* ", cuja tradução livre e literal da expressão significa: segurar; manter; conter; reter; dentre outros, denotando, pois, para um significado de compreensão de domínio ou controle sobre algo ou alguma coisa (MAMEDE, 2012. p. 14).

Frente a essa ideia, notadamente de controle sobre algo interligado na holding, a utilização dessa ferramenta pode ser variada, contudo, usualmente são empregados para a mesma finalidade, ou seja, o interesse de controlar algo sem obrigatoriamente participar das atividades operacionais.

Se valendo do conteúdo acadêmico apontado pelo ilustre professor doutor em direito Gladston Mamede (MAMEDE, 2012. p. 14), podemos extrair que a holding é uma sociedade que tem por função deter determinado patrimônio, seja de outra empresa: holding empresarial; ou com natureza familiar: quando a sua funcionalidade é colocada a serviço de uma família.

Para uma melhor metodologia e organização no meio jurídico, buscando facilitar a compreensão e melhorar o entendimento, procedeu-se com a criação de divisões para as Holdings, tarefa naturalmente atribuída à doutrina, isso porque, conforme podemos verificar da Lei 6.404/76, lei que dispõe sobre as sociedades por ações, não foi imposto nenhum tipo de restrição.

Com efeito, conforme se extrai do art. 2º da Lei das sociedades anônimas (BRASIL. Lei nº 6.404, 1976, art. 2º), acima citada, é possível aferir a possibilidade de uma sociedade que vise fins lucrativos integrar uma sociedade anônima, senão vejamos: " *Art. 2º Pode ser*

objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.”.

De forma não diferente, o § 3º no artigo 2º, do mesmo diploma legal (BRASIL. Lei nº 6.404, 1976, art. 2º, §3º), consta a possibilidade de uma sociedade poder participar de outras sociedades, seja para cumprir com o objeto social ou se beneficiar de incentivos fiscais, mesmo que não esteja previsto em seu estatuto, vejamos:

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Assim, levando em consideração as prescrições normativas presentes no artigo 2º, § 3º da Lei 6.404/76, não há qualquer tipo de restrição para criação de uma holding, afinal, podem ter objetivos variados, desde a nomenclatura até às suas finalidades, funções, como por exemplo; holding patrimonial, holding familiar, holding imobiliária, hereditário, dentre várias outras possibilidades.

Destarte, buscar-se-á aprofundar as estruturas societárias direcionando o presente trabalho para a criação de uma holding familiar de uma pessoa e/ou um grupo familiar, mais especificamente como forma de planejamento sucessório e proteção patrimonial.

1.2. OS TIPOS E FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DE UMA HOLDING

O presente tópico busca demonstrar os diversos tipos e formas de constituição de uma holding, demonstrando as principais regras e características para a sua constituição.

Conforme outrora destacado, a constituição de *Holding* Familiar não leva em consideração a natureza jurídica do ente criado, mas, sobretudo, todo o contexto inerente à sua criação, com especificidades própria, com análise específica e casuística, sendo direcionada para a sua finalidade e seu objetivo, portanto, não existindo um tipo ideal para essa natureza jurídica de holding.

Imperioso ressaltar, outrossim, que a forma de constituição de uma *Holding* pode ser por intermédio de uma sociedade simples já existente ou até mesmo criado especificamente para essa finalidade, podendo, ainda, ser constituída por sociedade empresária com sócios pessoas naturais e/ou jurídica, bem como por pessoas naturais diretamente.

Especificamente na *Holding* Familiar tais regras de liberdade são inteiramente aplicáveis, portanto, não existe um tipo específico para administração ou organização patrimonial, sendo uma das principais características a autonomia da vontade, adequando

aos interesses daquele grupo familiar com as especificidades que lhes sejam interessantes, conforme nos ensina os Ilustres doutrinadores Gladstone e Eduarda Cotta Mamede (MAMEDE, 2012.p. 15):

A chamada holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma holding pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organizações do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc.

Com efeito, o planejamento patrimonial familiar por intermédio de uma Holding Familiar pode ser instituído por meio de uma sociedade contratual ou estatutária, podendo, ainda, ser uma sociedade simples ou empresária, a depender dos interesses do (s) instituidor (es) e da adequação ao previsto no art. 982 do Código Civil, vejamos:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Destarte, o que irá diferenciar a forma adotada será a atividade típica de empresário, quando preenchidos os elementos da atividade empresarial, tais como: o profissionalismo/habitualidade; atividade econômica/lucro; organização/fatores de produção/bens, insumos; e atividade de empresa/produção ou circulação de bens ou serviços, ou mais simploriamente como descrito no art. 966 do Código Civil, como sendo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.

Dentre as sociedades empresárias pode ser adotado qualquer dos cinco tipos existentes, quais sejam: sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita simples; sociedade em comandita por ações; sociedade anônima e sociedade limitada, sendo essa última indubitavelmente a mais utilizada na prática.

Além disso, há a possibilidade de ser caracterizada a sociedade simples, quando não tenha como objeto a atividade própria de empresário, conforme art. 982 do Código Civil (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002, art. 982): "*Art. 982. Salvo as exceções expressas,*

considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais."

Portanto, seguindo a regra da liberdade contratual e da autonomia da vontade, a holding familiar poderá adotar diversos tipos societários empresários e até mesmo a sociedade simples, não poderá, contudo, a sociedade cooperativa.

Nesse íterim, a escolha da natureza jurídica, bem como do respectivo tipo societário se mostra uma decisão bastante importante para a sua constituição, pois a partir daí é que se tem a completa análise jurídica da segregação dos riscos, das responsabilidades e do cumprimento dos objetivos e finalidade que permitiram a criação.

É por esse detalha importante que a escolha deve ser minuciosa, com análise das características das atividades que serão desenvolvidas pela empresa, juntamente com as características da própria família, se amoldando ao caso concreto, a fim de minimizar os riscos de prejuízos.

Afora essa análise mais abrangente e genérica, notadamente por se tratar de questões gerais, igualmente deve estar atento às questões circundantes e acessórias, ou seja, o que impulsiona a constituição da Holding Familiar, partindo dos aspectos gerais para os específicos.

É indubitoso que a principal espécie societária utilizada no Brasil para a configuração de Holding Familiar é a Sociedade Limitada, seja por ser o tipo societário mais seguro, mais prático de instituição e o mais utilizado de uma forma geral, é visto como ideal, levando em consideração as suas facilidades para constituir e simplicidade para administrar e manter, conforme Professor André Ramos Santa Cruz (RAMOS, 2017. p.427).

A propósito, atualmente com as alterações implementadas pela lei que instituiu a declaração dos direitos de liberdade econômica (BRASIL, Lei 13.874, 2019) facilitou a segregação dos riscos, com a proteção da liberdade econômica, com normas de proteção à livre iniciativa e de proteção em favor dos contratos, dos investimentos e da propriedade, garantindo a autonomia patrimonial e salvaguardando e estimulando rendas, empreendimentos e geração de empregos, tornando ainda mais atrativa a utilização da sociedade limitada como o principal tipo a ser utilizado.

1.3. OS TIPOS E OBJETIVOS DE UMA HOLDING

Considerando os pontos já enfrentados no presente artigo, destacando o conceito, as formas de constituição, os tipos societários aplicáveis, é importante destacar igualmente os diferentes tipos e objetivos de holding, a fim de que sejam esclarecidos os objetivos, alinhando ao maior benefício possível de uma *Holding*, aferindo suas vantagens, desvantagens e o objetivo que pretende alcançar com a sua constituição.

Isso porque, com o conhecimento da funcionalidade de cada tipo de *Holding*, é possível obter uma melhor definição da estratégia organizacional, a fim de permitir uma maior potencialização dos resultados e o cumprimento dos objetivos e da sua finalidade.

1.3.1. A HOLDING PURA

Nesse tipo de *Holding*, denominada holding pura o principal objetivo é gerenciar as empresas controladas, ou seja, é possuir um benefício na participação no capital social de outras sociedades, podendo ser de maneira minoritária ou majoritária, inclusive, participando da tomada de decisões.

A despeito da participação minoritária, majoritária ou controle na tomada de decisões, decerto que o objetivo principal desse tipo societário é a aferição de lucros e não o controle em si da sociedade.

1.3.2. A HOLDING MISTA

Na holding mista, como o seu próprio nome denota, além da participação no capital social de outra sociedade, ela pode também exercer a exploração de outra atividade empresarial, notadamente prestação de serviços civis e comerciais, com exceção dos industriais.

Assim, há uma fusão com o objetivo da holding pura, pois além de agregar o perfil dessa *Holding* pura outrora mencionada, ela possui outra vantagem que é a possibilidade de gerar receitas tributáveis para despesas dedutíveis.

É oportuno destacar que esse tipo de *Holding* mista é a mais utilizada no Brasil, pois, como vimos, possui diversos benefícios tributários, econômicos e administrativos.

1.3.3. A HOLDING FAMILIAR

A holding familiar tem como principal objetivo a centralização do patrimônio familiar, possibilitando na constituição e nas alterações do seu contrato social processar a forma da sucessão hereditária e o respectivo percentual de cada membro da família na participação do total do patrimônio incorporado.

Segundo entendimento de Mamede (MAMEDE, 2015, p. 13):

A chamada *holding* família não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma *holding* pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se encarar no

âmbito de determinada família, e, assim servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária, etc.

Nesse tipo de Holding tem como principal aspecto a busca da diminuição dos conflitos inerentes ao processo sucessório, contribuindo para a redução de litígios em empresas familiares, eliminando assim os custos e complicações nesses tipos de processos.

1.3.4. A HOLDING DE CONTROLE

Já neste tipo de *Holding* o principal objetivo é o controle do conglomerado, por meio da maioria das cotas com direito a voto das empresas controladas, possibilitando assim um maior controle e um consenso rápido nas tomadas de decisões empresariais, assegurando a regular gestão do negócio.

Desse modo, para que fique caracterizado este tipo de *Holding* se faz necessário que a Controladora detenha a maioria das ações ordinárias ou quotas que compõe o capital da controlada com direito a voto, afinal, a principal importância para esse tipo de holding é a possibilidade de gerir a governança corporativa das sociedades empresárias integrantes.

1.3.5. A HOLDING ADMINISTRATIVA

Nas *Holdings* Administrativas, tem como interesse a substituição legal dos sócios por uma empresa, ficando esta responsável em tomar decisões vitais para a empresa sem a interferência de terceiros.

Esse tipo de *Holding* normalmente é utilizado com o objetivo de formalizar a administração de um grupo de empresas pertencentes a pessoas físicas, constando no contrato social os dados das sociedades e não os dados pessoais das pessoas naturais que são sócias, possibilitando uma vantagem na proteção relacionada às informações pessoais.

Portanto, uma das principais características das *Holding* administrativa é a proteção das informações dos sócios efetivos, pois esses são sócios das sociedades que integram a holding, sendo crescente esse tipo quando o objetivo é relacionado aos casos de investimento.

1.3.6. A HOLDING SETORIAL

Na *Holding* setorial busca-se o agrupamento de várias empresas que atuam em ramos e atividades diversas, mas pretendem fortalecer seja pela qualificação da

profissionalização, visando atender todas as empresas controladas, seja pela centralizar diversificados profissionais especializados áreas correlatas.

Com propriedade e de forma objetiva, o especialista em governança corporativa e fortalecimento de empresa familiar, assim destaca: "***a Holding setorial deve agrupar as empresas por setor, e tendo como premissa a especialização dos profissionais, para atender todas as empresas controladas por ela***" (LODI, 2004. p. 45).

2. OS ASPECTOS GERAIS

Do mesmo modo que qualquer empresa, as *Holdings* devem cumprir condições que a Lei determina para a sua constituição e o seu regular funcionamento, caso tenha interesse de entrar em operação regularmente.

Isso porque, as *Holdings* se utilizam do mesmo preceito legal para as demais pessoas jurídicas, adquirem personalidade jurídica com o seu registro (art. 985, do Código Civil), com natureza constitutiva, embora podendo se constituir sob as diversas formas societárias.

Decerto que o entendimento majoritário é de que a sociedade possui natureza contratual, sendo considerada (MAMEDE, 2012, p. 30):

Entre os diversos tipos de contrato que podem ser celebrados pelas pessoas está o contrato de sociedade (artigos 981 e 985 do Código Civil), que é um negócio jurídico plurilateral por meio do qual duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, ajustam entre si a constituição de uma sociedade, que poderá ou não, ter personalidade jurídica.

Decerto que a criação de uma sociedade por intermédio do contrato social, concebida como contratual, deve observar as regras gerais de validade do negócio jurídico previstas no art. 104 do Código Civil, notadamente a autonomia da vontade, que as partes sejam capazes, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Além de tais requisitos de validade, é cediço que a criação de uma sociedade para a instituição de uma holding familiar se faz imprescindível a figura do *affectio societatis*, ou seja, a representação da vontade e intenção dos sócios de contraírem entre si e permanecerem associados.

Sem embargo de dúvidas, a sociedade limitada é o tipo de sociedade mais utilizado na constituição de holdings familiares, primeiro: porque a responsabilidade dos sócios é limitada, respondendo apenas pela parte que cabe na sua quota; segundo: porque

nas holdings familiares que operam com investimento, auferindo receitas e despesas passíveis de incidência tributária, tais investimento podem ou não dar prejuízo, ao passo que a sociedade limitada pressupõe a proteção patrimonial.

Destaco ainda que embora na sociedade limitada a alienação das cotas entre os sócios/herdeiros seja livre, além de ser possível a cessão a estranhos com a anuência de 3/4 do capital social, tal fato, a princípio, retratado como desvantagem, nada impede que o contrato social possua previsão para aprovação apenas por unanimidade e não mais os 75%, a teor do prescreve o art. 1.057 do Código Civil.

Ademais, poderá o idealizador da holding familiar doar as quotas da sociedade de acordo com o seu interesse, garantindo para si o usufruto dos bens e mantendo o controle do patrimônio enquanto em vida, de modo que ao instituidor é garantido tanto o controle da holding como a transferência da titularidade do patrimônio que a integra, sem, contudo, perder a gerência ou utilização de tais bens, ante a reserva de eventual usufruto.

3. AS VANTAGENS COM A UTILIZAÇÃO DE HOLDING FAMILIAR

Conforme já mencionado acima, a *Holding* possui benefícios que podem variar de acordo com o objetivo pretendido, ou seja, a *Holding* possibilita um controle centralizado, embora a administração seja descentralizada, mas com menos custos e investimento e com uma gestão financeira unificada do grupo.

Ademais, a proteção patrimonial, o planejamento sucessório e as vantagens tributárias são alguns benefícios que se busca quando da criação de uma *Holding* familiar, bem como nos aspectos econômico-financeiros, administrativos, legais e societários.

Um outro aspecto importante para a constituição de Holding Familiar é a mitigação dos conflitos, que frequentemente ocorrem quando da abertura de uma sucessão, isso porque a sociedade atual, passa por uma revolução comportamental, procurando cada vez mais construir legados, com o objetivo de expandir a riqueza para o seu meio familiar, motivando as pessoas a constituírem empresas, modificando assim seus hábitos, objetivando a construção de novos paradigmas.

Destarte, a pretensão de constituição de uma *Holding Familiar* não se presta apenas para estratégia de proteção do patrimônio familiar, com a finalidade de conservá-lo, possui, outrossim, uma forma de condução otimizada dos negócios, com o objetivo de buscar vantagens econômicas lícitas, seja em empreendimentos ou em investimentos, devendo ser analisada caso a caso.

Os benefícios econômicos é refletido por uma maior concentração de poder econômico, minimizando custos, facilitando operações e isolando dívidas; ao passo que o benefício administrativo facilita a centralização e uniformidade das tomadas de decisões

para a administração considerando o conjunto complexo de bens; no aspecto legal se insere o planejamento fiscal e tributário, otimizando o controle das exações tributárias e por vezes elidindo legalmente a tributação; por fim, na relação societária, indubitavelmente preserva o patrimônio empresarial de possível conflitos familiares e societário, possibilitando um planejamento sucessório transmitindo pacificamente a herança.

3.1. A PROTEÇÃO PATRIMONIAL

A proteção patrimonial ou blindagem patrimonial, sem dúvida, é o principal objetivo da criação de uma *Holding* familiar.

Isso porque, conforme sabemos, é inerente a todo negócio um risco, incumbindo ao seu gestor procurar métodos capazes de mitigar possíveis perdas, e diminuir seus riscos, possibilitando assim uma maior segurança em momento de situações adversas.

Como sabemos, os bens de uma pessoa física, possuem riscos que a eles lhe são inerentes, e muitas vezes um elevado custo. Esse risco se agrava ainda mais quando essas pessoas físicas fazem parte de uma sociedade empresária.

Isso porque, a pessoa física, sócia da sociedade empresária, por vezes tem o seu patrimônio afetado, seja em decorrência da responsabilidade solidária ou subsidiária, a depender do tipo societário, seja em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica, ou até mesmo pela responsabilidade solidária na integralização do capital social com os demais sócios, portanto, podendo seu patrimônio, muitas vezes construído durante um longo tempo, ser afetado, sendo objeto de penhora.

Ademais, as pessoas jurídicas que incorporam ao seu capital social um passivo elevado, passam também pelo mesmo risco, até mesmo porque tratando-se de causas trabalhistas e judiciais, os primeiros bens a serem penhorados são os que fazem parte do ativo imobilizado, para só então, não localizando bens passíveis de penhora, eventualmente atingir os bens do sócio.

Portanto, conforme demonstrado a existência dos riscos inerentes, uma medida legal para proteção do patrimônio é a criação de uma *Holding*, permitindo a integralização do capital social com os repasses desses bens para essa nova empresa, criando assim um distanciamento entre a pessoa do sócio e a sociedade titular do patrimônio.

Conforme afirma Nascimento (2013, p. 14):

[...] na utilização de *holdings* não há comunicação entre patrimônio da pessoa jurídica com o de seus sócios, assim, os

bens da *holding* ficam blindados e protegidos contra possíveis contingências e demandas judiciais”

A Lei permite, conforme mencionado acima, que as pessoas físicas transfiram bens para pessoa jurídica a título de integralização de capital.

Ademais, poderá o idealizador da holding familiar doar as quotas da sociedade de acordo com os seus interesses acompanhadas das cláusulas de incomunicabilidade, excluindo, pois de eventual comunhão matrimonial, bem assim com cláusula de inalienabilidade.

Em paralelo, é possível ao idealizador da holding familiar com a mesma segurança patrimonial das quotas doadas reservar para si o usufruto vitalício, mantendo o controle da sociedade e do patrimônio enquanto em vida.

Outrossim, se por infortúnio o(s) beneficiário(s) vier(em) a falecer antes do idealizador poderá o instituidor se valer de uma cláusula de reversão, a fim de que as quotas retornem para esse, mantendo assim a titularidade e controle para gerir o patrimônio objeto da holding familiar.

É possível somar a todos esses aspectos a cláusula de impenhorabilidade das quotas doadas por débitos dos beneficiários, garantindo uma blindagem patrimonial da sociedade constituída como holding familiar.

3.2. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NA HOLDING FAMILIAR

A partir de então serão traçadas noções primordiais sobre o planejamento sucessório, buscando uma linguagem simples e de fácil compreensão do tema, com análise comparativa e prática entre a holding familiar e o processo de inventário.

É certo que o verbo transitivo: “planejar”, em seu significado livre e informal é organizar um plano, um roteiro, em outras palavras, é ato de criar um plano para otimizar o alcance de determinados objetivos. No âmbito empresarial, o planejamento empresarial leva em conta a complexidade das relações, analisando nos seus variados aspectos, resultados, custos, operações, riscos e sempre em busca de tornar o processo decisório mais assertivo.

Não diferente é a holding familiar, pois visa a elaboração de um planejamento sucessório seguro, célere, mais econômico e eficiente, uma vez que a questão da sucessão é um grande fator gerador de conflitos, principalmente no tocante a disputa por bens e valores, aliado ao alto custo no processo de inventário, muitas vezes trazendo consideráveis prejuízos financeiros ao acervo hereditário.

Através do planejamento sucessório é possível organizar a transferência do patrimônio, protegendo-os dos eventos familiares imprevistos, bem como potencializando a escolha do herdeiro mais capacitado para dar continuidade a administração da entidade.

Tal planejamento possibilita a redução de custos no processo de inventário, evita existência de condomínios de bens entre os herdeiros, assim como evita traumas e conflitos da sucessão, conseqüentemente assegura a saúde financeira da sociedade familiar.

Dentre as ferramentas vinculadas ao planejamento sucessório, tem-se a figura da *holding* familiar, empresa que centraliza os bens da família, sendo gerida em vida pelo patriarca, e determinando as ações ou quotas pertencentes a cada um dos herdeiros através do estabelecimento de cláusulas específicas no estatuto ou contrato social, além de indicar os administradores, sucessores da sociedade, transferência das quotas, tudo livre de atritos ou processos judiciais.

Conforme afirma (Mamede; Mamede, 2012, p. 11), a *holding* familiar se tornou um instrumento de planejamento sucessório porque:

A descoberta por muitos benefícios do planejamento societário, ou seja, da constituição de estruturas societárias que não apenas organizem adequadamente as atividades empresariais de uma pessoa ou família, separando áreas produtivas de áreas meramente patrimoniais, além de constituírem uma instância societária apropriada para conter e proteger a participação e o controle mantido sobre outras sociedades.

O proprietário possui a prerrogativa de utilizar livremente de seus bens, seja doando, locando, vendendo, dentre outras opções, mas eventualmente ocorrendo a morte, o Código Civil impõe obrigatoriamente as regras relativas à sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros, conforme o princípio da *saisine*, previsto no art. 1.784 do Código Civil.

Decerto que havendo a transmissão dos bens, em vida ou razão da morte, é fato gerador de exação tributária do imposto estadual de transmissão causa *mortis*.

Dada a importância do planejamento e instituição da *holding* patrimonial, o doutrinador João Bosco Lodi, assim esclarece (LODI, 2004. p. 41):

A mais importante de todas. Visão de banco de investimentos, controle de sucessão. Amplia os negócios e economiza tributos

sucessórios e imobiliários. É o ponto mais vulnerável das relações empresárias versus empresas. É de longe a mais necessária atualmente.

No processo de inventário, há a incidência de custos com honorários advocatícios, custas processuais, nem como a transmissão da herança fica sujeita ao tributo Imposto Causa mortis e doação – ITCMD, que abrange também a transmissão gratuita por doação, cuja alíquota varia de 2% a 8%.

Pois bem, enquanto o processo de inventário se mostra moroso e mais oneroso, a holding familiar se destaca pela celeridade, aliviando os contratempos procedimentais para a conclusão da transmissão dos bens aos herdeiros, sendo seguro afirmar que a questão tempo é sobremaneira mais vantajosa.

No que diz respeito ao aspecto custo para constituir a holding familiar e a análise das vantagens tributárias, é preciso um pouco mais de cautela, notadamente porque necessita de uma análise acurada, específica e cuidadosa. Isso porque, é importante atentar para a natureza dos bens, a renda auferida, o tipo de lucro escolhida pela sociedade e a divisão das quotas societárias poderá traduzir um custo superior ao inventário.

Além disso, deve sempre estar atento à legítima dos herdeiros, inclusive o cônjuge, a fim de evitar futuras ações judiciais visando a anulação dos atos.

Até porque, o planejamento sucessório por intermédio de uma holding familiar visando eliminar a participação do cônjuge na herança pode caracterizar um ato irregular pelo administrador, portanto, deve ser respeitado o limite legal da legítima e as demais regras e princípios do direito sucessório e de família, sendo exigível todas as precauções.

Destarte, existem outras manobras legítimas para afastar a participação de futuro cônjuge, tal como cláusula de incomunicabilidade acima mencionada, sendo esta uma manobra legal.

Contraopondo ao planejamento patrimonial familiar pela holding tem-se o processamento do inventário, que apesar de possuir os mesmos objetivos, apresenta algumas desvantagens em relação a holding familiar, tais como o tempo de criação e solução, que pode ser mensurado em anos, enquanto que na holding é resolvido em dias, além de suportar carga tributária mais elevada, por exemplo, quando se trata de aluguéis recebidos e no repasse desses bens para terceiros.

Portanto, a instituição de holding familiar se caracteriza como um instrumento de planejamento sucessório vantajoso e eficiente, auxiliando assim na solidificação do crescimento da empresa.

3.3. AS VANTAGENS TRIBUTÁRIAS

Dentre as vantagens que se pode aferir da criação de uma holding familiar uma das mais atrativas é a redução da carga tributária, funcionando como um planejamento sucessório e ainda mais como um planejamento fiscal.

É seguro afirmar que os impostos no Brasil sufocam grande parte da população e, sobretudo, os empresários, os titulares de vasto patrimônio diversos com múltiplas incidências tributárias, tais como: Imposto sobre a propriedade de veículo automotor; imposto sobre a propriedade urbana; imposto sobre a propriedade rural; imposto de renda; imposto de transmissão causa mortis e doação; imposto por transmissão por ato entre vivos, dentre vários outros.

Nessa linha, surge a importância com a holding familiar e o planejamento sucessório a fim de estabelecer um estudo completo apto a realizar um planejamento fiscal que garanta após uma visão total do patrimônio, das receitas e das incidência tributárias, estabelecer o melhor e mais econômico modo de sujeição à tributação.

O primeiro é principal aspecto corresponde a existência de uma imunidade constitucional relacionada à transmissão de bens ou direitos incorporados na integralização do capital social, conforme preceitua o art. 156, II e §2º, I da Constituição Federal, ora reproduzidos (BRASIL, Constituição, 1988):

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses

bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Esmiuçando a norma constitucional, temos que a transmissão de bens e direitos, por ato oneroso e entre pessoas vivas é fato gerador da obrigação tributária referente ao imposto de transmissão "*inter vivos*", usualmente denominado "ITBI", cuja competência tributária recai sobre os municípios.

Acontece, contudo, que se a transmissão de bens ou direitos for para incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em realização do capital social é causa de imunidade tributária, limitação constitucional ao poder de tributar previsto na norma constitucional acima citada.

A despeito da previsão constitucional que impede a instituição da materialidade tributária sobre a transmissão do patrimônio ou direito para a realização do capital, cabe ressaltar que a Constituição não abrange a pessoa jurídica que possua como atividade principal a compra e venda ou locação de bens imóveis, portanto, nesse caso não incidirá a imunidade ora mencionada, por expressa previsão constitucional na parte final do inciso I, do §2º do art. 156 da Constituição Federal.

Seguindo a mesma linha, o egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em sede de repercussão geral (Tema 796) de que a imunidade constitucional não alcança a totalidade do valor do bem no caso de exceder o limite do capital social a ser integralizado, nos seguintes termos:

A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado. STF. Plenário. RE 796.376/PE, Rel. para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 5/08/2020 (Repercussão Geral – Tema 796)423

Com a propriedade que lhe é peculiar, o Professor Márcio André Lopes Cavalcante detalha o limite da incidência da imunidade tributária, demonstrando que o eventual excesso de diferença não estaria albergado pela imunidade, vejamos:

Imunidade tributária do ITBI

423 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral – Tema 796. RE 796376 , Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 24-08-2020 PUBLIC 25-08-2020. Disponível em

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=tema%20796&sort=_score&sortBy=desc Acesso em 27/01/2023.

A Constituição Federal de 1988 imunizou a integralização do capital por meio de bens imóveis, não incidindo o ITBI sobre o valor do bem dado em pagamento do capital subscrito pelo sócio ou acionista da pessoa jurídica (art. 156, § 2º).

A norma não imuniza qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica, mas exclusivamente o pagamento, em bens ou direitos, que o sócio faz para integralização do capital social subscrito. Portanto, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI.⁴²⁴

Melhor contextualizando, se por exemplo uma pessoa jurídica sendo constituída, um dos seus sócios subscreve a sua parte no capital social no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e integraliza com um bem imóvel com valor idêntico, naturalmente a imunidade será total, tendo em vista que o valor do bem transmitido para a realização do capital social abrange a totalidade do capital social a integralizar.

Por outro lado, seguindo o mesmo exemplo supracitado, se um dos sócios subscreve R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e integraliza o capital social com um bem imóvel avaliado em R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), seguindo o entendimento do julgado do Supremo Tribunal Federal julgado em repercussão geral a imunidade alcançará até o limite de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), incidindo o fato gerador tributário da transmissão onerosa com a incidência do ITBI pelo saldo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Outra questão com repercussão econômica-financeira e tributária é a doação, esta que se sujeita a incidência tributária do imposto causa mortis e doação – ITCMD, cuja alíquota máxima é de até 8% (oito por cento), sendo o mesmo imposto incidente no caso de transmissão gratuita de bens pela morte.

Todavia, é importante ressaltar que quando da criação de uma holding familiar, no caso de doação das quotas sociais, a despeito de incidir o mesmo imposto, a base de cálculo é tão somente sobre o percentual da quota doada, não incidindo, pois, sobre a totalidade do capital social.

424 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Imunidade do ITBI não alcança imóvel de valor maior do que o capital da empresa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/38f629170ac3ab74b9d6d2cc411c2f3c>>. Acesso em: 27/01/2023

Além dessas benesses econômicas tributárias cada vez surgem mais instrumentos de elisão fiscal lastreados em planejamentos tributários seguros e legais, a exemplo de redução de custos de imposto de renda de pessoa jurídica ao invés de imposto de renda da pessoa física, da facilitação administrativa, jurídica e contábil com a centralização e melhor controle de diversas incidências tributárias, além da separação do patrimônio do instituidor e dos demais integrantes que farão parte do planejamento sucessório.

4. AS ADVERTÊNCIAS SOBRE DESVANTAGENS NA CONSTITUIÇÃO DA HOLDING:

Apesar de a constituição de uma holding apresentar diversas vantagens, é importante atentar que a análise deve ser realizada caso a caso, a fim de comparar os benefícios e as desvantagens, sendo necessário ressaltar alguns aspectos negativos da utilização deste instrumento de planejamento estratégico.

Tal advertência, aliás, conforme apontado desde o início do presente trabalho, é propositalmente repetida, tendo em vista que nem sempre a situação pode ser vantajosa, pois muitas vezes no afã de buscar um planejamento fiscal acaba ocorrendo oneração da carga tributária.

Inicialmente, com relação aos aspectos financeiros é impeioros citar o fato de não ser possível a utilização de prejuízos fiscais na sua contabilidade, de modo que em eventual operação deficitária os ônus seriam maiores.

Além disso, quando não realizado um planejamento tributário correto, sem completa análise individualizada do caso, pode acarretar o aumento da carga tributária, tornando indesejável tal efeito, sobretudo, nos casos de utilização de ferramentas inadequadas e falhas na interpretação das normas aplicáveis.

Quanto aos aspectos administrativos, no caso de holding patrimonial com natureza empresarial, concentram-se na utilização de níveis hierárquicos e a desmotivação dos colaboradores frente à situação.

Por fim, nos aspectos legais, o fato de as holdings serem constituídas na forma de pessoa jurídica, as tornam sujeitas a elaboração de documentos sociais, tributários e contábeis, sendo obrigadas a elaboração de demonstrações contábeis, bem como a transmitir todas as declarações fiscais exigidas.

Quanto a dissolução da holding, por geralmente ser uma sociedade contratual do tipo sociedade limitada seguirá as mesmas previsões para as sociedade limitadas e sociedade simples, inclusive, com a necessidade de deliberação entre os sócios, preservando a autonomia da vontade e a *affectio societatis*, portanto, devendo seguir as orientações descritas no Código Civil e na Lei das S/A, caso seja instituída como sociedade por ações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi verificar a possibilidade de utilização da holding como instrumento de proteção patrimonial e de estratégia de planejamento sucessório, utilizando-se dos benefícios econômico-tributários, administrativos, organizacional e sucessório, incluindo a redução de riscos.

O presente trabalho foi dividido em quatro tópicos capítulos como forma de melhor desenvolvê-lo de forma lógica, partindo-se inicialmente do conceito e da constituição da holding, demonstrando a margem de liberdade conferida pela lei para a constituição da pessoa jurídica, demonstrando a importância da análise casuística para a sua criação dos tipos e formas de constituição, bem como dos tipos e objetivos de uma holding.

Na sequência foram analisados os aspectos gerais para a sua criação, com a necessidade de observância das mesmas normas jurídicas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, respeitando os requisitos de existência e validade e o respeito ao princípio da autonomia da vontade.

No tópico seguinte foram abordados importantes debates acerca das vantagens com a utilização da holding patrimonial, notadamente a ideia de blindagem patrimonial com segregação dos riscos; da possibilidade de planejamento sucessório seguro, mais célere, mais econômico e, sobretudo, mais eficiente; destacou-se, ainda, a vantagem econômico-tributária, representada pela possibilidade de elisão fiscal.

Por fim, não obstante a problemática tenha destacado as benesses da constituição da holding familiar como forma de proteção patrimonial e planejamento sucessório, não se perdeu de vista a necessidade de advertir acerca das desvantagens, destacando a importância de um planejamento correto e completo, sob pena de arriscar um prejuízo econômico, além de estarem sujeitas as demais obrigações exigíveis às pessoas jurídicas como recolhimentos fiscais, obrigações tributárias acessórias, dentre outras.

De forma geral, as holdings apresentam vantagens atrativas para sua utilização, contudo, cabendo antes da sua instituição ser realizada uma análise minuciosa e completa com profissional com expertise na área, aferindo a viabilidade da sua criação, o tipo ideal, o regime de tributação adequado, tudo a fim de alcançar o êxito pretendido no planejamento idealizado.

Portanto, o presente trabalho, ao analisar a holding como instrumento de proteção patrimonial e estratégia de redução de riscos além da demonstração das vantagens deixou

o alerta para os riscos e a necessidade de um análise específica e séria para a realização do planejamento mais adequado possível sem a pretensão de esgotar o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIACAO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro: 2002.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27/01/2023.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022 (código Civil). Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 jan. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Imunidade do ITBI não alcança imóvel de valor maior do que o capital da empresa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/38f629170ac3ab74b9d6d2cc411c2f3c>>. Acesso em: 27/01/2023

LIBORIO, Fernando Henrique Ferreira; GREGO, Nivaldo Aparecido. **Holding Imobiliária**: Planejamento tributário e planejamento sucessório. IX EPCT – Encontro de Produção Científica e tecnológica Campo Mourão. Campo Mourão, 2014.

LODI, João Bosco. **Holding** / João Bosco Lodi. 3 ed. rev. e atual. - São Paulo: Cengage, 2004.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE apud Fabio Pereira da Silva e Alexandre Alves Rossi, em *Holding Familiar*. São Paulo – SP: Trevisan Editora, 2015.

NASCIMENTO, Ricardo dos Santos. A PROFISSIONALIZAÇÃO DA GESTÃO PATRIMONIAL: A CONSTITUIÇÃO DE HOLDING COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PATRIMONIAL,

ESTRATEGICAMENTE VOLTADA PARA A MAXIMIZAÇÃO DOS BENS E MINIMIZAÇÃO DE RISCO. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXIII, Nº. 000047, 16/12/2013.

Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/profissionalizacao-da-gestao-patrimonial-constituicao-de-holding-como-instrumento-de-gestao>.

Acessado em: 27/01/2023

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebolças de. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócios**: uma abordagem prática. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial/ André Luiz Santa Cruz Ramos – 7. Ed. - São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar: Tipo societário e seu regime de tributação.

Disponível em:

http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Artigo_Holding_Familiar.pdf. Acessado em: 21 de janeiro de 2023.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

TATIANE ROSALINA MOREIRA TAVARES.

Bacharelada em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG⁴²⁵.

ADRIANO DE OLVEIRIA RESENDE⁴²⁶

(orientador)

RESUMO: A mulher ao longo da história tem sofrido diversos tipos de violências e abusos, seja na ordem física, moral ou patrimonial. Nos últimos anos, um novo tipo de violência tem se destacado: a violência obstétrica, que é aquela ação que prejudica fisicamente e psicologicamente a parturiente, praticada pelos profissionais da saúde. Qualquer má conduta profissional que prejudique a mulher grávida e seu bebê representa uma violência obstétrica. Nesse sentido, é necessário que a legislação e a sociedade protejam essas mulheres. Diante deste contexto, tal pesquisa possui a finalidade de analisar as consequências jurídicas da violência obstétrica no Brasil. Buscou-se apontar o posicionamento doutrinário e principalmente jurisprudencial diante dos casos de violência obstétrica. Nos resultados, ficou evidenciado que *a priori* a violência obstétrica ainda não encontra amparo legal, mas, no entanto, a configuração da responsabilidade subjetiva e objetiva tem sido os meios utilizados pelos tribunais para responsabilizar médicos e hospitais pelos danos causados na ocorrência da violência obstétrica, além de aplicar crimes penais conexos a esses casos.

Palavras-chave: Violência obstétrica. Efeitos. Legislação. Jurisprudência.

OBSTETRIC VIOLENCE: FROM THE LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT: The woman throughout history has suffered various types of violence and abuse, whether in physical, moral or heritage order. In recent years, a new type of violence has stood out: obstetric violence, which is that action that physically and psychologically harms the parturient, practiced by health professionals. Any professional misconduct that harms pregnant woman and her baby represents an obstetric violence. In this sense, it is necessary for legislation and society to protect these women. Given this context, such research has the purpose of analyzing the legal consequences of obstetric violence in Brazil. It was sought to point out the doctrinal and especially jurisprudential position in the face of cases of obstetric violence. In the results, it was evidenced that *a priori* obstetric violence

425 E-mail: tatianejus25@gmail.com.

426 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: adrianoresende.adv@gmail.com

is not yet legal, but, however, the configuration of subjective and objective responsibility has been the means used by the courts to blame doctors and hospitals for damage caused in the occurrence of obstetric violence, in addition to applying criminal crimes related to these cases.

Keywords: Obstetric violence. Effects. Legislation. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Violência obstétrica: Aspectos gerais. 3. A Identificação e efeitos da violência obstétrica. 4. Das consequências jurídicas. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A mulher ao longo da sua história tem sido vítima de diversos tipos de abusos e violências. Seja ela em âmbito doméstico, nas ruas, no ambiente de trabalho, a violência contra a mulher está enraizada na sociedade. Não bastasse esse fato, a violência contra a mulher ainda chega no momento mais vulnerável e especial de sua vida: o período gestacional.

Denominado de violência obstétrica, a agressão em desfavor da mulher durante a sua gravidez é um dos temas mais debatidos na atualidade em razão dos inúmeros casos ocorridos nos últimos anos. A título de exemplo, em pesquisa divulgada pelo Relatório das Nações Unidas indicou que 1 em cada 4 mulheres já sofreram algum tipo de maus tratos no período gestacional no Brasil. Ainda de acordo com esse dado, nos últimos 20 anos, profissionais de saúde ampliaram o uso de intervenções que antes serviam apenas para evitar riscos ou tratar complicações no parto (GOMES, 2022).

Apenas por essa informação, nota-se que a violência obstétrica é um tema que deve ser discutido de forma urgente pela sociedade civil e pelos órgãos governamentais. Mais do que isso, deve-se debater essa violência no âmbito jurídico.

Este tipo de violência acontece em três ocasiões diferentes: no pré-parto; no parto e no pós-parto. Pode acontecer de forma física, verbal ou sexual. Assim, a agressão obstétrica é qualquer medida feita no decorrer de uma assistência a uma gestante ou puérpera que desrespeite a sua autonomia, seu corpo, sem a sua anuência e concordância (PAIVA et al., 2022).

Fato é que essa agressão ao corpo da mulher gera danos negativos às vítimas de modo permanente. Gera-se traumas, comprometendo o desenvolvimento psicológico a partir desse ato, ferindo sobremaneira o seu corpo e a sua dignidade.

Diante desse cenário, no decorrer da análise desse tema procurou-se responder a seguinte indagação: quais os efeitos jurídicos da violência obstétrica?

Assim, esse estudo teve o objetivo de abordar os efeitos jurídicos ocasionados pela violência obstétrica. A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: ASPECTOS GERAIS

A gravidez é um momento importante na vida das mulheres que querem ter filhos. Segundo Paiva et al. (2022), o nascimento de um filho é um momento único que deve vir cheio de alegria e felicidade para as mulheres e seus familiares. Mas infelizmente, muitas mulheres não têm esse momento, porque sofrem com o fenômeno chamado violência obstétrica.

Conforme explana Nascimento et al. (2019), a violência obstétrica refere-se aos diversos tipos de agressão que as mulheres podem sofrer no pré-natal, no parto, pós-parto ou em situações de abortamento.

Normalmente são violências perpetradas por profissionais de saúde que ao atender esta mulher que já está vulnerável, que está com medo do parto, tem de ceder a todas as pressões que lhe são impostas durante período de gravidez (MARRERO; BRÜGGEMANN, 2018).

Um adendo: o termo violência obstétrica, ainda que usualmente utilizado no Brasil, não possui um entendimento pacífico sobre o seu uso. Alguns autores entendem que este não seria um termo correto a ser utilizado. Para melhor esclarecimento sobre essa questão, cita-se:

[...] Tem-se uma certa dificuldade em aceitar o termo violência obstétrica. Isso se dá pelo fato de que, embora seja um termo consagrado na literatura médica e jurídica internacional, é um nome que oferece um conceito equivocado ao leigo do que seja essa violência. Imagina-se se for perguntado a uma pessoa qualquer, ela certamente irá responder que a violência obstétrica é aquela praticada por um obstetra. Claro, ela pode ser praticada por um obstetra, mas a violência obstétrica é algo muito maior do que isso. Dessa forma, isso tende a uma demonização de um único profissional, sendo que esse tipo de violência pode ser praticado por qualquer profissional da área da saúde e não apenas por um

obstetra. Com isso, é preferível que que se denomine “violência contra a mulher grávida” (MARTINS et al., 2019).

No decorrer dessa pesquisa, contudo, será utilizado o termo “violência obstétrica”, uma vez que este é o mais utilizado no país, inclusive em legislações estaduais e em documentos oficiais.

Continuando, a violência obstétrica é um ato deliberado, não é um erro ou algo “sem querer”, de agressão à saúde de uma mulher gestante. As atitudes vão desde o assédio moral, negligência, até a violência física e o desrespeito pelas escolhas e direitos da gestante (LEITE et al., 2022).

Os maus tratos às mulheres em período gestacional é considerado como um problema de saúde pública, tendo o reconhecimento da Organização Mundial da Saúde (OMS). Segundo Costa et al. (2022) este fato decorre porque ela desencadeia outros tipos de doenças. E mais, não só doenças, mas disfunções no corpo, síndrome do pânico, etc. A mulher que sofre esta agressão no parto, por exemplo, possivelmente vai precisar de um apoio psicológico depois, senão poderá desencadear transtornos psíquicos.

Importante mencionar que a agressão à mulher grávida pode ser feita por qualquer profissional da área da saúde e não somente por médicos, em especial um obstetra. Citam Bitencourt, Oliveira e Rennó (2022) que abuso à mulher em período gestacional é um ato realizado por médicos, enfermeiras, doulas, gestores públicos ou, no geral, por quaisquer profissionais de saúde contra o corpo e/ou processos reprodutivos das mulheres, feito por meio de ações desumanizadas, uso indevido de medicalização e transformação dos processos fisiológicos de parturização.

Indo mais além nesse entendimento, Nogueira (2021) inclui nesse rol os familiares da mulher grávida. Para esse autor, a violência obstétrica também pode ser praticada por um parente. Nesse caso, a depender do contexto, estar-se focando na violência obstétrica como uma forma de violência doméstica, e em razão disso, vai incidir na Lei nº 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha.

Na literatura coletada, verificou-se que a violência obstétrica pode ser classificada da seguinte forma:

Quadro 1 – Classificação da violência obstétrica

TIPO DE VIOLÊNCIA	DESCRIÇÃO
--------------------------	------------------

<p>Violência obstétrica na gestação</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Negar atendimento à mulher ou impor dificuldades ao atendimento pré-natal; ▪ Ofensas a mulher e sua família, além de comentários por sua cor, raça,
	<p>etnia, idade, escolaridade, religião ou crenças, condição socioeconômica, etc.</p>
<p>Violência obstétrica no parto</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Recusa de admissão em hospital ou maternidade, impedindo a entrada do acompanhante escolhido pela mulher; ✓ Procedimentos que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico de grau leve a intenso; ✓ Cesariana sem indicação clínica e sem consentimento; ✓ Impedir ou retardar o contato do bebê com a mãe logo após o parto, ou dificultar o aleitamento materno.
<p>Violência obstétrica no abortamento</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Negativa ou demora no atendimento à mulher em situação de abortamento; ✓ Questionamento à mulher quanto à causa do abortamento; ✓ Realização de procedimentos invasivos sem explicação e consentimento, frequentemente sem

	<p>anestesia;</p> <p>✓ Ameaças, acusação e culpabilização da mulher.</p>
--	--

Fonte: Silva et al. (2023)

Nos dizeres de Medeiros e Nascimento (2022), os eventos mais comuns que se rotulam como violência obstétrica é qualquer tipo de destrato na relação que se estabelece entre o sistema de saúde (sua estrutura), os profissionais de saúde e a mulher grávida. Qualquer tipo de violência, como não respeitar a sua identidade e suassexualidade, se caracteriza como violência obstétrica.

Para além da classificação do Quadro 1, é também imperioso destacar as formas que a violência obstétrica pode ocorrer, principalmente durante o parto. No meio científico, já é consenso que algumas atitudes mais específicas correspondem a uma violência obstétrica no decorrer do parto.

O primeiro exemplo é a episiotomia, que é o corte na região do períneo, localizado entre a vagina e o ânus. Esta ação possui o objetivo de expandir o canal do parto para que o bebê possa fazer a passagem de forma rápida (SILVA et al., 2023).

O segundo exemplo é o uso da ocitocina, que é indicada para a indução do parto, é uma droga usada quando não há evolução de dilatação após muito tempo de contrações. Se ela for aplicada sem o paciente saber e sem necessidade, pode ser considerada uma violência (MORAES et al., 2022).

Há também o ponto do marido, que é um ponto que se faz ao término da sutura de uma episiotomia, onde se “aperta” a entrada da vagina, cujo objetivo é torna-la mais estreita, teoricamente, aumentando a satisfação sexual do homem. Como consequência, pode gerar dores e incômodos à mulher (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Outro exemplo é a manobra de Kristeller, que nada mais é do que empurrar/pressionar a barriga da grávida para dar rapidez a saída do feto. Tal manobra inclusive é banida em solo brasileiro, em razão de que se feita inadequadamente ou com

muita força pode deslocar a placenta, fraturar as costelas da mãe e causar traumas encefálicos no bebê (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Tem-se a lavagem intestinal, cujo objetivo é reduzir os riscos de escape de fezes no decorrer do parto. Apesar de ser comum o seu procedimento, ele não é indicado anterior ao procedimento do parto, porque pode atrapalhar na passagem do bebê, além de ocasionar possíveis dores na gestante. (BITENCOURT; OLIVEIRA; RENNÓ, 2022).

A restrição alimentar e de bebida também é um ato de violência contra a mulher grávida, haja vista que não se encontra cientificamente estudos que comprovem a sua eficácia nesses casos. Mulheres em fase de parto, podem – a depender do caso – consumir alimentos e bebidas, desde que seja com acompanhamento médico (FARIAS et al., 2021).

Outra ação considerada como violência obstétrica é o impedimento da mulher em gritar ou se expressar. Como explicam Costa et al. (2022), as contrações do trabalho de parto causam muitas dores e incômodos nas parturientes. Dessa forma, uma maneira de reduzir essas dores é elas poderem gritarem ou expressarem a sua dor. No entanto, muitos profissionais indicam o silêncio, o que nesses casos é difícil de serem feitos.

O impedimento de livre posição e movimentação no decorrer do trabalho de parto também é considerada uma violência obstétrica. Nesse caso, é importante que os movimentos físicos feitos pelas gestantes seja permitido. O foco sempre deve ser o seu conforto e segurança. Não pode haver qualquer impedimento por parte da equipe médica de mudança de posição das parturientes nesses casos (COSTA et al., 2022). Cita-se ainda o não oferecimento de métodos de alívio da dor. O ideal, de acordo com Nogueira (2021) é que antes do parto, no período do pré-natal seja ofertado a gestante algumas ações preventivas de redução da dor, como por exemplo, massagens, anestésias ou outra técnica que possa aliviar a dor. O seu não oferecimento é entendido como uma forma de violência obstétrica.

A não permissão a entrada de acompanhante indicado pela mulher também é uma forma de violência obstétrica. *In casu*, havendo um impedimento ao acompanhante, infringe-se a Lei nº 11.108/2005 - Lei do Acompanhante, que deixa claro que toda mulher grávida tem direito a um acompanhante indicado por ela, tanto nas consultas de pré-natal, bem como na hora do parto (BRASIL, 2005).

Violência psicológica também se adentra nesse contexto. Aqui, como salienta Martins et al. (2019), toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, medo, instabilidade emocional e insegurança representa uma violência obstétrica.

Medeiros e Nascimento (2022) frisam que a violência psicológica é tão danosa quanto a física. As brincadeiras, as chacotas, as ironias, as ridicularizações que são feitas em relação a essa mulher quando ela está com dor. Falas como “se na hora de fazer não doeu, e agora você está gritando”, ou ainda “se você gritar, você vai ficar sozinha porque eu vou desistir de estar aqui com você”, são violências que vem cominadas com ameaças e geram pânico infinitamente maior nessa mulher.

As autoras acima citadas lembram ainda que ansiedade é vasodilatadora, e sendo vasodilatadora ela vai sangrar mais durante uma Cesária, por exemplo, e ela vai referir mais dor, ela também acaba interferindo no limiar de dor dessa mulher porque a dor tem um componente subjetivo absolutamente inquestionável (MEDEIROS; NASCIMENTO, 2022).

Além dos citados procedimentos, pode ocorrer, ainda, abuso de medicamentos. Isso ocorre quando se verificam intervenções médicas desnecessárias, com a finalidade de beneficiar somente o profissional de saúde ou o hospital, onde a paciente encontra-se internada. Os resultados a que se chega poderiam ser alcançados por intermédio de intervenções menos gravosas para a mulher, mas isso não ocorre (NASCIMENTO et al., 2019).

Pode haver violência obstétrica, ainda, quando feitas intervenções químicas desnecessárias também na criança, como por exemplo, o já citado o uso de ocitocina para agilizar o trabalho de parto (MORAES et al., 2022).

Diante desses aspectos gerais, percebe-se que a violência obstétrica é uma forma de violência grave que é feita justamente no momento mais vulnerável da mulher. O período gestacional é muito complexo, e no momento do parto, principalmente, a mulher está totalmente à mercê da equipe médica, o que contribui para a incidência desse tipo de violência. Uma vez realizado ele traz diversos danos para a vítima, o que será melhor analisado no tópico seguinte.

4 A IDENTIFICAÇÃO E EFEITOS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Um dos pontos mais delicados ao debater sobre a temática aqui proposta, diz respeito a identificação da violência. Muitas vezes a violência obstétrica não é reconhecida pelas próprias parturientes como um ato de violência, pois, no momento que ela ocorre, as mulheres estão vivenciando grandes emoções com o nascimento de um filho (MARRERO; BRÜGGEMANN, 2018).

Por conta disso, esse fato as leva a pensar que é comum aceitar agressões verbais, impedindo-as de expressar o que sentem durante o trabalho de parto, direito de ter, por exemplo, um acompanhante dentre outros direitos negligenciados (LEITE et al., 2022).

Os locais onde ocorre o parto são, normalmente, para muitas pessoas, banais, onde a identidade da mulher, bem como suas referências culturais e sociais acabam diante do poder dos profissionais de saúde. Dessa forma, a mulher é obrigada a permanecer deitada durante todo o trabalho de parto, com a exposição forçada de suas partes íntimas a qualquer um. Ademais, são dadas ordens que a desqualificam, demonstrando o tanto que esse momento se torna um martírio para suas vítimas e um exercício de poder sobre a mulher em razão de seu gênero, o que a torna vulnerável a desconsidera enquanto ser humano (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Uma das questões mais difíceis envolvendo a violência obstétrica é em relação a identificação da sua prática. Ou seja, como é possível identificar este tipo de violência. Conforme explica Gomes (2020), quando uma mulher não estiver vivenciando uma experiência de assistência que lhe traga conforto e segurança, é afirmativo entender que estar-se de frente a uma violência obstétrica.

Nogueira (2021) pontua que qualquer indício que gere um incômodo ou insatisfação no decorrer do período gestacional e principalmente durante o parto, é um claro sinal que a violência obstétrica está sendo realizada.

Num simples atendimento que desrespeite a integridade da mulher até procedimentos invasivos, todo ato que traga desconforto à mulher é uma violência obstétrica (FARIAS et al., 2021). Dessa forma, a identificação dessa violência é percebida pela própria mulher ao sentir que não está tendo o atendimento adequado. Cabe destacar também que familiares ou pessoas próximas a mulher também podem perceber quando uma violência obstétrica está sendo praticada. Como já mencionado, em muitas ocasiões a mulher, devido a sua condição vulnerável não está ciente da agressão que está sofrendo. Nesse caso, o parceiro (a) ou um familiar próximo que a acompanhe deve estar atento aos sinais e atitudes da equipe médica e hospitalar para detectar qualquer ameaça ou ação que venha a denegrir o psicológico, emocional e físico da mulher (NASCIMENTO et al., 2019).

Uma vez identificado, normalmente a violência já foi exercida. Com isso, vem os danos decorrentes desse ato. As consequências da violência obstétrica são variadas, a depender de cada mulher, mas é majoritário que seus efeitos sejam todos negativos.

Gomes (2020) ao discutir sobre os efeitos que a violência obstétrica traz para as vítimas, afirma que a mulher que dá à luz em uma situação de violência tem mais risco de desenvolver blues puerperal (melancolia da maternidade) e depressão pós-parto. Além

disso, pode ter mais dificuldade em amamentar e cuidar do bebê, desenvolver medo de uma futura gestação e isso limitar seu planejamento reprodutivo. Em casos mais graves, a violência obstétrica pode levar a óbito a mulher ou a criança ou ambos. Procedimentos invasivos e malsucedidos podem acarretar em morte da vítima.

Para além do óbito, no entendimento de Ribeiro et al. (2021), a violência obstétrica pode “matar em vida”. Explica essa autora que, o parto passa a ser tão traumático para a mulher que isso interfere no exercício da sua personalidade e da sua sexualidade, na sua autoestima, na maneira como ela confia nas pessoas e isso pode interferir inclusive na relação que ela mantém com o filho, que foi gerador de uma situação traumática, supostamente.

Do ponto de vista psicológico, Silva, Silva e Araújo (2017) acentuam que as relações se dão de uma forma tão complexa que isso pode inviabilizar a mulher socialmente. Em outras palavras, é tão grave os danos trazidos pela violência obstétrica que a mulher acaba tendo dificuldades de relacionamento social após esse episódio.

No estudo de Amaral, Klein e Grunewald (2021) que buscou analisar os efeitos da violência obstétrica às mulheres, apontou que a saúde psicológica da mulher é mais afetada, causando traumas, pânico, depressão, ansiedade, medo, angústia, insegurança e entre outros aspectos emocionais que prejudicam seu funcionamento. No entanto, além das consequências citadas, há o transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) que é muito presente após a violência obstétrica, uma vez que um parto traumático gera implicações negativas na mulher, sendo assim, o TEPT pode vincular com esse momento traumático e fazer com que a mulher não consiga amamentar o recém-nascido ou até mesmo ter outras complicações, como apresentar flashbacks do momento ou da dor, ataques de pânico, insônia, pesadelos, terror noturno (ASSIS; MEURER; DELVAN, 2021).

De todo modo, é importante frisar que evitar a agressão não significa não fazer procedimentos invasivos, mas executá-los quando necessário, da melhor maneira possível, e sempre orientando o que está acontecendo.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Conforme analisado nos tópicos anteriores, a violência obstétrica é uma prática que vem sendo analisada nos últimos anos em decorrência do seu crescente número de casos relatados. Como um fator social que afeta uma parcela significativa da população, o Direito não poderia se ausentar desse cenário. Assim, nesse tópico serão apresentados os posicionamentos jurídicos a respeito da violência obstétrica.

Inicialmente é importante mencionar que a legislação brasileira é ausente na normatização definitiva sobre a violência obstétrica. Não há uma lei federal que regule especificamente a violência obstétrica. O que se tem atualmente é um determinado número ínfimo de leis estaduais que criminalizam essa prática.

Esse fato traz uma lacuna a esse tema, pelo qual ainda se deve melhor discutir sobre uma lei específica e completa sobre essa questão. Apesar disso, os agressores não ficam sem uma resposta do Estado a sua violência praticada. Sendo assim, qualquer profissional da área da saúde (ou familiar) que venha a cometer uma violência obstétrica responderá civilmente e penalmente pelo ato cometido (BITENCOURT; OLIVEIRA; RENNÓ, 2022).

No âmbito civil, tem-se o instituto da responsabilidade civil, que aplicado à situação aqui analisada, se baseia no art. 5º incisos V e X da Constituição Federal de 1988. Com fundamento desse artigo, retira-se o entendimento de que qualquer atividade que traga algum dano a outrem gera a responsabilização de indenização à vítima. Aquele (seja pessoa natural ou jurídica) que vier a cometer um prejuízo a um terceiro deve arcar com os resultados (BRASIL, 1988).

O art. 186 do Código Civil, traz-nos que a responsabilidade civil pode ser extracontratual ou extranegocial. Para o caso específico aqui analisado, tem-se a responsabilidade civil objetiva, que é caracterizada por exigir determinados requisitos, tais como “a conduta, seja omissiva ou não, o dano e o nexo de causalidade. Nesse caso, não se exige a comprovação da culpa do agressor” (RIPOLL, 2022, p. 30).

Com fundamento nesse texto constitucional e civilista, entende-se que qualquer profissional de saúde que venha praticar um ato de abuso à mulher grávida responderá civilmente pelo dano causado (PAIVA et al., 2022).

Uma questão muito recorrente nesses casos, é interligar a violência obstétrica ao erro médico. O erro médico é uma falha profissional que gerou um dano. Nesses casos, o médico é responsabilizado na área civil e na área penal, além das sanções administrativas do Conselho Federal de Medicina onde o profissional pode até ficar impossibilitado de exercer sua profissão (RIPOLL, 2022).

Na esfera do Direito do Consumidor, a mulher grávida ela é a consumidora na relação de consumo em relação ao hospital ou estabelecimento de saúde. O Código consumerista em seu art. 14 afirma que a responsabilidade é objetiva (independente da culpa), sendo assim, o médico é responsabilizado nesses casos (BRASIL, 1990).

Em território penal, não há uma lei penalista que trate sobre esse tema. Embora a tipificação não exista com relação ao crime específico, existem uma série de crimes meios

(ou sejam, que foram praticados no período da gestação) que podem ensejar em uma ação penal.

Tem-se como exemplo a injúria, onde há ofensas direcionadas a gestante, atingindo sua honra e dignidade, a pena prevista é de 1 a 6 meses de detenção e multa (BRASIL, 1940).

Nos maus-tratos, que no caso presente corresponde a limitação da atenção e dos cuidados médicos necessários para a gestante, a pena é de até 1 ano de detenção. Na ameaça e pena encontrada é de 1 a 6 meses de detenção. No constrangimento ilegal, que é configurado pela exposição das partes íntimas da parturiente ou outro ato que humilhe ou denigre a mulher, a pena é de 3 meses a 1 ano de detenção e multa (BRASIL, 1940).

Há ainda a lesão corporal, que nesses casos pode ser configurada pelo procedimento de episiotomia, cuja pena pode ser de até 8 anos de reclusão. E por fim, nos casos mais graves o profissional pode ser responsabilizado pelo crime de homicídio, quando motivado pelas lesões encontradas na parturiente ou no feto, gerou óbito. A pena nesses casos é de reclusão de 6 a 20 anos (BRASIL, 1940).

Soma-se aos casos supracitados, o aborto provocado por terceiro, onde as ações delituosas da violência obstétrica acabam por acarretar na morte do feto. Aqui, conforme o art. 125 do Código Penal, a pena será de reclusão de 3 a 10 anos podendo aumentar em caso de morte à gestante.

Ainda neste cenário, Lacerda, Mariano e Passos (2022) citam que no caso de haver alguma intervenção cirúrgica não permitida previamente pela gestante, o médico será responsabilizado pelo crime de lesão corporal.

Havendo a prática da Manobra de Kristeller, por exemplo, aplica-se o art. 129 do texto penalista. No caso de haver um resultado lesivo, aplica-se o § 6º, do art. 129 (BRASIL, 1940).

No campo jurisprudencial, frente a ausência de Lei, os tribunais tem ao seu modo penalizado a violência obstétrica, conforme a análise de cada caso. *A priori*, cita-se como exemplo o seguinte julgado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. **Parto realizado pelo método fórceps e manobra Krisller.** Ausência de fatores

indicativos da necessidade da utilização do procedimento. Perícia que se utilizou de dados não objetivos. Ausência de registros médicos e hospitalar suficientes para o deslinde da controversa. Réus que tinham plena condição de comprovarem que os procedimentos adotados foram necessários para a saúde do bebê e que as sequelas foram consequência da correta utilização dos meios adequados. Ônus que não deve recair ao menor incapaz. Dano material. Cabimento. **Os réus deverão custear o tratamento da lesão sofrida.** Os valores já desembolsados deverão ser restituídos. Apuração em liquidação de sentença. Pagamento de pensão mensal de um salário mínimo após os 16 anos e até 75 anos de idade. Dano moral e estético. Cabimento. Valor adequado de R\$20.000,00, que deve ser acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, desde o arbitramento. Sucumbência invertida. Honorários majorados para 15% sobre o valor da condenação. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível nº 1006803-24.2017.8.26.0248 TJSP. Comarca: Indaiatuba. 8º Câmara de Direito Privado. Relator: Benedito Antônio Okuno. Data do Julgamento: 30/11/2022. Data de Publicação: 01/12/2022). (grifo meu)

No caso julgado acima, a vítima afirmou que não lhe foi cogitada a possibilidade de realizar o parto por cesariana, mas utilizados os métodos fórceps e manobra Kristler sem indicação dos motivos. Alegou que não teve assistência médica adequada durante a espera de 12 horas para o parto e após, os réus (médicos) se omitiram ao tratamento da lesão permanente sofrida pela autora.

O que se buscou no presente julgado foi a indenização por falha na prestação do serviço desde a entrada da genitora no hospital réu. Ou seja, a ausência de acompanhamento médico até o parto, a ausência de critérios objetivos de indicação do método de extração e a ausência de acompanhamento do bebê, tanto para detectar a lesão, quanto para tratá-lo. Ao fim, decidiu o magistrado conceder os danos materiais, morais e estéticos a vítima.

Contudo, a jurisprudência brasileira também já negou possibilidade de reparação de danos à parturientes diante da ausência de comprovação de provas. Esse fato é importante porque a responsabilização dos agentes causadores de violência obstétrica só ocorre quando há provas contundentes sobre a violência sofrida. É o que apresenta o julgado abaixo:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. **RELAÇÃO DE CONSUMO.** PARTO HUMANIZADO. ALEGAÇÃO. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.**

RESSARCIMENTO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. **NÃO COMPROVAÇÃO**. PRELIMINARES. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Recurso próprio, regular e tempestivo. 2. No mérito, requerem a reforma da sentença, diante do robusto conjunto probatório que revela a violência obstétrica sofrida pela primeira recorrente, motivo pelo qual, pleiteiam sejam ressarcidos pelos danos materiais sofridos. [...] 7. De acordo com a distribuição ordinária do ônus da prova (art. 373 do CPC), **cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos**. 8. Em que pesem as argumentações expendidas pelos autores, o fato de o funcionário do hospital exigir-lhes documentos pessoais para a internação, bem como o fato da primeira autora/recorrente quase desmaiar após o parto, **não revela falha na prestação do serviço por parte do hospital, tampouco violência obstétrica, pois tais fatos são decorrências naturais do procedimento realizado pela parturiente**, que não descreveram ou provaram a prática de procedimentos considerados invasivos ou danosos à parturiente. 9. **A reparação de danos materiais deve estar necessariamente adstrita a um desfalque patrimonial efetivamente demonstrado, o que não sói ocorrer no caso**. Não demonstrada, sequer por elementos mínimos, a existência de ato ilícito por parte do demandado, vislumbra-se escorreita a sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida em tal sentido, posto que não comprovado o efetivo prejuízo de ordem material, tampouco ofensa moral, elementos imprescindíveis à tutela do direito vindicado. 10. Sentença mantida. (07109918120178070016 - (0710991-81.2017.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). TJDF. Primeira Turma Recursal. Data do Julgamento: 01/02/2018. Publicado no DJE: 16/02/2018).(grifo meu)

O que o julgado acima mostra é que no campo da violência obstétrica é de enorme importância a prova. Como bem mencionado no julgado, a reparação de danos materiais ou morais deve estar necessariamente adstrita a um prejuízo ou dano efetivamente demonstrado. Esse fato é que se discute quando se fala em violência obstétrica.

Apesar de difícil à primeira vista, a violência obstétrica pode ser provada. Seja por meio físico (através de uma perícia ou laudo médico) ou psicológica, através de

depoimento de testemunhas, como o acompanhante, por exemplo. Assim, ao avaliar bem estar psíquico da paciente, o magistrado pode analisar as provas por meio da prova testemunhal.

Desse modo, fica claro observar que a violência obstétrica deve ser analisada de acordo com cada caso, ao qual deve ser devidamente comprovada não apenas a prática técnica, mas sobretudo, os seus efeitos no campo físico, moral e psicológico da mulher.

No âmbito legislativo, algumas leis estaduais tem abordado de maneira mais objetiva esse tema. Em São Paulo, por exemplo, há o Projeto de Lei nº 1.130/2017 que penaliza no âmbito civil, penal e administrativo os agentes que praticarem maus tratos às mulheres grávidas (BRASIL, 2017). A mesma matéria se encontra no Projeto de Lei nº 8.219/17, cuja pena se dá entre 6 meses a 2 anos de detenção e multa. (BRASIL, 2017).

No Estado do Tocantins, encontra-se a Lei nº 3.674/2020, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra esse tipo de violência no presente Estado. Ao trazer conceitos e aspectos gerais sobre a violência obstétrica, a Lei trouxe como medida de prevenção o art. 4º que aduz que para acesso às informações constantes desta Lei, os estabelecimentos hospitalares deverão disponibilizar um exemplar da Lei às gestantes, parturientes e/ou seus acompanhantes (BRASIL, 2020).

Pegando gancho na Lei supracitada, é também necessário destacar que medidas podem ser feitas para que a violência obstétrica seja cada vez menos praticada. Para Gomes (2020) há determinadas condutas que podem ser feitas para que essa violência não seja efetivada. A autora menciona como exemplo, o melhoramento do planejamento reprodutivo e a assistência ao pré-natal, a exposição de informações de qualidade e adequação dos serviços de saúde melhorando a infraestrutura.

Para Xavier (2022) é preciso investir em treinamento e qualificação permanente dos profissionais e estimular a aproximação das gestantes aos serviços de saúde no período gestacional.

Santos et al. (2020) por sua vez, entendem que o plano de parto é de fundamental importância para que a violência não seja praticada. Nesse sentido, a parturiente deve entregar (protocolar) na maternidade/hospital, com antecedência, seu plano de parto, que é um documento com indicações daquilo que a mulher deseja para o seu parto recomendado pela Organização Mundial da Saúde. O ideal é que a mulher construa seu plano de parto juntamente com os profissionais de saúde que a atendem porque é uma forma de estabelecer o diálogo sincero e transparente entre as partes envolvidas.

Lacerda, Mariano e Passos (2022) destacam que é importante que se tenha sempre um(a) acompanhante, pois a presença de outra pessoa, sem dúvidas, previne a violência obstétrica. E é um direito garantido pela lei.

Com tais medidas pode-se buscar um caminho para que os abusos cometidos em desfavor das mulheres no período gestacional não sejam mais presentes nos estabelecimentos de saúde, e que cada vez menos mulheres possam ser vítimas dessas atrocidades.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que toda pessoa merece ser tratada com respeito. Mas, infelizmente, isso nem sempre acontece. Grande parte das violências obstétricas ocorre durante o parto e o pós-parto, em um momento em que a mulher está em situação de vulnerabilidade, sem condições de se defender ou de tomar medidas práticas que interrompam a violência. São práticas consideradas comuns e que causam severos danos à mulher, ao bebê e a toda sua família.

De modo geral, conforme estabelecido por esse estudo, o conceito de violência obstétrica se resume a qualquer ato que ocorra durante a gestação, no momento do parto, nascimento e/ou pós-parto e, também, no atendimento ao abortamento, provocado ou espontâneo. Ela pode ser exercida de maneira física, verbal, psicológica ou qualquer outra forma que desabone e denigre a individualidade e dignidade da mulher grávida. Com essas práticas, a mulher é submetida a normas e rotinas rígidas, muitas vezes, desnecessárias, sem qualquer respeito ao seu corpo e ao seu ritmo natural, impedindo-a de exercer o seu protagonismo.

É certo que a mulher deve ter o poder de decidir sobre o seu corpo, deve ter liberdade para dar à luz e acesso a uma assistência de saúde adequada e, no mínimo, respeitosa e humanizada.

No entanto, a violência obstétrica é uma questão complexa que exige muita coragem para ser denunciada, mormente porque, na maioria das vezes, ela ocorre em ambientes ocultos, que são os consultórios médicos e as salas de cirurgia. As sociedades ainda são marcadas por machismo e patriarcalismo. A violência obstétrica é um evento passível de ser vivenciado por qualquer mulher, de diferentes idades, raças/etnias, grupos sociais.

Dessa forma, durante o período gestacional, ou seja, no pré-natal, no parto e no pós-parto, a mulher precisa do apoio de profissionais de saúde, que sejam

capacitados e estejam comprometidos com a fisiologia do nascimento, bem como tenham respeito pelo corpo dessa paciente como um processo social e fisiológico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Aléxia Fortes; KLEIN, Ana Paula; GRUNEWALD, Evelyn Sofia. **A violência obstétrica e os seus danos à saúde psicológica da mulher**. Anais do 19º Encontro Científico Cultural Interinstitucional – 2021.

ASSIS, Kaio Gerald; MEURER, Fabiana; DELVAN, José Silva. **Repercussões emocionais em mulheres que sofreram violência obstétrica**. Rev. PsicoArgum, 1(12), 1-15, 2021.

BITENCOURT, Angélica de Cássia; OLIVEIRA, Samanta Luzia de; RENNÓ, Giseli Mendes. **Violência obstétrica para os profissionais que assistem ao parto**. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesos em: 29 jan. 2023.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Lei 8.078 de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.108 de 07 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.674 de 26 de maio de 2020**. Altera a Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=396083>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

COSTA, Juliana Alves; SILVEIRA, Juliana de Almeida; GONÇALVES, Sebastião Jorge da Cunha; SOUZA, Maria Cristina Almeida de. **Violência obstétrica e humanização no parto: percepção de alunos de graduação em Medicina e Enfermagem**. Revista De Saúde, 13(1), 28–33, 2022.

FARIAS, Maria Mariana Pontes Castro et al. **Análise da violência obstétrica pela mulher: vivência e reconhecimento de procedimentos obstétricos associados.** Brazilian Journal of Development. 2021; 7(2): 18425-18437.

GOMES, Denise. **25% das mulheres já sofreram violência obstétrica no país.**2022. Disponível em: <<https://edicaodobrasil.com.br/2022/07/15/25-das-mulheres-ja-sofreramviolenciaobstetricanobrasil/#:~:text=Dados%20do%20Relat%C3%B3rio%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es,ou%20tratar%20complica%C3%A7%C3%B5es%20no%20parto>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

LACERDA, Giovanna Maria Oliveira de; MARIANO, Valéria da Costa; PASSOS, Sandra Godói de. **Violência obstétrica e os direitos das gestantes: o que as mulheres sabem?** Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Brasil, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 42–53, 2022.

LEITE, Tatiana Henriques et al. **Desrespeitos e abusos, maus tratos e violência obstétrica: um desafio para a epidemiologia e a saúde pública no Brasil.** Ciência & Saúde Coletiva. v. 27, n. 02, pp. 483-491, 2022.

LOPES, Bianca. **Violência obstétrica - direito das mulheres no âmbito jurídico.** Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu – Campus Unimonte como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Peruíbe, 2022.

MARRERO, Luana; BRÜGGEMANN, Otávio Mendes. **Violência institucional durante o processo de parturição no Brasil: revisão integrativa.** Rev Bras Enferm, 71(3), 1152-61, 2018.

MARTINS, Flávio Luciano, et.al. **Violência obstétrica: uma expressão nova para um problema histórico.** Rev. Saúde em Foco. 2019; 11(1): 413-423.

MEDEIROS, Rita de Cássia da Silva; NASCIMENTO, Ellany Gurgel Cosme do. **“Na hora de fazer não chorou”: a violência obstétrica e suas expressões.** Rev Estud Fem. 30(3), 1-15, 2022.

MENDES, José; SANTOS, Ana Paula Sousa; TAVARES, Márcio. **Percepções da violência obstétrica pelas parturientes e profissionais de saúde: uma revisão scoping.** Revista Portuguesa De Investigação Comportamental E Social, 8(2), 1–15, 2022.

MORAES, Amanda Caroline Martins Machado de; MELO, Letícia Viana de.; MOUTRAN, Luana G; SANTIAGO, Rafaella Caires; MAIA, Janize Silva. **Parto e ocitocina: a violência obstétrica caracterizada pela imprudência.** Revista Remecs - Revista Multidisciplinar de Estudos Científicos em Saúde, [S. l.], v. 7, n. 12, p. 11– 20, 2022.

NASCIMENTO, Sara Leal; PIRES, Vanessa Miranda Mendes; SANTOS, Nara Alves; MACHADO, Júlio Cezar; MEIRA, Lisa Silva; PALMARELLA, Verônica Paulista Rosa. **Conhecimentos e experiências de violência obstétrica em mulheres que vivenciaram a experiência do parto.** Enferm Actual Costa Rica. 2019; 0(37):66-79.

NOGUEIRA, Neiva Vieira. **O reconhecimento da violência obstétrica no Brasil e sua repercussão sociolegislativa por intermédio do movimento feminista.** Insurgência: revista de direitos e movimentos sociais, 7(2), 261-286, 2021.

PAIVA, Antônia de Maria Gomes et al. **Representações sociais da violência obstétrica para puérperas e profissionais da saúde: análise fatorial de correspondência.** Cogitare Enfermagem, 27, 2022.

RIBEIRO, Karla Gracindo et. al. **Caracterização da violência obstétrica na produção científica: uma revisão integrativa.** REAS. 2021; 13(4): 1-8.

RIPOLL, Fabiana. **Responsabilidade civil médica na configuração da violência obstétrica.** Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Repositório Universitário da Ânima (RUNA), 2022.

SANTOS, M.L.; SILVA, D. K. F.; ANDRADE, O. S.; ALBUQUERQUE, T. T. **Plano de parto: o conhecimento da gestante sobre esta ferramenta para empoderamentodurante a assistência obstétrica.** Braz. J. Hea. Rev. 2020; 3(4): 10143-10165.

SILVA, Fausto; SILVA, Mário; ARAÚJO, Fabiano. **Sentimentos causados pelaviolência obstétrica em mulheres de Município do Nordeste Brasileiro.** Rev Pre Infec e Saúde, Campina Grande, 3(4), p. 25-34, 2017.

SILVA, Júlia Carla Oliveira et al. **Impactos da violência obstétrica no Brasil:uma revisão da literatura.** Research, Society and Development, [S. l.], v. 12, n. 2, p. e10812239950, 2023.

XAVIER, Laura Luísa da Conceição. **A violência obstétrica vivenciada pelas mulheres brasileiras: da realidade ao discurso jurídico-normativo.** Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel emDireito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2022.

USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA, SERVIÇO EXTRAJUDICIAL E ACESSO À JUSTIÇA.

VANESSA ZIMPEL: Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição de Desenvolvimento Cultural (IDC). Ex-tabeliã no Estado de Rondônia. Atualmente Tabeliã e Oficial Registradora no Estado de Mato Grosso.⁴²⁷

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO⁴²⁸

(coautora)

RESUMO: O tema de usucapião extrajudicial reúne facetas de dois direitos fundamentais: o direito de acesso à justiça por meio de procedimentos e mecanismos que permitam a resolução eficaz do conflito e o direito à formalização ou titulação da propriedade, relacionado ao direito à moradia ou uso racional de terras, no qual a formalização permite maior fluidez econômica e proteção ao direito. Nesse sentido, o artigo traça o contexto do acesso à justiça no Brasil, com a Constituição de 1988 e ondas de acesso, em que a busca do atendimento material ao direito implica em elementos que facilitem o acesso, reduzam custos e criem meios propícios às especificidades e complexidade do direito. Na via judicial, implica em uso de ritos próprios, como também permite que a via extrajudicial, e os cartórios especificamente, passem a gerir conflitos e interesses privados de forma não exclusiva, mas independentemente de confirmação judicial. A usucapião, que era tido como exemplo de atuação jurisdicional, passa a poder ser feito na esfera extrajudicial, mesclando presunções e provas documentais, e se configura como forma de regularização fundiária que prescinde de iniciativa do poder público.

⁴²⁷ E-mail: nessazimpel@gmail.com

⁴²⁸ Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Foi coordenadora da Graduação de Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), e foi Professora nos Programas de Graduação, Mestrado e Doutorado (FADISP). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. E-mail: carolnoura@gmail.com

SÚMARIO INTRODUÇÃO, 1. ACESSO À JUSTIÇA, 2. SERVIÇO EXTRAJUDICIAL, 3. USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA, CONSIDERAÇÕES FINAIS, REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Palavras-chave: usucapião; acesso à justiça, extrajudicial.

ABSTRACT: The issue of extrajudicial adverse possession brings together facets of two fundamental rights: the right of access to justice through procedures and mechanisms that allow for the effective resolution of the conflict and the right to formalization or titling of property, related to the right to housing or rational use of land, in which formalization allows for greater economic fluidity and protection of rights. In this sense, the article outlines the context of access to justice in Brazil, with the 1988 Constitution and waves of access, in which the pursuit of material compliance with the law implies elements that facilitate access, reduce costs and create means that are conducive to specificities and complexity of law. In the judicial way, it implies the use of its own rites, as well as allowing the extrajudicial way, and specifically notary offices, to start managing conflicts and private interests in a non-exclusive way, but regardless of judicial confirmation. The adverse possession, which was seen as an example of jurisdictional action, can now be done in the extrajudicial sphere, mixing presumptions and documentary evidence, and is configured as a form of land regularization that dispenses with incitement from the public power. Dr. Hermes, boa tarde. Conforme portaria da PRR de retorno das atividades presenciais cada gabinete deverá contar com apenas uma pessoa no horário do expediente, a partir de 07 de janeiro de 2022. A sugestão é que haja um revezamento, para isso é necessária a sua autorização no sistema para que façamos a modalidade híbrida. O ajuste no sistema ocorrerá a partir de 30/11, o senhor está de acordo, para que possamos prosseguir com os procedimentos administrativos?

Keywords: adverse possession; access to justice, extrajudicial.

INTRODUÇÃO

Um dos temas relevantes para o direito constitucional e a efetivação de direitos fundamentais é o acesso à justiça, não como mera faculdade ou possibilidade, mas com uma garantia e direito substancial. Trata-se de algo necessário à fruição de outros direitos, e, portanto, básico num Estado democrático. Nesse contexto, este artigo visa a conceituar e contextualizar a discussão do acesso à justiça no cenário nacional, relacionar com a existência de procedimentos específicos para a forma de direito pleiteada e especificamente tratar da usucapião extrajudicial ou administrativa como um desses procedimentos.

1. ACESSO A JUSTIÇA

Um primeiro aspecto deste artigo trata de conceitos relacionados com o acesso do indivíduo à justiça, partindo do próprio conceito de justiça, permeando este acesso como um direito fundamental e como é tratado na Constituição Federal de 1988. Na mesma linha, a história do pensamento humano tem considerado a Justiça como um valor, supremo e universal, do Direito.

O conceito de Justiça como retributiva, equidade, virtude, prudência, o tema é tratado desde as origens da filosofia. Neste sentido, Cichocki Neto cita alguns filósofos e seus conceitos de justiça:

Platão que considerou a justiça uma virtude fundamental, pois constitui o princípio ordenador das demais virtudes. Aristóteles qualificou-a como “virtude total” ou perfeita. Santo Agostinho afirmou consistir no amor do sumo bem e de Deus *ordo amoris*. [...] Leibniz, como a totalidade da perfeição ética.⁴²⁹

Modernamente, a justiça se associa ao direito estatal, que busca certa autonomia de moral, ética, religião e fontes transcendentais. Assim, o conceito de justiça é imprescindível à ciência jurídica, que opera com estruturas lógicas e cuja proposição fundamental é um “dever-ser”. Sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, não há como referir-se ao acesso à justiça sem se considerar o processo como um instrumento de sua realização. Nessa perspectiva, a expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo passa por aquela que obstaculiza o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos⁴³⁰.

O primeiro sentido refere-se ao acesso à justiça como um direito de ingresso em juízo. Fundamenta-se nas considerações relacionadas ao direito ou poder de exercício da ação, sem nenhuma conotação sociopolítica. Essa compreensão representou uma fase do estudo e da história do direito processual em que seus institutos, princípios e, enfim, todo o fenômeno e toda a atividade processual eram considerados por uma visão

429CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998, p 52.

430 WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, CÂNDIDO Rangel, WATANABE, Kazuo. (coords.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.

eminentemente privatista. Acesso à justiça significava o mero exercício do direito de ação⁴³¹.

Evidentemente, entendido desta forma, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se principalmente para as questões relacionadas ao Direito invocado pelo autor, na crença de que nisso se resume a distribuição da justiça. Assim, consistia numa visão unilateral, pois referida apenas à posição do autor na demanda, sem evidenciar repercussões sociopolíticas.

Uma segunda acepção trata de aspectos sociais e repercussões econômicas. Diante de uma sociedade com graves problemas e profundas desigualdades socioeconômicas, a justiça, ideal ético do ordenamento jurídico e da vida em sociedade, ganha mais do que nunca a conotação social. Eros Grau ⁴³² entende que “o termo ‘social’ (...) não é adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela se compõe como substantivo que a integra”.

Comentando o tema da justiça social, Hermes Lima projeta num quadro de seres “relacionados num processo social de que decorrem antagonismos e desigualdades”. Acrescenta, ainda, que:

Na fase social da justiça, são os problemas organizatórios de fundo – econômicos, políticos, humanos – que surgem pondo em causa não apenas as soluções legais, mas a própria estrutura da sociedade, ou aspectos desta estrutura. Aí então a justiça não se limita a resolver conflitos de conduta ou de interesses no plano da lei positiva. Aí a justiça é instrumento de mudança e de transformação. Aí a justiça é captadora de anseios e reivindicações. Aí a justiça o que propugna são causas, e não apenas sentenças. A justiça aí pensa na humanidade e não no caso particular. A justiça social atua como o sal da terra e move o espírito de liderança que conduz os acontecimentos.⁴³³

Do texto acima se destacam dois aspectos: a) a justiça social é ampla, pensa na humanidade como um todo e não no bem-estar exclusivo de certos grupos; b) questiona os problemas estruturais da sociedade e, nesta ótica, capta dilemas da sociedade contemporânea.

⁴³¹ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.

⁴³² GRAU, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed., rev. e atual. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2018., p. 249.

⁴³³ LIMA, H. *Introdução à Ciência do Direito*. 28.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 25.

Por último, o princípio da universalidade da tutela jurisdicional é, na atualidade, uma tendência universal que não se pode negar. No país foi impulsionada pela Constituição Federal de 1988, que indica que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de lesão (CF/88. Art. 5º, "XXXV"), sendo que o segundo critério era algo jurisprudencial e doutrinária, mas não normatizado.

Nesse sentido, a lei, a sentença, o ato administrativo e a justiça passam a ser considerados produtos destinados à tutela dos consumidores, isto é, dos usuários dos serviços prestados pelo Direito. Essa mudança de enfoque do acesso à justiça tem sido considerada uma verdadeira "revolução" para se expandirem os mecanismos e instrumentos de acesso ao direito e à justiça.

Indica-se que o acesso à justiça também assegura a efetividade dos demais direitos: o princípio permeia toda atividade jurídica e jurisdicional do Estado. Sua finalidade, portanto, refere-se aos indivíduos tanto quanto ao Poder. Aos indivíduos, no sentido de proporcionar-lhes um bem imanente à sua condição humana; ao Poder, por estabelecer-lhe um método de pacificação social. Isso revela que o acesso à justiça possui uma dupla dimensão: constitui um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia à realização efetiva dos demais direitos.

Nesta perspectiva, o acesso à justiça não pode ser visto como mera garantia formal de que todos possam demandar suas pretensões no Judiciário. O acesso à justiça não se restringe à mera possibilidade de ingresso em juízo e sim à realidade de efetivo acesso à justiça, o que implicaria "uma reforma que possibilite o acesso à justiça em seu duplo sentido, o lato – a justiça social – e o estrito – a possibilidade de demandar na Justiça legal, em igualdade de condições, com resultados rápidos e justos"⁴³⁴.

Como leciona Cappelletti, o acesso à justiça, além de ser um direito fundamental, é "necessariamente, o ponto central da moderna processualística"⁴³⁵. Desta forma, fala-se do direito de acesso a uma "ordem jurídica justa", efetivo acesso à justiça em seu sentido amplo, o que compreende uma série de pressupostos: a) É necessária a existência de um direito material legítimo e voltado à realização da justiça social; b) Uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com a plena realização do

434 BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é Justiça*. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense. 1984, p. 64.

435 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 13.

direito; **c) Instrumentos processuais que permitam a efetividade do** direito material;^{D)} EFETIVAS GARANTIAS AO PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO E a plenitude da concretização da atividade jurisdicional; além de um Poder Judiciário em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender às demandas que lhe são apresentadas⁴³⁶.

NO ENTANTO, JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte que assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social num sistema de base capitalista e, portanto, de feição individualista, é tarefa das mais difíceis. Isto porque a justiça social depende da ³⁵²quitativa distribuição da riqueza. Chama a atenção para ao fato de que:

Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da **apropriação PRIVADA DOS MEIOS DE PRODUÇÃO, NÃO PROPICIA EFETIVA JUSTIÇA SOCIAL, PORQUE NELE SEMPRE SE MANIFESTA** grande diversidade de classe social, com **AMPLAS CAMADAS DE POPULAÇÃO CARENTE AO LADO DE MINORIA afortunada. A história mostra que a injustiça é** inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. [...] O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumento de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. ⁴³⁷

Com a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004^o devido processo legal passou a incorporar a razoável duração do processo (art. 5^o, LXXVIII), que ressalta o aspecto material da prestação jurisdicional. Já O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 trouxe mais parâmetros para acesso à justiça, notadamente direito a decisão satisfativa do direito material (art. 4^o) e ampliação do conceito de gratuidade de justiça (art. 98) e da busca da solução consensual de conflitos, não necessariamente na via jurisdicional (art. 3^o).

Tais princípios se coadunam com tratados internacionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica⁴³⁸. Assim, *o acesso à Justiça pode ser vislumbrado sobre diversos aspectos, que seriam barreiras ou empecilhos, ou mesmo como ondas, em que ajustados problemas visíveis surgem novas demandas. Sob o ponto de vista de barreiras*⁴³⁹ *pode-se mencionar os custos para pequenas lides, incluindo a assistência de profissionais, o tempo*

⁴³⁶ XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. *Direito alternativo: uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta*. Curitiba: Juruá, 2002.

⁴³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 721.

⁴³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 628.

⁴³⁹ MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *A desjudicialização da usucapião imobiliária*. 2016. 477 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 37.

para solução de demandas, desigualdade técnicas-financeiras entre as partes, predomínio de litigantes habituais e falta de estímulo para solução de demandas em função de informação, dificuldade em identificar beneficiados ou prejudicados.

Em termos de ondas de acesso à Justiça⁴⁴⁰, a primeira seria a universalização do acesso por meio de justiça gratuita, a segunda é a criação de meios para tratar demandas, a segunda envolve criar procedimentos ou juízos especializados e a terceira a questão de abertura a demandas não meramente individuais. São ondas no sentido de que a implementação de uma gera subsídios ou cria oportunidades para que outra se torne viável.

A terceira onda envolve a questão de justiça multiportas e o reconhecimento de que outros meios de solução de conflito podem ser mais adequados para determinados conflitos. Destacam-se a jurisdição voluntária, a desjudicialização, a autocomposição, e, tal como analisado nesse trabalho, a maior evidencia de procedimentos extrajudiciais e ajustes no funcionamento do sistema de Justiça⁴⁴¹.

Associada a mudanças paradigmáticas, destacam-se mudanças técnicas ou em procedimentos que permitem maior celeridade e eficácia para procedimentos. Pode-se mencionar o processo eletrônico⁴⁴², ou digitalizado, a previsão constitucional para juizados voltados para causas menos complexas e procedimentos especiais, como os de jurisdição voluntária. Nesse sentido, nas mudanças de procedimentos e práticas na esfera

440 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 90. Disponível em <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em 27. jul. 2021.

441 "Dada sua orientação ao mesmo tempo cumulativa e inovadora, os estudiosos caracterizaram-no como um movimento em três "ondas". A primeira, esteve ligada à demanda por assistência judicial gratuita, de modo a ampliar o acesso dos pobres ao sistema de justiça. A segunda, por sua vez, relacionou-se com a adoção de novos procedimentos no âmbito do processo civil tradicional para permitir a representação legal de interesses de natureza coletiva, ao mesmo tempo em que surgiam agências governamentais e não governamentais de defesa dos direitos. A terceira, finalmente, refere-se às reformas na estrutura, na organização e no funcionamento do sistema de justiça que reforçaram e ampliaram o alcance das "ondas" anteriores." (CAMPOS, André; AQUINO, Luseni. Os vinte anos da Constituição Federal de 1988 e a promoção do acesso à justiça no Brasil. *In*: Políticas Sociais: acompanhamento e análise. n. 17, vol. 3, IPEA, Brasília, 2015, p. 21).

442 SILVA, Queli; SPENGLER, Fabiana. *O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico*. EspaçoJurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 131-148, jan./jun. 2015, p. 143. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejvl.v16i1.2555>. Acesso em 26/08/2021.

judicial, como também a admissão de que procedimentos não jurisdicionais podem ser meios aptos e eficientes.

Neste artigo, tratamos de uma via de acesso que é a extrajudicial em serventias, e sua utilidade em composição de conflitos privados, apenas em relação a usucapião, existindo inúmeros direitos alcançados por intermédio dos serviços desenvolvidos por Notários e Registradores com a celeridade, segurança e capilaridade característica da atividade, que não foram abarcados.

2.SERVIÇO EXTRAJUDICIAL

Os cartórios ou serventias extrajudiciais contêm um conceito legal e constitucional de delegação de serviços de registros públicos e notariais a pessoas físicas particulares nacionais (Constituição Federal [CF]/1988, art. 236, Lei 8935/1994443) que prestam um serviço público não material, no sentido de materialização de atos jurídicos⁴⁴⁴. São estruturas administrativas, em regra privadas especialmente depois da CF/88, que estabeleceu o regime privado em regra, aceitando a manutenção de cartórios oficializados em estados que mantinham tal situação (ADCT, art. 32445).

Os serviços extrajudiciais ganharam estatura constitucional na CF/88, art. 236, e abarcam os registros públicos e serviços notariais, em que os primeiros guardam dados e documentos concernente a relações privadas, por força de lei⁴⁴⁶, e os segundo, captação

443 Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

444 "Em suma, o serviço notarial é um serviço de utilidade pública ou de relevância pública, que é aquele que a Administração reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 226)

445 ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores.

446 "Embora esteja previsto, no artigo 236 da Carta Federal, o exercício em caráter privado da atividade notarial e de registro, não há conceito constitucional fixo e estático de registro público. Ao reverso, no § 1º do mesmo dispositivo, estabelece-se que compete à lei ordinária a regulação das atividades registrais. O registro público é ato jurídico de caráter marcadamente formal, pois, ao contrário de outros como os de permuta, doação ou transação, hoje também regulados em lei ordinária, não preexiste a uma ordem jurídica positivada, tal como atualmente presente na sociedade moderna. (...) Em princípio, pode o legislador definir os atos jurídicos sujeitos a registro nas serventias extrajudiciais, em especial quando, após analisar o custo-benefício, verifica que a transcrição do título não traz segurança adicional suficiente ao ato

de vontade em negócios jurídicos. Algo comum em todos os serviços tratados é caráter adjetivo do direito⁴⁴⁷, uma vez que os atos registrares e notariais visam a instrumentar direitos materiais, em regra oriundos de particulares.

Sobre a natureza jurídica dos serviços, particularmente os registrares, a generalidade da doutrina o considera um serviço público e um particular em colaboração com o Estado. Indica-se que nem tudo que o Estado faz pode ser considerado serviço público, da mesma forma que não só o que o Estado faz é serviço público. O Estado regulador que não interfere diretamente no cenário econômico, abre um leque maior para essa possibilidade.⁴⁴⁸ No caso dos cartórios a regulação, mais precisamente controle e fiscalização, ocorre por meio do Poder Judiciário:

Há delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou contrato público), ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado preste ao público em seu nome e por conta e risco, nas condições regulamentadas e sob controle estatal.⁴⁴⁹

Uma heurística de eficiência envolve problema que pode ser solucionado de formas distintas, e, nesse sentido, geram incentivo a que se busquem otimizações. Por exemplo, se o Poder Judiciário e o legislador criam caminhos e expectativas que podem ser satisfeitas em cenários que ocorrem com maior parte das situações, e se valem de interpretação ampliativa quanto à utilidade, limitações legais⁴⁵⁰. Nesse sentido, uma

para compensar a burocracia e os ônus impostos às partes sujeitas ao cumprimento da obrigação.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4227/DF, Voto Relator Ministro Marco Aurélio, p. 21-22, Dje 31/03/2016.)

447 MIRANDA, Marcone Alves. *A importância da atividade notarial e de registro no processo de desjudicialização das relações sociais*. In *Ciência Jurídica*, v. 24, n. 151, p. 131-162, jan./fev. 2010, p. 158.

448 CF/88 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

449 VALÉRIO, Alexandre Scigliano. *Privatização do serviço notarial e registral: direito e economia*. Revista de direito imobiliário (São Paulo), v. 31, n. 65, p. 235-274, jul./dez. 2008, p. 246.

450 Por exemplo, o Provimento nº 53/2021 da Corregedoria Geral de Justiça do TJGO, que altera o Código de Normas e Procedimentos do Foro Extrajudicial (parágrafo 1º, artigo 409) e prevê que “havendo nascituro ou filho incapaz, será permitida a lavratura da escritura pública mencionada, desde que devidamente comprovada a resolução judicial definitiva de todas as questões referentes à guarda, visitação e alimentos, o que deverá ficar consignado no corpo da escritura”. Trata-se de forma de garantir maior amplitude de procedimentos em cartório e interpretação ampliativa do art. 733 do CPC (“O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes

forma de o Estado ser mais eficiente é permitir que soluções alternativas ao usual (atuação direta), ocorram por meio da participação de particulares e uso de técnicas, tecnologias adequadas sejam utilizadas, mesmo que referente a classe específica de problemas, desde que garantam requisitos como informação adequada, transparência e redução de custos de transação.

Com a evolução, o serviço público passou a ser associado ao que pode ser titularizado, mesmo que não prestado diretamente, pela administração pública. Nesse sentido, há que se identificar conceito de administração, formal versus material, subjetivo versus objetivo. Um conceito subjetivo⁴⁵¹ de administração pública, associado a titularidade, poder de império e prerrogativas é o utilizado no trabalho para criar oposição à execução por serventias extrajudiciais e outros particulares.

Nesse contexto, há também serviços públicos que atendem a necessidades da coletividade, mas não compõe o núcleo central do estado (produção de lei, tributar, jurisdição no sentido restrito de decidir) e que podem ser feitas pelo Estado, no Brasil autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, ou por quem a atribuição é delegada (concessionárias, permissionárias ou autorizados⁴⁵²). Em regra, o serviço é prestado mediante a remuneração (contraprestação), mas eventual auxílio estatal em pecúnia, bens, restrição a entrada de outros (monopólio regulado), sendo que o Estado continua sendo o titular, o que significa que pode revogar as concessões, autorizações e estabelecer padrões mínimo ou de qualidade.

3.USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA

Uma atividade de efetiva repercussão para particulares é a gestão do direito à propriedade, e mais especificamente aquela que é titulada e possui as garantias registrarias. No Brasil, há um histórico de propriedade não legalizada, ou seja, não titulada. As origens históricas remontam ao regime de sesmarias e formas de desvalorização da

e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731”).

⁴⁵¹ “(...) ao utilizar-se a expressão Administração Pública no sentido subjetivo, compreende-se não só o Poder Executivo, mas toda a estrutura estatal, por meio da qual o Estado busca a realização dos seus fins. Portanto, integram a chamada Administração Pública além do Poder Executivo, também os Poderes Legislativo e Judiciário. O âmbito de atuação também abrange as três esferas de governo: federal, estadual e municipal.” (LOSSO, Marcelo Ribeiro. Impacto da violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre o estado e os particulares. 2013. Tese, doutorado em direito - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013, p. 23.)

⁴⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 318.

propriedade, tanto que a primeira lei de terra e propriedade é de 1850⁴⁵³. A Lei de terras de 1850 também conceituou o que seriam terras devolutas⁴⁵⁴, que são aquelas que não puderam ser aproveitadas ou medidas e seriam devolvidas à propriedade pública.

Por outro lado, a função social da propriedade, tanto urbana como rural, vem disciplinada de forma específica sendo que a primeira atende sua função quando atende ao plano diretor (CF/88, art. 182, §2º), e a segunda conforme art. 186 traz quatro critérios para o cumprimento da função social de uma propriedade rural, quais sejam: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada de recursos naturais e preservação do meio-ambiente, observância de disposições da legislação do trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Nesse contexto, a formalização tem o condão de auxiliar ou incentivar o cumprimento da função social, uma vez que delimita, especifica a propriedade e indica ou demanda o cumprimento de requisitos legais, como o Cadastro Ambiental Rural. Também por ser titulada, pode mais facilmente sofrer restrições como penhoras, indisponibilidade, o que também corrobora com a legalização. A formalização também age como mecanismo que facilita a circulação da propriedade e, conseqüentemente, a fruição da sua função social, por meio de redução de custos de transação em virtude da redução da assimetria informacional⁴⁵⁵. Pelo princípio da concentração no fôlio real, insculpido na

453 ROSAS, CibelleManfron Batista. *O problema fundiário decorrente do sistema de aquisição territorial no Brasil e a usucapião extrajudicial como instrumento facilitador da regularização imobiliária*. 2018. Dissertação (Mestrado em direito) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, 2018, p. 27.

454 "Art. 14. Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóradella, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes:(...)§ 2º Assim esses lotes, como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço mínimo, fixado antecipadamente e pago á vista, de meio real, um real, real e meio, e dous réis, por braça quadrada, segundo for a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras."

455 "[...] como exemplos a serem evitados, noticia Nicolas Nogueroles, importante registrador imobiliário de Barcelona e Professor da Universidade local (Ramon Lull-Esade), que, ao tentar adquirir imóvel em Moscou para instalação da futura sede do Instituto Cervantes, a Espanha tentou sem êxito saber com segurança a identidade do verdadeiro proprietário. Impossibilitada de concluir a operação, ao final, optou por adquirir outro imóvel, não sem incorrer em elevados custos para investigar a propriedade imobiliária. Com alguma frequência, mais do que o desejável, diga-se, empresas hoteleiras que operam na América Latina se veem obrigadas a pagar várias vezes o valor de uma mesma propriedade para diferentes pessoas que alegam possuir títulos contraditórios de propriedade. Mesmo na Europa, suspendeu a União Europeia financiamento destinado a construção da Corte de Apelação da Albania, diante da impossibilidade de se determinar com segurança quem fosse o titular da propriedade." (RODRIGUES, Marcelo Guimarães.

obrigatoriedade do registro das mutações objetivas e subjetivas atinentes direitos reais⁴⁵⁶, e mesmo ineficácia perante terceiros de atos não inscritos (art. 54 da lei 13.097/2015)

Todavia, o proprietário desidioso, ou mesmo possuidor, que abandona sua propriedade, pode se encontrar na situação de outro exercer direitos, a posse, como se proprietário fosse e especialmente adequando-o à função social⁴⁵⁷. Nesse caso, a propriedade, que é um direito destinado, em regra, a ser perpétuo, cede espaço à inércia do proprietário de direito, para privilegiar o posseiro que age como proprietário durante um lapso temporal considerável, e de forma a cumprir com a função social.

A usucapião, também chamada de prescrição aquisitiva, se trata de forma originária de aquisição de propriedade, por "por meio da comprovação do exercício da posse qualificada por lapso temporal pré-estabelecido, sendo que a posse deve ser mansa, pacífica, ininterrupta, sem oposição e com ânimo de dono"⁴⁵⁸.

Deve-se mencionar que a CF/88 veda usucapião de bens públicos, e a legislação tributária veda renúncia de impostos. Todavia, a situação de fato consolidada pode ensejar na desnecessidade de apuração de eventuais impostos de transmissão, e mesmo os

Registros públicos: visão geral, aspectos relevantes, importância para a democracia. 2013. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/702/1/palRM-REG.pdf>>. Acesso em: 10/08/2021.)

456Lei nº 6.015/1973 Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, "inter-vivos" ou "mortis causa" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

457"Todo bem, móvel ou imóvel, deve ter uma função social. Vale dizer, deve ser usado pelo proprietário, direta ou indiretamente, de modo a gerar utilidades. Se o dono abandona esse bem; se se descuida no tocante à sua utilização, deixando-o sem uma destinação e se comportando desinteressadamente como se não fosse o proprietário, pode, com tal procedimento, proporcionar a outrem a oportunidade de se apossar da aludida coisa. Essa posse, mansa e pacífica, por determinado tempo previsto em lei, será hábil a gerar a aquisição da propriedade por quem seja seu exercitador, porque interessa à coletividade a transformação e a sedimentação de tal situação de fato em situação de direito. À paz social interessa a solidificação daquela situação de fato na pessoa do possuidor, convertendo-a em situação de direito, evitando-se, assim, que a instabilidade do possuidor possa eternizar-se, gerando discórdias e conflitos que afetem perigosamente a harmonia da coletividade. Assim, o proprietário desidioso, que não cuida do que é seu, que deixa seu bem, em estado de abandono, ainda que não tenha a intenção de abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo-se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante o tempo previsto em lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se sua fosse" (SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. 3º ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30-31.)

458 DANTAS, Marcus. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. RIL – Revista de Informação Legislativa. Ano 50. n. 197. Brasília: Senado Federal/Secretaria Especial de Editoração e Publicações/Subsecretaria de Edições Técnicas. Jan-Mar, 2013, p.35.

terrenos públicos, mediante leis ou procedimentos específicos podem ser outorgados a particulares. Um exemplo desses procedimentos é legitimação de posse (art. 47) da Lei 11977/2009⁴⁵⁹, com nova roupagem na lei da Regularização Fundiária Urbana (REURB - Lei nº 13.465/2017), que se assemelha ao reconhecimento de usucapião de bem público, mas diferencia-se pela iniciativa e condicionamentos legais, basicamente que depende da iniciativa do poder público, por meio de auto de demarcação urbanística, que define área e limites do eventual projeto de regularização fundiária. É importante mencionar a legitimação de posse, pois esta desemboca na primeira versão da usucapião, em que o título de legitimação e lapso temporal de 5 anos permite o registro e conversão da posse em propriedade (art. 26 da lei do REURB).

Outra forma de usucapião não típica é a usucapião tabular⁴⁶⁰, que ocorre pelo saneamento de irregularidade em registros de títulos que tiveram ingresso no registro de imóveis competente, convalidando-se falhas no registro e permitindo a manutenção da cadeia dominial e segurança jurídica. Há entendimento, que tal modalidade não poderia ser abarcada pelo extrajudicial, igualmente excluída aquela de rito especialíssimo prevista na Lei 11.977/2009⁴⁶¹.

Ocorre que a usucapião é notadamente utilizada para conversão de posse qualificada em propriedade em relação a imóveis particulares. Nesse sentido, é também

459 "A usucapião extrajudicial surgiu, num primeiro momento, com a Lei 11.977/2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Todavia, a implementação da usucapião extrajudicial pela Lei 11.977/2009 teve efeitos bastante limitados, uma vez que foi prevista única e exclusivamente para regularização fundiária urbana, envolvendo um procedimento administrativo bastante complexo." (ROSAS, Cibelle Manfron Batista. *O problema fundiário decorrente do sistema de aquisição territorial no Brasil e a usucapião extrajudicial como instrumento facilitador da regularização imobiliária*. 2018. Dissertação (Mestrado em direito) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, 2018, p. 70.)

460 "O reconhecimento da usucapião tabular dar-se-á de forma incidental, verdadeiro e atípico incidente processual à ação em que a nulidade de pleno direito do título translativo de propriedade foi proclamada (lembre-se que não se está discutindo tal nulidade de pleno direito em sede de ação direta), objeto de arguição pelo atingido (SIC – § 1º do artigo 214 da Lei n.º 6.015/73), sem, à evidência, a angularização plúrima própria da ação de usucapião." (LOTTI, Armando Antônio. *Breves notas sobre a intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião e o chamado usucapião tabular*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 70, p. 76.)

461 SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral Imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Volume I. Curitiba: Juruá, 2017, p. 448.

reconhecida como meio de regularização fundiária, e que possui o condão de não depender diretamente da iniciativa do Poder Público.

Especificamente a usucapião administrativa ou extrajudicial propriamente dita surge com o CPC/2015 como meio alternativo à jurisdição, e que pretende ser uma forma mais célere e eficiente de reconhecimento do direito⁴⁶².

Trata-se de uma alternativa à jurisdição típica, em uma ação na qual se exigia intervenção judicial e citação dos Poderes dos níveis municipais, estadual e federal, intervenção do Ministério Público. Na versão extrajudicial exige-se consenso⁴⁶³, ou não manifestação de dissenso, daqueles listados como proprietários tabulares e não oposição dos entes públicos.

Além do CPC, houve regulação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com fulcro em poder normativo derivado diretamente da CF/88 (art. 103-B, §4º, I) que regulamentou aspectos práticos da usucapião em serventias extrajudiciais por meio do Provimento CNJ nº 65/2017. A regulamentação indica a necessidade de ata notarial, que é um meio de prova, em que o notário especifica a modalidade de usucapião pretendida, busca e narra provas e documentos que demonstrem a existência da posse e ainda, em regra, faz diligência in loco para verificação de benfeitorias e da função social da posse, assim a mesma juntamente com um requerimento feito pelo advogado responsável formará um processo administrativo que é capitaneado pelo oficial de registro de imóvel da

462 "A alternativa do procedimento extrajudicial da usucapião, instituída pelo Novo Código de Processo Civil, além de empregar agilidade e celeridade na regularização imobiliária, tem sido vista como um importante instrumento facilitador de alcance do direito da propriedade, direito este garantido pela Constituição Federal brasileira." (SOAR, Hermano. *O processo de desjudicialização da usucapião: perspectiva da atividade do oficial de registro de imóveis*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016, p. 77)

463 "No Novo Código de Processo Civil, o artigo 1.085 (versão mais recente aprovada pela câmara) prevê o reconhecimento extrajudicial do Usucapião também diretamente no Registro de Imóveis da Comarca em que se situa o imóvel usucapiendo. Para tanto, introduz o artigo 616-A na LRP, que exige: a) ata notarial: lavrada pelo Tabelião da Circunscrição de localização do Imóvel, contendo (i) o tempo de posse do requerente; (ii) a depender do caso, o tempo de posse dos antecessores e (iii) circunstâncias; b) Planta e memorial descritivo do profissional legalmente habilitado, com responsabilidade técnica e registro no respectivo Conselho de Fiscalização profissional, e pelos confinantes, titulares de domínio. c) Certidões Negativas dos Distribuidores da Comarca da Situação do Imóvel e do domicílio do requerente; d) Justo Título ou outra documentação que comprove: (i) origem da posse, (ii) continuidade, (iii) natureza e tempo; ex.: pagamento de impostos e taxas." (KÜMPEL, Vitor Frederico. *O novo Código de Processo Civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização*. Migalhas, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048-O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>>. Acesso em: 10/08/2021.)

circunscrição do imóvel. Ou seja, utiliza-se um meio de prova (ata notarial) e combina-se com um procedimento administrativo que permite intimação e complementação ou esclarecimento de informações.

Parte também da criação de algumas presunções que permitem que o procedimento siga em frente, a exemplo da coleta das certidões de distribuição de feitos ajuizados como forma de provar ausência de litígio⁴⁶⁴, assim como esclarece que podem ser objeto de usucapião áreas matriculadas ou sem matrículas.

Isso significa que a usucapião extrajudicial pode atingir imóveis particulares matriculados, área de posse e eventualmente terras devolutas não tituladas. Há presunção de que terras devolutas não tituladas não são bens públicos⁴⁶⁵, e por isso passíveis de usucapião, desde, obviamente, que não haja oposição do ente estatal.

Já a Lei nº 13.564/2017 simplificou o procedimento de notificação, especialmente se os confinantes são condomínio edilício e a citação por edital, válida somente para titulares de direitos reais (Lei 6015/1973, art. 216-A §2º e §4º). Ademais, tal norma criou a

464"Assim, por exemplo, se as divisas do imóvel usucapiendo forem respeitadas pelos confinantes e algum deles não impugnar nem manifestar concordância expressa, não haverá prejuízo, nada justificando a remessa dos autos para a autoridade judicial competente, porque a presunção de discordância ficará arredada pela prova. Por outro lado, diante da inexistência de feitos ajuizados contra o requerente ou seus antecessores, e havendo prova, quantum satis, demonstrando haverem sido preenchidos os requisitos da usucapião, a ausência de impugnação do titular de domínio ou de qualquer demanda judicial afasta qualquer presunção de litígio, razão pela qual também aqui não se justificará a remessa do feito à via judicial, *tout court*, ainda que, pessoalmente notificado, tenha ele permanecido inerte." (MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *A desjudicialização da usucapião imobiliária*. 2016. 477 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 385.)

465"EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE USUCAPIAO - FAIXA DE FRONTEIRA - TERRAS DEVOLUTAS - REQUISITO PRESCINDÍVEL - CARACTERIZAÇÃO - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ - IMPOSSIBILIDADE.

1. - O aresto combatido está todo lastreado no exame da prova, conforme bem ressaltou o Acórdão, o fato de estar localizado em zona de fronteira, por si só, não o caracteriza como terra devoluta. Por consequência lógica, não aplicou ao caso as normas infraconstitucionais invocadas no recurso ora em exame, uma vez que não restou caracterizada a condição de terra devoluta, tal como definido e disciplinado nos referidos diplomas legais. Assim sendo, para se infirmar tal conclusão necessariamente se teria que reexaminar o conjunto probatório, o que é inviável (Súmula 07 do STJ).

2. - A simples circunstância da área objeto de litígio estar localizada na faixa de fronteira, por si só, não a torna devoluta, nem autoriza inclusão entre os bens de domínio da União. Súmula 83.

3. - Recurso Especial improvido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial(REsp) 736742/SC, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23/11/2009.)

presunção de que o silêncio do notificado, que se queda inerte pelo prazo de 15 dias, implica em concordância tácita.

Ainda, temos a denominada usucapião familiar, instituída pela Lei 12.424/11, que alterou o código civil através do art. 1.240-A, compreendemos que deve ser aplicado com ressalvas, pois o próprio conceito de abandono do lar é controverso, e há questões subjetivas envolvidas. Nesse sentido, ressalta-se que em tese toda forma de usucapião pode ser pleiteada extrajudicialmente, mas deve-se instruir com provas adequadas e idôneas.

No mesmo sentido, menciona-se que o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o REsp 1.631.859-SP, firmou entendimento de que é possível a herdeira usucapir, em seu nome, imóvel objeto da herança, desde que presentes os requisitos legais da usucapião extraordinária, e que a posse tenha sido exercida exclusivamente pela herdeira como se dona fosse⁴⁶⁶.

No caso da usucapião extrajudicial, os requisitos como posse exclusiva, tempo de posse devem ser documentalmente provados, não basta a simples alegação de testemunha em ata notarial. Isso ocorre porque o poder decisório do oficial de imóveis é limitado, não

466“EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. HERDEIRA. IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO POR CONDÔMINO SE HOUVER POSSE EXCLUSIVA. 1. Ação ajuizada 16/12/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança, ocupado exclusivamente por um dos herdeiros. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 4. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02). 5. A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio pro indiviso sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02. 6. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. 7. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão – o outro herdeiro/condômino –, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem. 8. A presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp)nº 1.631.859 - SP (2016/0072937-5), Relatora Min. NancyAndrighi–3ª Turma,DJe: 29/05/2018.)

sendo apenas algo formal, mas não lhe permite dilação probatória⁴⁶⁷, como ocorre em atividades de jurisdição. É assegurado, todavia, que dê continuidade ao procedimento em caso de impugnações infundadas ou genéricas. Aliás, seria direito subjetivo do requerente exigir a continuidade em tais casos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, se demonstra que o serviço extrajudicial em cartório é uma forma eficiente para realizar o acesso à justiça e direitos fundamentais. Tratou-se especificamente o direito à propriedade privada titulada que pode ser obtida por meio da usucapião extrajudicial em petição individual, sem a dependência de plano de regularização e iniciativas do poder público. As provas são tarifadas e documentais, mas permitem o equacionamento de uma gama de problemas, sendo um procedimento ajustado às peculiaridades e que se coaduna com formas de demandar não estritamente jurisdicionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é Justiça*. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984.

CAMPOS, André; AQUINO, Luseni. *Os vinte anos da Constituição Federal de 1988 e a promoção do acesso à justiça no Brasil*. In: Políticas Sociais: acompanhamento e análise. n. 17, vol. 3, IPEA, Brasília, 2015

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. Disponível em <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em 27. jul. 2021.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed., rev. e atual. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2018.

⁴⁶⁷"Ressalta-se, entretanto, que está ampliação da atividade cognitiva dos registradores não os eleva ao mesmo patamar dos magistrados. Os oficiais de Registros de Imóveis não possuem o mesmo poder decisório peculiar à atividade dos Juízes de Direito." (ROSAS, CibelleManfron Batista. *O problema fundiário decorrente do sistema de aquisição territorial no Brasil e a usucapião extrajudicial como instrumento facilitador da regularização imobiliária*. 2018. Dissertação (Mestrado em direito) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, 2018 p. 79.)

KÜMPEL, Vitor Frederico. *O novo Código de Processo Civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização*. Migalhas, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048-O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>>. Acesso em: 10/08/2021.

LIMA, H. *Introdução à Ciência do Direito*. 28.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

LOTTI, Armando Antônio. *Breves notas sobre a intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião e o chamado usucapião tabular*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 70.

MEDAUAR, Odete. *Serviço público*. Revista de Direito Administrativo (RDA), 189, p. 102, jul/set. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *A desjudicialização da usucapião imobiliária*. 2016. 477 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MENDES, Wesley Figueiredo. *A gestão dos serviços públicos de cartórios extrajudiciais face os postulados teóricos da teoria procedimental da democracia: a busca pela democratização*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018.

MIRANDA, Marcone Alves. *A importância da atividade notarial e de registro no processo de desjudicialização das relações sociais*. Ciência Jurídica, v. 24, n. 151, p. 131-162, jan./fev. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Maiara Sanches Machado. *Desjudicialização da aquisição originária da propriedade por meio da usucapião extrajudicial como forma de acesso à cidadania: interfaces necessárias entre direito da moradia e cidadania*. 2018. Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Registros públicos: visão geral, aspectos relevantes, importância para a democracia*. 2013. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/702/1/palRM-REG.pdf>>. Acesso em: 10/08/2021.

ROSAS, CibelleManfron Batista. *O problema fundiário decorrente do sistema de aquisição territorial no Brasil e a usucapião extrajudicial como instrumento facilitador da regularização imobiliária*. 2018. Dissertação (Mestrado em direito) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, 2018.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

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

SILVA, Queli. SPENGLER, Fabiana. *O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico*. Espaço Jurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 131-148, jan./jun. 2015, p. 143. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v16i1.2555>. Acesso em 26/08/2021.

SOAR, Hermano. *O processo de desjudicialização da usucapião: perspectiva da atividade do oficial de registro de imóveis*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. *Direito alternativo: uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta*. Curitiba: Juruá, 2002.

VALÉRIO, Alexandre Scigliano. *Privatização do serviço notarial e registral: direito e economia*. In Revista de direito imobiliário (São Paulo), v. 31, n. 65, p. 235-274, jul./dez. 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, CÂNDIDO Rangel, WATANABE, Kazuo. (coords.). Participação e processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral Imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017*. Volume I. Curitiba: Juruá, 2018.

DA IMPORTÂNCIA DO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE E DA MATERNIDADE SOCIOAFETIVA

RODRIGO ALVES ZAPAROLI:

Advogado; Professor; Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.⁴⁶⁸

RESUMO: O presente trabalho se prestará a discorrer sobre a importância do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça para o reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetiva, sendo que a análise proposta já levará em consideração as alterações proporcionadas pelo Provimento nº 83/2019 do CNJ, que acabou por alterar a Seção II, do Provimento nº 63, que trata especificamente da paternidade socioafetiva. Por fim, esclarecemos que durante o estudo, além de nos reportarmos à legislação e doutrina inerentes ao tema, abordaremos questões intrínsecas à aplicação prática do Provimento ante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

PALAVRAS-CHAVE: Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça; Paternidade e maternidade socioafetiva; Provimento nº 83/2019 do CNJ.

Nos últimos anos nossa sociedade passou por uma série de transformações, que modificaram inclusive a forma como definimos o parentesco, este que, como instituto jurídico, teve que se adaptar aos novos valores previstos pela Constituição Federal, modelando-se à nova feição solidária de família.

Ao adequar-se ao texto constitucional, o artigo 1.593 do Código Civil, reconheceu que, tanto as relações naturais quanto civis, seriam definidas como parentesco, ou seja, tal alteração permitiu com que o parentesco não fosse mais definido estritamente por origens biológicas, admitindo-se, por consequência, a possibilidade de se reconhecer o parentesco com base na socioafetividade.

Ao discorrer sobre o tema, Milton Paulo de Carvalho Filho, leciona que:

“O dispositivo classifica o parentesco, distinguindo os que resultam da consanguinidade do que tenha outra origem. De acordo com a regra em

468 E-mail: rodrigozaparoli@hotmail.com

exame, o parentesco civil é todo aquele que não tem origem biológica. Recorde-se, porém, que o art. 227, §6º, da CF assegura igualdade aos filhos havidos ou não do casamento. O termo 'outra origem', usado pelo legislador, admite como fontes de parentesco os casos de reprodução artificial e as relações socioafetivas, sem vínculo biológico ou de adoção"⁴⁶⁹.

Tamanha a notoriedade do assunto, que foi ele debatido ao longo da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, dando origem ao Enunciado 103, que assim prescreve:

"O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho"⁴⁷⁰.

Portanto, observa-se nitidamente que a previsão constante do artigo 1.593 do Código Civil nos permite admitir a construção e reconhecimento da parentalidade resultante da consanguinidade, bem como de outras origens, dentre as quais destacamos a socioafetiva. Tal constatação também se fez presente nas lições edificadas por Maria Helena Diniz, que ao conceituar parentesco, assim prescreveu:

"Parentesco é a relação vinculatoria existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo"⁴⁷¹.

Com efeito, a filiação socioafetiva consubstancia-se no reconhecimento da posse de estado de filho, que, resumidamente, consiste na crença da condição de filho baseada em

469 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; Coordenação Cezar Peluso. – 16 ed., rev. e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2022, p. 1.733.

470 Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acessado em: 13/02/2023.

471 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 505.

laços afetivos, ou seja, o vínculo não se estabelece com o nascimento, mas sim por vontade das partes⁴⁷².

Nessa esteira, valioso informar que são considerados aspectos hábeis a ensejar o reconhecimento da posse de estado de filho: o trato, o nome e a fama.

No que tange ao trato, este caracteriza-se quando a pessoa é tratada como filho, ou seja, ela é criada, educada e apresentada como filho pelo pai e/ou mãe socioafetivos.

Por sua vez, o nome evidencia-se quando o filho utiliza e se apresenta perante a sociedade com o nome da família, aceitando-se também o chamar de pai, mãe e/ou filho entre os membros da família e comunidade.

Ao final, a fama, consolida-se nas hipóteses em que o filho é reconhecido pela sociedade como integrante, pertencente à família de seus pais⁴⁷³.

Expostos os aspectos hábeis a ensejar o reconhecimento da posse de estado de filho, relevante se faz informar que tal posse, no decorrer da III Jornada de Direito Civil, foi expressamente reconhecida como hábil a constituir modalidade de parentesco civil, conforme se extrai da leitura do Enunciado 256, que assim dispôs: "*A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil*"⁴⁷⁴.

Diante disso, resta inconteste que a doutrina e jurisprudência pátria prestigiam a chamada posse de estado de filho, sendo, como enfatiza Rolf Madaleno, "*marco deste reconhecimento*", o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 898.060/SP, que fixou a tese de que:

"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais"⁴⁷⁵.

472 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 428.

473 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 428.

474 Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acessado em: 15/02/2023.

475 MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 164 e 165.

Isto posto, é inquestionável que nosso ordenamento passou a dar expressiva importância aos laços de afeto edificados entre pessoas, sendo fundamental para a família atual a integração de pais e filhos por meio do sentimento da afeição⁴⁷⁶.

Nesse contexto que, a Corregedoria Nacional de Justiça, no âmbito de sua competência regimental, em 14 de novembro de 2017, editou o Provimento nº 63 do Conselho Nacional da Justiça.

Referido provimento, que foi posteriormente alterado pelo Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019, é de grande importância para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, vez que permitiu o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas maiores de 12 anos perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais (Prov. 63, art. 10).

Isso mesmo, o Provimento em questão foi de grande valia ao reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetiva, pois o tornou mais célere e acessível, valendo-se para tanto da via extrajudicial dos oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Urge enfatizar que o reconhecimento voluntário previsto pelo Provimento será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação (Prov. 63, art. 10, §1º). Ademais, o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva, não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, em conformidade com o que estabelece o artigo 15 de referido Provimento.

Quanto ao reconhecimento pela via extrajudicial sobredita, poderá ele ser requerido por maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil (Prov. 63, art. 10, §2º), não sendo possível o reconhecimento entre irmãos e ascendentes (Prov. 63, art. 10, §3º), devendo ser o pretense pai ou mãe ao menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido (Prov. 63, art. 10, §4º).

No que tange especificamente ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva pelos oficiais de registro civil das pessoas naturais, para ser reconhecida, tal paternidade ou maternidade deverá ser estável e exteriorizada socialmente (Prov. 63, art. 10-A), competindo ao registrador atestar a existência do vínculo afetivo mediante apuração objetiva por meio da verificação de elementos concretos (Prov. 63, art. 10-A, §1º).

476 DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997, p. 19.

Para tanto, determina o Provimento nº 63, alterado pelo Provimento nº 83, em seu artigo 10-A, que:

“§2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

§3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

§4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento”⁴⁷⁷.

Ao efetuarmos a leitura dos trechos do Provimento acima transcritos, resta inegável a responsabilidade atribuída ao oficial de registro civil de certificar-se da real existência do vínculo afetivo, tanto é que referido Provimento, no §2º de seu artigo 10-A, arrola a título exemplificativo uma série de documentos que poderão ser utilizados pelo oficial para apurar objetivamente a presença do vínculo de afeto.

Não bastassem as cautelas sobreditas, que, conforme narrado, se prestam a comprovar a existência do vínculo afetivo, o artigo 11 do Provimento nº 63 também impõe a obrigatoriedade de o oficial de registro civil coletar alguns documentos tidos como essenciais ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva, são eles:

“Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

⁴⁷⁷ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acessado em: 16/02/2023.

§1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor”478.

Além das exigências supracitadas, na hipótese de o filho ser menor de dezoito anos de idade, deverá ele externar ao oficial de registro civil seu consentimento em relação ao ato de reconhecimento (Prov. 63, art. 11, §4º), devendo ser a coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho, realizada pessoalmente ante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado (Prov. 63, art. 11, §5º).

Em continuidade à análise do Provimento nº 63, observamos que ele também se antecipa às hipóteses em que se encontra ausente a mãe ou o pai do menor, bem como quando o procedimento envolve a participação de pessoa com deficiência.

Com relação à ausência da mãe ou do pai do menor, ou ainda, quando for impossível a manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será remetido ao magistrado competente, em conformidade com o que estabelecer a legislação local (Prov. 63, art. 11, §6º).

Por sua vez, quando o procedimento para reconhecimento de paternidade e da maternidade socioafetiva envolver pessoa portadora de deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil)479, serão respeitadas as regras da tomada de decisão apoiada (Prov. 63, art. 11, §7º).

478 Idem.

479Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores,

Ainda no que atina ao procedimento de reconhecimento de paternidade e da maternidade socioafetiva, poderá ele ocorrer através de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que cumpridas todas as exigências elencadas pelo Provimento, conforme preceitua o §8º de seu artigo 11.

Uma vez atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer (Prov. 63, art. 11, §9º), destacando-se que o registro pretendido só será levado a efeito pelo registrador se o parecer do Ministério Público for favorável (Prov. 63, art. 11, §9º, I), vez que, se desfavorável, o registrador além de não proceder com o registro, deverá comunicar o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente (Prov. 63, art. 11, §9º, II).

Neste ponto, vale destacar que eventuais dúvidas referentes ao registro deverão ser remetidas ao juízo competente para dirimi-las (Prov. 63, art. 11, §9º, III), atentando-se ao fato de que se houver qualquer suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade,

inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§10º O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§11º Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, deverá o registrador fundamentar a sua recusa, remetendo o pedido ao juiz competente, nos termos do que determina o artigo 12 do Provimento nº 63.

Ao prosseguirmos com a análise do disposto no Provimento nº 63, auferimos que ele também impõe restrições a quem pretende se valer dele.

Com efeito, prevê o Provimento em seu artigo 13, que a existência de discussão judicial acerca do reconhecimento da paternidade, ou ainda, de procedimento de adoção, obstará o reconhecimento da filiação pela via extrajudicial. Tanto é que, durante o desenrolar do procedimento, o requerente precisa declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal (Prov. 63, art. 13, parágrafo único).

Ainda no que atina a restrições inerentes ao procedimento extrajudicial de reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetiva, destaca-se que ele só poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento (Prov. 63, art. 14), ou seja, será permitida a inclusão de apenas um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno (Prov. 63, art. 14, §1º), sendo que, na hipótese de o requerente almejar a inserção de mais de um ascendente socioafetivo, tal pretensão deverá tramitar apenas e tão somente na esfera judicial, conforme preceitua o §2º do artigo 14 do Provimento.

Ante o exposto, é inequívoca a importância do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça para o reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetiva, tendo em vista que foi ele o responsável por tornar mais célere e acessível tal procedimento, valendo-se para tanto da via extrajudicial dos oficiais de registro civil das pessoas naturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; Coordenação Cezar Peluso. – 16 ed., rev. e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2022.

DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5: direito de família. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acessado em: 16/02/2023.

<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>>. Acessado em: 15/02/2023.

< <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acessado em: 13/02/2023.

TARIFA DE RESÍDUOS SÓLIDOS: DIRETRIZES PARA MANTER A SUSTENTABILIDADE DO SERVIÇO. CASO DO MUNICÍPIO DE ARAGUARI/MG.

FABRÍCIO MENDONÇA SILVA:

Advogado. Assessor Jurídico SAE Araguari/MG. Especialista Direto Público pela Rede de Ensino LFG.480

RESUMO: O artigo teve por objetivo diagnosticar as causas e propor soluções para tornar os serviços de manejo dos resíduos sólidos sustentáveis. A metodologia utilizada foi à pesquisa experimental e o estudo de caso, cujo objeto foi o custo do serviço e às taxas cobradas e arrecadas no âmbito do município de Araguari/MG. O estudo concluiu que a natureza jurídica adequada para manter o equilíbrio econômico-financeiro é a realização da cobrança por meio de tarifa e não por taxa, como ocorre, já que o processo de reajustes e revisões das tarifas é mais célere e eficiente que os das taxas. A pesquisa constatou que na cidade de Araguari/MG não há qualquer cobrança pelo manejo dos resíduos de construção civil e saúde, sendo recomendada a instituição de tarifas para onerar os geradores de Resíduos Sólidos de Saúde – RSS e de Resíduos Sólidos de Construção Civil – RSCC. Concluiu, ainda, que para a redução do índice de inadimplência, as cobranças dos resíduos domiciliares deverão ser realizadas em co-faturamento com as contas mensais de água e esgoto, retirando-a da guia anual do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU. Entendeu, também, que a fórmula de cálculo da cobrança dos resíduos domiciliares deve ser alterada, passando a considerar a classe do imóvel e o consumo de água, pois a geração de resíduos está associada ao consumo deste recurso natural. Ao final, propõe-se a criação de uma “tarifa social de resíduos sólidos domiciliares” para atender os usuários de baixa renda, alinhando-se ao princípio da modicidade tarifária.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Legal do Saneamento. Política Tarifária. Resíduos Sólidos. Sustentabilidade. Tarifa.

1.INTRODUÇÃO

A edição do “Novo Marco Legal do Saneamento”, Lei Federal nº 14.026/2020, introduz uma nova fase nos serviços de saneamento. O novo diploma buscou implementar a prestação regionalizada no setor, além de reforçar a necessidade de vinculação a uma agência de regulação regional, atribuindo à Agência Nacional de Água - ANA, a tarefa para editar normas de referência em saneamento para todo o país. Ressalta-se que o principal

480 E-mail: fabricao_seven@yahoo.com.br

objetivo externado pela norma foi à universalização do saneamento até 31 de dezembro de 2033.

Diante mudanças trazidas pelo novo “Marco Legal do Saneamento”, houve a deliberação do Chefe do Poder Executivo de Araguari pela edição de Projeto de Lei – PL, cujo objetivo consistiria na incorporação à Superintendência de Água e Esgoto – SAE, de mais um elemento do saneamento, qual seja, os serviços de manejo dos resíduos sólidos, já que, originalmente, outorgou-se à Autarquia SAE de Araguari/MG apenas os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, por meio da Lei Municipal nº 1.333/1968.

Em razão da possível incumbência, tornou-se imprescindível a averiguação dos custos e receitas arrecadadas pelo Município, chegando à constatação de que as despesas que a Prefeitura de Araguari/MG tem com a os serviços de resíduos sólidos é consideravelmente superior à renda obtida com as taxas cobradas dos usuários, ou seja, o serviço é nitidamente deficitário.

As pesquisas empíricas realizadas na Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Araguari/MG e na Secretaria de Serviços Urbanos, órgãos responsáveis pelo manejo dos resíduos, bem como na Secretaria Municipal de Fazenda e Controladoria do Município de Araguari/MG, permitiram identificar os lançamentos e arrecadações, assim como os gastos do serviço, atestando o preocupante cenário de ausência de sustentabilidade.

No mesmo sentido, as informações levantadas junto às companhias municipais de água e esgoto da região, que receberam o novo componente (resíduos sólidos) evidenciam, igualmente, ser um serviço deficitário. Destaca-se, inclusive, que o Departamento de Água e Esgoto de Uberlândia – DMAE e a Companhia Operacional de Desenvolvimento, Saneamento e Ações Urbanas de Uberaba/MG – CODAU, entidades visitadas, são serviços municipais que já atingiram as metas de universalização, portanto, bem estruturadas, mas ainda sim, são deficitárias no tocante aos serviços de manejo dos resíduos sólidos.

A pesquisa teórica baseou em dados oficiais de institutos especializados, periódicos e obras voltadas ao tema “saneamento básico”, atos normativos e julgados dos tribunais superiores.

A par das constatações, o presente estudo objetivou diagnosticar os fatores que tornam tais serviços insustentáveis, com isso, propor soluções eficientes para manter o equilíbrio econômico-financeiro, a fim de que a Superintendente de Água e Esgoto – SAE de Araguari ou outras companhias de saneamento, ao receber a nova incumbência, não se desestruture ou tenha que aplicar receitas provenientes de outros serviços (ex: tarifas de água e esgoto) no manejo dos resíduos sólidos. Isto é, o trabalho buscou sugerir caminhos

para sustentabilidade e, ao mesmo tempo, garantir um preço módico a população de baixa renda, através da instituição da tarifa social.

2.RESULTADOS E DISCUSSÃO

O saneamento básico, como se sabe, é constituído por quatro elementos: abastecimento de água, esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais (FORTINI, 2021).

A Lei Municipal nº 1.333/68, responsável por criar a SAE, atribuiu a Autarquia apenas as atribuições relativas ao abastecimento de água e o esgotamento sanitário (ARAGUARI (MG), 1968). Entretanto, influenciado pelo novo “Marco Legal do Saneamento”, houve a deliberação executiva no sentido de propor projeto de lei visando outorgar à Autarquia SAE mais um elemento, qual seja, os resíduos sólidos.

2.1 – Definição dos Resíduos Sólidos

Adentrando na definição dos resíduos, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) conceitua o lixo como “[...] restos das atividades humanas, considerados pelos geradores inúteis, indesejáveis ou descartáveis, podendo-se apresentar no estado sólido, semi-sólido e líquido [...]”. Ressalta-se que muitos autores utilizam dos termos “lixo” e “resíduos sólidos” de forma indistinta.

Ao estudar gerenciamento dos resíduos sólidos, aprendemos que eles podem ser classificados quanto à estrutura e composição química, quanto ao aproveitamento para transformação, os riscos potenciais ao meio ambiente e à origem (FAVENI, 2021).

No que tange a estrutura e composição química, os resíduos podem ser orgânicos, cuja origem é animal ou vegetal (ex: restos de alimentos) ou inorgânicos, aqueles que não possuem origem biológica ou foi transformado pelo homem (ex: plásticos, metais). Já em relação ao aproveitamento para transformação, existe a subdivisão em resíduos recicláveis, suscetível de reaproveitamento (ex: papelão) e os resíduos não recicláveis, os quais não se sujeitam a recuperação em razão do esgotamento das possibilidades de transformação (ex: adesivos, etiquetas), se submetendo a destinação final no aterro sanitário.

Quanto aos riscos potenciais ao meio ambiente, a NBR 10.004 da ABNT classifica os resíduos em Classe I (Perigosos), os quais apresentam características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, patogenicidade ou toxicidade, ou seja, propriedades causadoras de risco a saúde e meio ambiente; Classe II-A (Não inertes) que são aqueles biodegradáveis que não se classifica como perigosos e nem como inertes, mas que podem causar danos à saúde e ao meio ambiente (ex: restos de alimentos, material têxtil, garrafa

pet, etc) e a Classe II-B (Inertes) que consiste naqueles não biodegradáveis (ex: plástico, vidro, etc), segundo as normas técnicas (ABNT, NBR 10.007, 10.006 e 10.004).

E, quanto à origem, podem ser classificados em resíduos domiciliares, resíduos de limpeza urbana, de serviços e comerciais (pequenos – até 120 litros dia - grandes geradores – superiores a esse limite), industriais, resíduos de saúde, sendo que, este último se subdivididos em grupo A, B, C, D e E, conforme as propriedades, sendo que, os resíduos de construção civil também se subdividem em classe A, B, C e D, baseando na natureza do resíduo gerado (apud FAVENI, 2021, p. 04).

2.2 – Da tributação cobrada no município de Araguari pelos serviços de manejo de resíduos sólidos e a ausência de sustentabilidade

Os achados atestaram que os municípios brasileiros são deficitários no elemento resíduos sólidos. E, apesar do município de Araguari-MG possuir cobrança sobre os serviços de manejo dos resíduos, tal tributação é apenas parcial, e as receitas são insuficientes para manter o equilíbrio econômico-financeiro frente à vultosa despesa gerada, conforme planilhas abaixo apresentadas.

Em análise ao Código Tributário Municipal de Araguari (ARAGUARI (MG), 2010), verifica-se que se instituiu a cobrança, via taxa, apenas dos resíduos domiciliares pela coleta e remoção – TSU (Tabela III, Código Tributário Municipal) e dos resíduos industriais e comerciais – TRS (Tabela XIV, Código Tributário Municipal), vejamos:

1.TABELA III - CÁLCULO DA TAXA DE SERVIÇOS URBANOS

Discriminação	Valores em UFRA
1 - Coleta e remoção de lixo domiciliar (por ano)	
1.1 - imóveis edificadas, por classe de área construída:	
1.1.1 - residenciais e comerciais:	
até 150 m² = (R\$ 0,80 por m²)	
de 151 a 300 m² = (área edificada-150) x R\$ 0,32 + R\$ 120,00	
acima de 301m² = (área edificada-300) x R\$0,16 + R\$48,00 + R\$ 120,00	

FONTE: Lei Complementar Municipal nº 71/2010 – Código Tributário Municipal de Araguari/MG.

NOTAS: Tabela III – Cálculo das taxas de serviços urbanos. O item 1 dispõe sobre a cobrança pelos serviços de coleta e remoção do lixo domiciliar/doméstico, o qual se opera anualmente em cofaturamento com a cobrança do IPTU. A base de cálculo leva em consideração a classe do imóvel e a metragem de área construída.

2.TABELA XIV – RESÍDUOS SÓLIDOS INDUSTRIAIS E COMERCIAIS

EGRS 1	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 20 e até 50 quilogramas de resíduos por dia
EGRS 2	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 50 e até 160 quilogramas de resíduos por dia
EGRS 3	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 160 e até 300 quilogramas de resíduos por dia
EGRS 4	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 300 e até 650 quilogramas de resíduos por dia
EGRS 5	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 650 quilogramas de resíduos por dia

FONTE: Lei Complementar Municipal nº 71/2010 – Código Tributário Municipal de Araguari/MG.

Notas: TABELA XIV - Pequenos Geradores de Resíduos Sólidos Industriais e Comerciais.

Os pequenos geradores são classificados em ordem numérica de 1 a 5, baseado na quantidade de resíduos industriais e comerciais gerados por dia. Entretanto, percebe-se que a tabela engloba grandes e pequenos geradores. Infere-se, ainda, que apesar dos diferentes níveis, consta-se que a taxa tem valor obsoleto e idêntico a todos eles, posto que, em qualquer das classificações, a importância cobrada é de R\$ 0,10 (dez centavos) por quilogramas de resíduos aferido na balança de pesagem constante no aterro sanitário municipal, conforme Tabelas XIV. Recomendável que o valor seja revisado e gradativo conforme a quantidade gerada.

Portanto, foi possível inferir que o município objeto da pesquisa tributa apenas os serviços de coleta e remoção dos resíduos domiciliares (em que incluíram os domésticos e de serviços) e os geradores de resíduos industriais e comerciais (incluído os provenientes da limpeza urbana), não cobrando pelos serviços relativos ao manejo de resíduos sólidos de construção civil, tampouco dos resíduos sólidos de saúde, omissões que contribuem para a ausência de sustentabilidade do serviço.

É importante registrar que os resíduos da construção civil e de saúde representam elevado custo ao Município. Em análise as planilhas apresentadas por setor responsável pelo manejo dos resíduos da cidade de Araguari/MG, chegou-se ao cálculo de que no ano 2019 o custo com o manejo dos resíduos da saúde e da construção civil totalizou R\$ 1.497.856,04 (um milhão, quatrocentos e noventa e sete mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e quatro centavos). Já no ano 2020, o custo elevou-se para R\$ 1.809.272,26 (um milhão, oitocentos e nove mil, duzentos e setenta e dois reais e vinte seis centavos). E, estimou-se o custo no ano 2021 em R\$ 2.185.705,62 (dois milhões, cento e oitenta e cinco mil, setecentos e cinco reais e sessenta e dois centavos).

Logo, recomenda-se a instituição, no âmbito no município de Araguari/MG, da cobrança pelos serviços públicos de manejo dos resíduos provenientes da construção civil e da saúde. E mais, que sejam instituídos por meio de tarifa, pelas razões abaixo transcritas.

Em seguida, o estudo comparou o valor global lançado e arrecadado pelo Município, com os custos gerados com a prestação do serviço de manejo dos resíduos sólidos, inclusive, as despesas com operação e manutenção do aterro sanitário, vejamos:

3. VALORES LANÇADOS E ARRECADADOS PELO MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E RESPECTIVOS CUSTOS DOS ANOS 2019, 2020 E 2021

ANO	LANÇADO	ARRECADADO	CUSTO DO SERVIÇO

2019	R\$ 4.045.607,01	R\$ 2.721.343,76	R\$ 6.422.080,16
2020	R\$ 4.074.543,68	R\$ 2.592.798, 42	R\$ 7.355.486,11
2021	R\$ 4.345.910,26 (até 09/11/2021)	R\$ 1.684.699,48 (até 09/11/2021)	R\$ 8.445.614,05 (estimado)

FONTE: O Autor, baseado nas planilhas obtidos junto à Secretaria de Fazenda e Controladoria Municipal (valores lançados e arrecadados) e da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Araguari/MG (custo do serviço).

Notas: A comparação entre os valores arrecadados e os custos dos serviços revela total desequilíbrio econômico-financeiro. As planilhas apresentadas pelos órgãos permitem inferir, também, que meros reajustes anuais das taxas, baseado na Unidade Fiscal de Referência do Município – UFRA, não são suficientes para manter a sustentabilidade do serviço que anualmente aumenta em níveis consideráveis, chegando a um preocupante cenário.

Portanto, a análise chegou-se a realidade vivenciada pela maioria dos municípios brasileiros, qual seja, atestou-se que o serviço de resíduos sólidos é deficitário, à medida que as receitas arrecadadas não cobrem os custos gerados (PEIXOTO, 2021).

2.3 - Das diretrizes para a sustentabilidade do serviço de manejo de resíduos sólidos no município de Araguari/MG

Ao investigar os pontos que tornam o serviço de manejo dos resíduos sólidos deficitário no município de Araguari/MG, as pesquisas diagnosticaram que não se restringe a um, mas alguns fatores de ordem fática, política e até mesmo jurídica.

Ressalta-se que, como apontado no item anterior, o estudo identificou a ausência de cobrança pelo manejo dos resíduos de saúde e construção civil, os quais representam vultosa despesa anual para os cofres do município. Neste sentido, recomenda-se a instituição de tarifação destes resíduos, como o primeiro fator.

O segundo fator, também representa importante característica para que o preço cobrado não se torne obsoleto e defasado como atualmente se encontra. Isso porque, a tributação dos resíduos no município de Araguari/MG é operada por meio de taxa, quando o ideal seria por tarifa.

A instituição de preço público (tarifa) ao invés do tributo (taxa) tem a capacidade real de manter reajustado e revisado os valores com o passar dos anos. Para melhor esclarecimento sobre a recomendação da mudança da natureza jurídica da cobrança, apresentam-se algumas considerações sobre as regras, semelhanças e diferenças dos dois institutos.

Segundo o Código Tributário Nacional, Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

Art. 3º, CTN: tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela possa exprimir, que não constitui sanção de ato ilícito, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (BRASIL, 1966).

Deste conceito, deriva cinco espécies tributárias, quais sejam: os impostos, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições especiais (contribuições sociais, CIDE, contribuições corporativas e COSIP) e as taxas (DUTRA, 2018).

As taxas possuem natureza tributária, portanto, são compulsórias (obrigatórias). Elas têm como fato gerador, vale dizer, como causa ensejadora da cobrança, a prestação de um serviço público específico e divisível ou o exercício regular do poder de polícia (exercício de atividade fiscalizatória). Sua base de cálculo (critério abstrato utilizado, juntamente com a alíquota para aferir o valor a ser cobrado), deve corresponder ao custo do serviço.

Por outro, as tarifas, que é uma espécie de preço público, possui natureza não tributária e regime de direito privado. Ao passo que a taxa, pela sua natureza tributária, segue o regime de direito público.

A taxa decorre da lei, a tarifa, em regra, do contrato administrativo. A primeira é compulsória, a segunda é facultativa. A cobrança da taxa se faz pelas pessoas jurídicas de direito público, já a cobrança das tarifas poderá ser realizada por pessoas jurídicas de direito público ou privado. A taxa ingressa nos cofres públicos como receita derivada, a tarifa, como receita originária.

Pertinente se faz apontar, que não existe uma obrigatoriedade quanto à natureza jurídica da cobrança, de modo que ela poderá materializar-se por taxa ou tarifa, nos termos do art. 29, II, da Lei Federal nº 11.445/07 (BRASIL, 2007). Entretanto, a Norma de Referência

ANA nº 01/2021 (oriunda da Resolução ANA nº 79, de 14 de junho de 2021), que dispõe sobre regime, estrutura e parâmetro da cobrança dos resíduos sólidos urbanos, assim como do reajuste e revisão, recomenda, acertadamente, a adesão ao modelo tarifário, ou seja, a instituição de tarifa e não de taxa como forma de cobrança (ANA, 2021).

Após breve exposição sobre as características das taxas e tarifas, o estudo concluiu que é fundamental que a cobrança por meio de tributo seja substituída pela instituição de preço público, ou seja, deixar de cobrar taxas e passar a cobrar tarifas.

O novo modelo tem a capacidade de manter os valores cobrados devidamente atualizados e revisados sem a necessidade de edição de lei, as quais, frequentemente, são propostas pelo Chefe do Executivo, mas rejeitadas pelo Poder Legislativo por entender, equivocada, ser uma medida “impopular”.

No município de Araguari/MG, como já citado, é praticada a taxa como meio de tributação pelos serviços coleta e remoção dos resíduos sólidos domiciliares, denominada: Taxa de Serviços Urbanos – TSU, e de tratamento e destinação final dos resíduos industriais e comerciais, chamada de: Taxa de Resíduos Sólidos - TRS.

A taxa tem características positivas e negativas. A compulsoriedade, inegavelmente, é um aspecto positivo, porém, sua revisão (reavaliação dos custos do serviço desempenhado) depende de aprovação de lei, o que na prática raramente acontece, já os membros do Poder Legislativo entendem tal implementação como medida impopular.

O comportamento legislativo de aversão na majoração das taxas é um dos principais responsáveis pelo desequilíbrio econômico-financeiro de qualquer serviço público, já que, com o passar do tempo, os valores das taxas tornam-se defasados, comprometendo tanto a sustentabilidade do serviço cujo preço não fora aumentado, quanto de outros serviços públicos, pois o *déficit* ocasionado pela não revisão, acaba impondo ao gestor a destinação de maior previsão orçamentária e financeira aos serviços insustentáveis, recursos que poderiam ser destinados a outras atividades essenciais do Estado, como na saúde e educação.

E mais, além da necessidade da revisão ser por meio de lei, a taxa tem outro aspecto negativo, ao ser instituída ou majorada, ela somente poderá ser cobrada no exercício seguinte ao da sua criação ou aumento, em razão da necessidade de observância aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal, previstos no art. 150, III, alíneas “b” e “c”, Constituição Federal – CF/88 (BRASIL, 1988).

Já a tarifa, igualmente, possui aspectos positivos e negativos. A característica da faculdade (caráter facultativo) da tarifa é um elemento negativo, entretanto, não há proibição de que as tarifas tenham a instituição autorizada por lei, tornando-a obrigatória pelo caráter da imperatividade, nos termos do art. 5º, II, da Carta Magna (BRASIL, 1988), e sua instituição se fazer por meio de ato do Chefe do Poder Executivo (ex: Decreto Municipal ou Resolução da entidade, referendada via Decreto Municipal).

A propósito, o STF, em precedente vinculante (RE 847429/SC), entendeu que a tarifa seria compulsória, não pela sua natureza jurídica, que como vimos é “não tributária”, mas sim pela essencialidade deste serviço público, reforçando a tese de sua obrigatoriedade.

A característica positiva de ter uma tarifa cuja lei autorizou sua instituição, mas que a materialização/instituição se deu via Resolução referendada ou Decreto Municipal, é que tanto o reajuste anual quanto as revisões periódicas e extraordinárias, independem de lei, podendo ser realizada por outra Resolução ou Decreto, à luz do princípio do paralelismo das formas, viabilizando a constante atualização de preço na proporção do aumento dos custos, proporcionando, por via de consequência, o equilíbrio econômico-financeiro do serviço de manejo dos resíduos.

Contudo, é prudente que, no Projeto de Lei – PL autorizador da instituição das tarifas, seja incluído dispositivo mencionando que a criação das tarifas, os reajustes e as revisões, serão realizadas via Decreto Municipal ou Resolução, ratificada por Decreto Municipal.

Logo, para manter o valor tarifário devidamente atualizado, sem a necessidade de deliberação do Poder Legislativo, que nem sempre está disposto a aprovar normas ditas “impopulares”, imprescindível que Poder Executivo proponha Projeto de Lei alterando o modelo de cobrança, passando de taxas para tarifas de resíduos sólidos.

Outra característica relevante é que se as tarifas forem autorizadas por meio de lei e instituídas por Decreto ou Resolução, elas não necessitarão observar os princípios da anterioridade (art. 150, III, alíneas “b” e “c”, CF/88) na criação, revisões e/ou reajustes.

O terceiro fator que contribuirá para a sustentabilidade do serviço é que no município de Araguari a cobrança dos resíduos sólidos domiciliares se faz na fatura (carnê) do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU, com considerável índice de inadimplência e ineficientes meios persuasivos capazes de compelir o contribuinte ao pagamento da taxa, tais como: a realização de execução fiscal, protesto judicial e extrajudicial das Certidões da Dívida Ativa - CDA.

Diante disso, a pesquisa chegou a seguinte conclusão: se a cobrança fosse realizada em co-faturamento com as tarifas mensais de água e esgoto sanitários (logicamente com descrição separada de cada tarifa), que submetem-se a eficiente método persuasivo e legítimo de cobrança, qual seja, o “corte de água”, poderia proporcionar um aumento na arrecadação, já que reduziria o percentual de usuários devedores.

A propósito, o co-faturamento com outros serviços públicos tem base legal no art. 35, §1º, da Lei Federal nº 11.445/07 (BRASIL, 2017), bem como na Norma de Referência nº 01/2021, ANA (ANA, 2021). Recomenda-se, para maior legitimidade, que seja incluída tal possibilidade também no Projeto de Lei Municipal autorizador, e também no Decreto ou Resolução instituidora, após a devida autorização da Autarquia que detém a outorga dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

O quarto fator observado no estudo, visando estimar a quantidade de resíduos sólidos gerados em cada imóvel residencial e comercial e, por consequência, tornar a cobrança mais equitativa e justa, consiste na alteração da estrutura de cálculo das tarifas, substituindo a base de cálculo adotada pelo Código Tributário Municipal (ARAGUARI (MG), 2010), que leva em consideração a categoria do imóvel e a área construída, pelo modelo que considera a classe do imóvel (residencial ou comercial) e o volume de água consumido, onde cada classe e faixa de consumo representará valoração própria.

A mudança de critério para a aferição do custo individual do serviço é mais coerente, tendo em vista que os estudos sobre a geração de resíduos atestam uma correlação entre o consumo de água e a geração de resíduos sólidos (FRANCO; JUNIOR; SOUZA, 2014), além de ser socialmente mais aceita (PEIXOTO, 2021). Outro aspecto que induz à adoção deste modelo, é que a Autarquia SAE, responsável pelo abastecimento de água no Município, atende a mesma área de cobertura dos serviços de coleta de resíduos sólidos urbanos. Assim, haverá, inclusive, a facilidade de replicação da base de dados do sistema da Autarquia SAE na cobrança dos resíduos sólidos.

Tais medidas implicarão, inevitavelmente, na majoração do preço anteriormente cobrado para grande parte dos usuários. No entanto, é perfeitamente justificável, primeiro, porque o critério adotado de mudança da fórmula de cálculo consagra o princípio da equidade, segundo, porque o Código Tributário Municipal de Araguari cobra apenas pelos serviços de coleta e remoção dos resíduos domiciliares, e a proposta deste estudo é que a nova lei preveja a ampliação dos serviços, visando atender as exigências do novo “Marco Legal do Saneamento” e da “Política Nacional de Resíduos Sólidos”, não se limitando a previsão legal de coleta e remoção, mas também ao transporte, triagem, reutilização, reciclagem, tratamento e destinação final dos rejeitos domiciliares, conforme especificado o item 4.1 da Norma de Referência ANA nº 01/2021 (ANA, 2021).

Por fim, como os preços serão elevados, o quinto e último fator, buscou a sustentabilidade sob outra ótica, não aquela das finanças públicas, mas a do usuário em condição de vulnerabilidade social, a fim de possibilitar a estas famílias de baixa renda, o pagamento de tarifa sem que se desestruture o orçamento familiar, materializando, assim, o princípio da modicidade tarifária.

Diante disso, o estudo propõe que a lei autorizadora e os Decretos e/ou Resoluções instituidoras prevejam a criação de uma “tarifa social dos resíduos sólidos urbanos domiciliares”, podendo ser utilizadas as mesmas exigências da “tarifa social de água e esgoto”, quais sejam: estar o usuário inscrito no CadÚnico e consumir até 10m³ (dez metros cúbicos) de água ao mês, ou outro critério mais abrangente.

É pertinente ressaltar, ainda, que a criação da citada tarifa social não trará impactos negativos relevantes, já que, possivelmente, abrangerá um restrito número de usuários, pois em consulta realizada na Superintendência de Água e Esgoto de Araguari – SAE (2021), constatou-se que apenas 99 (noventa e nove) residências são inscritas na “tarifa social de água e esgoto”.

3. CONCLUSÃO

Os resultados das pesquisas mostram que para manter o equilíbrio econômico-financeiro do serviço público de manejo de resíduos sólidos é imprescindível a adoção de medidas de ordem fática, política e jurídica.

Na análise, foi identificado que o município de Araguari não possui tributação sobre os serviços públicos de manejo dos resíduos sólidos provenientes da construção civil e da saúde, os quais geram um custo anual milionário para a Prefeitura, segundo dados da Controladoria do Município. Portanto, propõe-se a criação de cobrança pelo manejo desses resíduos, e que a instituição se dê sob a forma de tarifa e não taxa, já que aquela, diferente desta, permite a permanente atualização de preços, sem a necessidade de edição de lei.

Neste sentido, o estudo constatou que a natureza jurídica adequada para a cobrança de todo e qualquer serviço de manejo dos resíduos deve ser por preço público, através da instituição de tarifas, as quais poderão ser autorizadas por lei, tornando-se compulsória pela imperatividade ou pela sua essencialidade, e instituídas via ato do Chefe do Poder Executivo (Decreto Municipal ou Resolução referendada), dispensando a necessidade de autorização do Poder Legislativo na criação, revisão ou reajuste.

A pesquisa apontou, ainda, que a realização da cobrança da tarifa de manejo de resíduos sólidos em co-faturamento na conta mensal de água e esgoto, e não no carnê anual de Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU contribuirá para a redução do índice de

inadimplência, pois os meios persuasivos diretos e indiretos utilizados na cobrança das tarifas de água e esgoto, como a suspensão do serviço de abastecimento, são mais eficientes que os meios empregados para a cobrança do IPTU, como ajuizamento de execução fiscal e protestos.

O exame atestou, também, que é possível estimar a geração de resíduos domiciliares, já que a produção dos resíduos está associada ao consumo de água, razão pela qual é sugerida a adoção de novos parâmetros de cobrança, os quais se baseariam numa nova fórmula de cálculo, levando em consideração a classe do imóvel e o consumo de água aferido, sendo que, cada classe e faixa de consumo teriam sua respectiva valoração.

Ao final, foi proposta a instituição da “tarifa social de resíduos sólidos urbanos domiciliares” para as famílias de baixa renda, visando garantir a possibilidade do pagamento deste preço público sem a afetação do sustento familiar, consagrando o princípio da modicidade previsto na Lei Federal nº 11.445/07 - Nacional de Saneamento Básico – LNSB.

Assim, o estudo buscou diagnosticar as causas que tornam deficitário os serviços de manejo de resíduos sólidos no município de Araguari/MG e sugerir medidas para sustentabilidade. Acredita-se que a adoção das diretrizes propostas neste artigo é suficiente para manter o equilíbrio econômico-financeiro exigida pelo novo “Marco Legal do Saneamento”.

4. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. Resolução nº 79/2021, de 14 de junho de 2021. Dispõe sobre o regime, a estrutura, e parâmetro de cobrança dos serviços de resíduos sólidos urbanos, bem como procedimento e prazos de fixação, reajustes e revisões das tarifas.

ARAGUARI (1968). Lei Ordinária Municipal nº 1.333, de 28 de junho de 1968. Cria o Departamento de Água e Esgoto.

ARAGUARI (2010). Lei Complementar Municipal nº 71, de 29 de dezembro de 2010. Código Tributário Municipal.

ATHAYDE JR, G.B.; DE SÁ BESERRA, L.B.; FAGUNDES, G.S. Estimando a geração de resíduos sólidos domiciliares a partir do consumo de água em edifícios multifamiliares. Revista Tecnologia. Fortaleza, v. 29, n. 2, p.125-133, dez. 2008.

BRASIL (1966). Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL (2007). Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 05 de janeiro de 2007.

BRASIL (2010). Lei Federal nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

BRASIL (2020). Lei Federal nº 14.026, de 15 de junho de 2020. Atualiza o Marco Legal do Saneamento Básico. Diário Oficial da União, 16 de julho de 2020.

DUTRA, F. (2018). Apostila de Direito Tributário. Estratégia Concursos. 2018.

FAVENI, Grupo Educacional. Material Didático de Gerenciamento dos Resíduos Sólidos. Faculdade Faveni. 2021.

FORTINI, Cristina (2021). Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D. Plácido, 2021.

FRANCO, Davide; JUNIOR, Armando Borges de Castilhos; SOUZA, Karina da Silva de. Autoria Coletiva. Estudo da relação entre a geração de resíduos sólidos domiciliares e o consumo de água e energia elétrica: alternativas de tarifação da coleta de resíduos sólidos. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, Taubaté, SP, v. 10, n. 4, p. 201-224, set-dez/2014.

PEIXOTO, João Batista. Roteiro para Sustentabilidade do Serviço Público de Manejo de RSU. ProteGEEr (Brasília/DF 2021).